

ano 16 - n. 63 | janeiro/março - 2016
Belo Horizonte | p. 1-262 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mário Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)

Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)

Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)

Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)

Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil¹

Joyceane Bezerra de Menezes

Professora titular da Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza (Fortaleza - CE, Brasil), na disciplina de Direitos de Personalidade, e Professora adjunta da Universidade Federal do Ceará. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. *E-mail*: <joyceane@unifor.br>.

Renata Vilela Multedo

Professora da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Privado Patrimonial e em Direito das Famílias e Sucessões da PUC-Rio e da Pós-Graduação em Direito Civil Constitucional do Ceped-UERJ (Rio de Janeiro - RJ, Brasil). Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela UERJ (Rio de Janeiro - RJ, Brasil). MBA em Administração de Empresas pela PUC-Rio. Professora de Direito Civil do Grupo Ibmecc. Professora da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Emerj. Membro do Conselho Executivo da *civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil* (conceito A2 no Qualis da Capes). Advogada. *E-mail*: <renatavilela@bmvf.com.br>.

Resumo: O princípio da dignidade da pessoa humana é inafastável enquanto medida de ponderação aplicável à aferição do conteúdo do melhor interesse da criança em cada situação concreta. Sob esse enfoque faz-se necessário analisar os espaços de autodeterminação do adolescente e os limites da heterodeterminação dos pais e do Estado quanto às questões atinentes a sua autonomia existencial, em especial, aos atos de disposição do próprio corpo. Isso porque, a despeito do seu conteúdo abstrato, o melhor interesse está inteiramente imbricado à garantia do desenvolvimento da pessoa e, conseqüentemente, ao respeito da sua dignidade e autonomia. Para tanto, o presente estudo pauta-se nas seguintes premissas: 1) o adolescente é titular de direitos fundamentais de natureza existencial; 2) a titularidade desses direitos lhe atribui a correspondente capacidade de exercício, respeitado o grau de discernimento alcançado; 3) a eventual heterodeterminação dos pais na seara da personalidade dos filhos deve estar alinhada ao aspecto finalístico da autoridade parental e à principiologia constitucional, que informam o conteúdo do melhor interesse da criança/adolescente; e, 4) a heterodeterminação do Estado na dicção do melhor interesse da criança em superação à autoridade parental e à autonomia da pessoa menor de idade só se justifica em circunstâncias excepcionais, uma vez que a lei delega aos pais o poder-dever de criar e educar os filhos e de decidir o que constitui o melhor para eles.

Palavras-chave: Autonomia. Adolescente. Intervenção heterônoma. Dignidade humana. “Melhor interesse da criança”.

¹ Estudo desenvolvido entre as atividades previstas na execução do projeto financiado intitulado “A simbiose entre o público e o privado no Direito civil-constitucional: uma discussão sobre o espaço da autonomia ético-existencial, intimidade e vida privada”, nº 552.337/2011-0. Chamada Pública MCT/CNPq/MEC/CAPES – Ação Transversal nº 6/2011 – Casadinho/Procad.

Sumário: **1** Introdução – **2** A pessoa adolescente como sujeito de direitos fundamentais e o aspecto funcional do *poder familiar* sob o tom da família democrática – **3** A autonomia ético-existencial do adolescente e a heteronomia dos pais e do Estado: o difícil preenchimento do conteúdo do melhor interesse – **4** O problema da aferição do discernimento e os critérios para balizar a autonomia do adolescente – **5** A autodeterminação do adolescente nas questões relativas ao corpo – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

Somente a partir do século XX² foram promulgados os documentos internacionais sobre direitos humanos destinados especificamente a reconhecer as crianças como sujeito de direitos. No ano de 1924, a Declaração dos Direitos da Criança mencionou, pela primeira vez na história, a expressão “direitos da criança”. Em 1959, a *Declaração Universal dos Direitos da Criança* instituiu o princípio da prioridade absoluta e delineou as bases gerais da doutrina da proteção integral. E, em 1989, coube à *Convenção sobre os Direitos da Criança*³ consolidar esse sistema de proteção integral, instituindo o princípio do melhor interesse da criança como seu elemento norteador.⁴ Assinada pelos 194 países integrantes da Organização das Nações Unidas e ratificada por 193 deles, constitui o tratado internacional de maior aceitação na história da humanidade até então.

Antes mesmo de assinar e ratificar a Convenção de 1989, o Brasil já havia implicitamente acolhido a doutrina da proteção integral pela inscrição dos princípios do melhor interesse da criança⁵ e da prioridade absoluta na Constituição Federal de 1988, nos arts. 227, 228 e 229. Dispôs sobre o dever da família, do Estado e

² “O século da criança”, expressão usada em referência ao séc. XX, justifica-se pelo fato de que somente nesse período foram consolidados os direitos da criança pelos documentos internacionais, notadamente a Declaração Universal promovida pela ONU em 1959.

³ Até novembro de 2013, os Estados Unidos, a Somália e o Sudão do Sul não haviam ratificado a convenção. Atualmente, só os Estados Unidos não a ratificaram. Diz-se que um dos principais motivos pelo qual os EUA assinaram a Convenção, mas não a ratificaram, decorre do teor do art. 37, alínea “a”, referente à proibição da cominação de pena de morte e de prisão perpétua a menores de 18 anos, incompatível com o direito de diversos estados norte-americanos (CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. *Unicef Brasil*. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014).

⁴ O referido princípio foi incorporado no ordenamento jurídico nacional por meio da ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada na Assembleia Geral da ONU em 20.11.1989, por intermédio do Decreto nº 99.710/90, que em seu art. 3º dispõe: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. No original em inglês: “All actions concerning children whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration” (PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 215).

⁵ Tânia da Silva Pereira assinala que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente “permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto” (PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 14).

da sociedade em assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais das crianças, de sorte a lhes garantir as condições indispensáveis ao pleno desenvolvimento. No plano infraconstitucional, foi promulgada a Lei nº 8.069, em 13.7.1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que conjuga normas de direito material e processual para garantir uma proteção plena aos seus destinatários.⁶

O conjunto das normas citadas mostra um sistema especial de proteção que reconhece à criança e ao adolescente os mesmos direitos fundamentais destinados às pessoas adultas, ainda que, pelo peculiar estado de desenvolvimento, sejam consideradas pessoas vulneráveis e, por isso, sujeitas aos cuidados da família, em especial, dos pais, e do Estado. No âmbito desse cuidado se confia aos pais o direito de dizer aquilo que constitui o melhor para o adolescente; e, noutras circunstâncias, o Estado toma para si essa faculdade, retirando até mesmo dos pais o poder de decisão.⁷ Mas qual seria o limite dessas intervenções quando a pessoa adolescente também tem direito a autonomia?

Em linhas gerais, é preciso considerar a inafastabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto medida de ponderação⁸ aplicável à aferição do que seja o conteúdo do melhor interesse da criança, em cada situação concreta. Isso porque, a despeito do conteúdo abstrato, o melhor interesse está inteiramente imbricado à garantia do desenvolvimento da pessoa e, conseqüentemente, ao respeito da sua dignidade e autonomia.⁹ Assim, o conteúdo do melhor interesse não coincidirá, necessariamente, com a vontade imperativa dos pais, do Estado ou mesmo da própria criança/adolescente.

Partindo dessas considerações iniciais é que se pretende analisar os espaços de autodeterminação do adolescente e os limites da heterodeterminação dos pais e do Estado¹⁰ quanto às questões atinentes a sua autonomia existencial,¹¹ em especial, os atos de disposição do próprio corpo.

⁶ Enquanto a Convenção considerou criança todo ser humano com idade inferior a 18 (dezoito) em seu art. 1º, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA seguiu uma classificação diferente, compreendendo como criança a pessoa com idade inferior a 12 (doze) anos e adolescente aquela que tem entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos. Linhas gerais, o ECA seguiu o esteio da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Constituição brasileira – substituiu a “doutrina menorista” pela “doutrina da proteção integral”, sobrelevando os princípios do melhor interesse, da prioridade absoluta e a titularidade de direitos fundamentais.

⁷ ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção *versus* autonomia? *Psicol. clin.*, v. 21, n. 2, p. 431-450, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pc/v21n2/12.pdf>>. Acesso em: 6. dez. 2015.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.108.

⁹ STANZIONE, Pasquale; SCIANCALEPORE, Giovanni. *Minore e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. p. 9 -11.

¹⁰ Nesse sentido ressalta Stefano Rodotà que o limite radical imposto à intervenção do legislador se traduz em uma renovada declaração de *habeas corpus* e abre o caminho para uma consideração mais intensa da autodeterminação da pessoa, que assume assim os aspectos do direito fundamental. (RODOTÀ, Stéfano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011. p. 31).

¹¹ Como bem destaca Rose Meireles, ao tratar do fundamento constitucional da autonomia existencial, “com maior intensidade a dignidade da pessoa humana deve ser observada nas situações existenciais, pois nestas a

Para tanto, parte-se das seguintes premissas: 1) o adolescente é titular de direitos fundamentais de natureza existencial; 2) a titularidade desses direitos lhe atribui a correspondente capacidade de exercício, respeitado o grau de discernimento alcançado; 3) eventual heterodeterminação dos pais na seara da personalidade dos filhos deve estar alinhada ao aspecto finalístico da autoridade parental e à principiologia constitucional que informam o conteúdo do melhor interesse da criança/adolescente; e 4) a heterodeterminação do Estado na dicção do melhor interesse da criança em superação à autoridade parental e à autonomia da pessoa menor de idade só se justifica em circunstâncias excepcionais, uma vez que a lei delega aos pais o poder-dever de criar e educar os filhos e de decidir o que constitui o melhor para eles.

2 A pessoa adolescente como sujeito de direitos fundamentais e o aspecto funcional do *poder familiar* sob o tom da família democrática

De acordo com o direito brasileiro, cabe aos pais o exercício do poder familiar.¹² Responsáveis por criar, educar e cuidar dos filhos, deles exigindo obediência e respeito, podem até mesmo restringir-lhes a liberdade, para melhor atender ao princípio do melhor interesse.¹³

pessoa íntegra, ao mesmo tempo, seu núcleo de interesse e função. [...] Por isso, o fundamento constitucional da autonomia privada nas situações jurídicas subjetivas existenciais se encontra na própria dignidade humana que tem como um dos seus postulados a liberdade no sentido positivo e negativo” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 106).

¹² Código Civil Brasileiro, art. 1.634: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

¹³ É de se observar, como esclarece Gustavo Tepedino, que a restrição da liberdade dos filhos por meio do poder familiar só é legítima se for compatível ao melhor interesse dos filhos e ao desenvolvimento de sua personalidade. *In verbis*, “A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais – muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos – só merece tutela se exercida como um *mínus privado*, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva da sua futura independência” (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 5, v. 17, p. 41, jan./mar. 2004). Ana Carolina Brochado Teixeira desenvolveu um estudo específico que aponta os aspectos funcionais do poder familiar. Na sua construção, opta pela expressão autoridade parental para afastar a utilização do termo poder, cujo significante conduz uma carga voluntarista que já não se compeza com o perfil funcional do instituto. A bem da verdade, os pais conjugam muito mais responsabilidade do que poder. Exercem um conjunto de posições jurídicas que transcendem o poder e o dever, mas envolvem o ônus, a faculdade, o direito subjetivo, o interesse protegido, para alcançar um único fim: o desenvolvimento da pessoa dos filhos, segundo o melhor interesse (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009).

Nota-se, porém, que o reconhecimento da criança/adolescente enquanto sujeito de direito de igual dignidade contribuiu para alterar a estrutura organizacional da família que, graças à incidência marcante dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade nas relações intrafamiliares, se conforma sob as bases de um modelo democrático.¹⁴ Em crise,¹⁵ o pátrio poder cedeu espaço a uma corresponsabilidade parental cujo fim primordial é o de promover o desenvolvimento do filho, por meio de um feixe de posições jurídicas, nas quais a soma dos deveres é superior à dos poderes e a ideia de responsabilidade se sobrepõe à de autoridade voluntarista.¹⁶ O poder dos pais não pode se assentar em mero voluntarismo, constitui, antes de tudo, um poder jurídico atribuído pelo Estado para que possam utilizá-lo na concreção do princípio do melhor interesse do filho.¹⁷ Assim, a autoridade parental representa uma situação subjetiva complexa que conjuga poderes e deveres que devem ser exercidos sempre em favor dos filhos menores.¹⁸ Para garantir o *bem-estar* das crianças e dos adolescentes, reconhecidamente vulneráveis,¹⁹ a tutela especial que lhes é deferida pode se estender até mesmo em face dos seus pais, nas hipóteses de eventual malversação do poder familiar.²⁰

Em síntese, o papel da autoridade parental transita do cuidado à emancipação,²¹ que se concretiza pelo crescente destaque à autonomia do filho e paulatina retração da heteronomia paterno/materna. Na medida do discernimento alcançado, o adolescente deve ser estimulado a realizar suas próprias escolhas, especialmente aquelas que impactam na sua esfera existencial.²² O exercício da autonomia pela

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 209.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 259.

¹⁶ LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limites*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2006. p. 25.

¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 97.

¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 97.

¹⁹ Heloisa Helena Barboza destaca que a vulnerabilidade é, na verdade, característica ínsita do ser humano: “Considerada que seja a cláusula geral de tutela da pessoa humana, constata-se que a vulnerabilidade se apresenta sob múltiplos aspectos existenciais, sociais, econômicos. Na verdade, o conceito de vulnerabilidade (do latim, *vulnerabilis*, ‘que pode ser ferido’, de *vulnerare*, ‘ferir’, de *vulnus*, ‘ferida’) refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente, ser ‘vulnerado’ em situações contingenciais. Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos” (BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *Cuidado & Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 110). Complementa Thaís Sêco que a referência a uma “vulnerabilidade que tende à extinção” no caso da criança e do adolescente, portanto, é à vulnerabilidade específica da doutrina da tutela integral, e não à vulnerabilidade geral, a qual fundamenta até mesmo os próprios direitos humanos e fundamentais como um todo, além de ramos específicos como o direito do trabalho e o direito do consumidor.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família?* Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 448.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil* – Introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

²² De acordo com o autor, “In proposito, non sembra che la soluzione risieda nell’ammettere la scomparsa della nozione tecnica di postestà dei genitori, almeno per le situazioni personali, giacché quand’anche si addivenisse a tale conclusione resterebbe sempre da spiegare il rapporto tra il dovere-diritto appena richiamato e l’autodeterminazione del minore” (STANZIONE, Pasquale; SCIANCALEPORE, Giovanni. *Minore e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. p. 18). No mesmo sentido, é o entendimento de Francesco

autodeterminação existencial é inexorável ao desenvolvimento da pessoa, enquanto sujeito independente, e, portanto, expressão material do princípio da dignidade da pessoa humana considerada *in concreto*.²³ É nesse aspecto que Rodotà²⁴ defende que a dignidade da pessoa humana não pode ser utilizada como um veículo de imposição autoritária capaz de apagar as chances do exercício de uma autonomia responsável. A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como um de seus pilares a proteção da liberdade individual, hoje remete à autonomia existencial, vista como a possibilidade que cada indivíduo tem de construir seu projeto de vida.²⁵ “Liberdade significa hoje poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier”.²⁶

A considerar o aspecto funcional da autoridade parental de buscar o melhor interesse, os pais devem considerar as pretensões, percepções, características e o paulatino processo de amadurecimento dos filhos, de modo que eles também sejam chamados a protagonizar sua história e a se posicionar como sujeitos ativos na formação de sua personalidade. Portanto, “na medida em que, gradualmente, no curso deste processo, os filhos adquirem aptidão para valorar e tomar decisões, a ingerência dos pais deve diminuir, de modo a incentivar o exercício autônomo de escolhas existenciais”.²⁷

Sob essa perspectiva é que se torna necessário promover a liberdade e não apenas cerceá-la.²⁸ É importante o balanceamento entre o cuidar e o emancipar, a fim de promover, cada vez mais, a autonomia do menor. Quando o cuidado é imperioso para o desenvolvimento da pessoa, tal como se vê nas primeiras fases da infância,

Ruscello (*In potestà genitoria e capacità dei figli minori*: dalla soggezione all'autonomia. Esperienze giuridiche. Vita Notarile Edizioni Giuridiche, 2000. p. 59).

²³ Defende-se que o conceito heterônomo de dignidade proposto por Kant, que impõe ao homem a obrigação de comportar-se em respeito à sua natureza humana, não é aplicável à pessoa, considerada em concreto, mas apenas ao ser humano em abstrato. A ideia de dignidade aplicável ao sujeito em concreto informa o conteúdo de sua liberdade de autodeterminação para decidir sobre os diversos aspectos concernentes à sua própria vida, sem a interferência de terceiros ou limitação imposta pelo Poder Público. Assim, a pessoa pertence a si mesmo e não se reduz a sua natureza, de sorte que, nas questões relativas a si próprio, tem autonomia para definir o que entende ser digno para si (CRICENTI, Giuseppe. *Il sé e l'altro*. Bioética del diritto civile. Dignidade como autodeterminação. Firenze: Edizioni ETS, 2013. p. 51 e ss.).

²⁴ A dignidade da pessoa humana, segundo Rodotà, não pode constituir um veículo de imposição autoritária por respeito à autodeterminação da própria pessoa. O conjunto de direitos fundamentais individuais e, em especial, a vida privada, autoriza o uso da autonomia responsável, por meio da qual a pessoa é garantido o direito de tomada de certas decisões que somente impactam a ela própria (RODOTÀ, Stéfano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011. p. 32).

²⁵ MULTEDO, Renata Vilela. Espaços de autonomia existencial: entre liberdade e responsabilidade. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Org.). *Direito UERJ 80*: Direito civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 149. v. 2. Veja notas de rodapé nº 20 e 21.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 148.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 211-212. t. 3.

²⁸ VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 1980. Série Monografias.

a heteronomia dos pais é muito maior, justificando a restrição à liberdade do filho. Por outro lado, *pari passu* ao desenvolvimento deste, a potestade dos genitores deve diminuir ou se concentrar na função emancipatória, vez que a promoção da liberdade pelo respeito à autonomia também é função da família. Assim, ainda que sob o cuidado, supervisão ou acompanhamento dos pais, o adolescente deve ser estimulado a realizar suas próprias escolhas, de sorte a que, pelo exercício contínuo, possa consolidar a sua capacidade de autodeterminação, cuja plenitude, nos termos da lei brasileira, será atingida aos dezoito anos.²⁹ Se houver divergências de opiniões, pais e filhos devem buscar um consenso pelo diálogo respeitoso. No contexto da família democrática,³⁰ deve se preservar a igualdade, o respeito mútuo, a autonomia, a tomada de decisão por meio da comunicação, do resguardo da violência e da integração social.^{31 32}

Outro ponto que se propôs discutir refere-se à intervenção do Estado no exercício da autoridade parental. Nesses casos, o Estado, por meio de disciplina legal específica, retira do adolescente e dos seus pais o direito de decidir sobre certas questões, evocando para si o direito de dizer o que seria o melhor interesse para o menor. Trata-se de um exemplo de paternalismo jurídico,³³ cujo fim é a proteção da pessoa em face dela própria ou da atuação de terceiros, no caso, a família. A despeito da importância dessa intervenção para tutelar a pessoa vulnerável em casos de violência ou paternidade patológica, é necessário traçar alguns parâmetros para a ingerência estatal em situações como a que se analisa no presente texto, a fim de se evitarem os excessos. Afinal, a intervenção estatal na relação paterno-filial deve ser a exceção, já que cabe aos pais o poder-dever para criar, educar e reger a vida dos filhos menores.³⁴

²⁹ A fixação legal da maioridade aos dezoito anos, no entanto, constitui uma discricionariedade do legislador, pois não é garantido que a essa idade toda e qualquer pessoa haja conquistado a maturidade plena. Estudos atuais na área de neurociência mostram que o desenvolvimento pleno somente ocorre por volta dos vinte e poucos anos (WALLIS, Lucy. *A adolescência acaba aos 25 anos*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an>. Acesso em: 22 out. 2015).

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo11.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015. Ver também, da mesma autora: *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

³¹ GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Unesp, 1993.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo11.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

³³ “By paternalism I shall understand roughly the interference with a person’s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests, or values of the person being coerced” (DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em: 10 out. 2015).

³⁴ Ver nota 8.

3 A autonomia ético-existencial do adolescente e a heteronomia dos pais e do Estado: o difícil preenchimento do conteúdo do melhor interesse

Como já mencionado, em virtude da vulnerabilidade peculiar ao seu estado de desenvolvimento, a criança e o adolescente recebem uma proteção especial por parte dos pais, da família e do próprio Estado. Em nome dessa proteção e desse cuidado, poderão sofrer restrições a sua liberdade, como se depreende do texto da própria Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 3, item 2)³⁵ e a própria Constituição Federal de 1988 (art. 227).

Sob fundamento nessa proteção, o Estado toma para si o direito de dizer qual é o melhor interesse da criança e, conseqüentemente, restringe não apenas a sua liberdade, mas também a esfera de ingerência dos respectivos pais. Exemplificativamente cita-se a Lei dos Transplantes (Lei nº 9.434, de 4.2.1997), que desautoriza a doação de órgãos por pessoas menores, independentemente de sua vontade ou da anuência dos pais. Daí a necessidade de se traçarem critérios para orientar melhor o grau dessa intervenção estatal no exercício da autoridade parental, eis que, como referido, pela regra geral caberá aos pais, em conjunto com os filhos, definir o que seja o melhor interesse desses.

A intervenção do Estado no exercício da autoridade parental tem sido implementada por meio de leis que restringem ou anulam a autonomia do menor para decidir até mesmo quando autorizado pelos pais, a exemplo da Lei de Transplantes ou das leis estaduais que impedem a aposição de tatuagens antes da maioridade. Diversas decisões judiciais também têm restringido o exercício da autoridade parental, inclusive, em casos nos quais o legislador foi silente. Nessa esteira é que na maioria das decisões nas quais um menor recebe uma verba indenizatória, o Poder Judiciário impõe que o valor recebido seja depositado em uma conta poupança até que o beneficiário atinja a maioridade. Decide-se assim para afastar dos pais a possibilidade de utilização do dinheiro, ainda que desconsiderando o dispositivo do Código Civil sobre a administração dos bens dos filhos menores.³⁶

Mais consistente com o vigente sistema protetivo da criança, é a recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, analisando os limites da

³⁵ Art. 3, item 2: “Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. Convenção sobre os Direitos da Criança” (BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015).

³⁶ “Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

administração pelos pais dos bens dos filhos menores sob sua autoridade, sustentou a não intervenção do Estado. Da leitura da ementa, tem-se: “Enquanto no exercício do poder familiar, os pais são responsáveis pela administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. Interferência injustificada na condução das relações familiares, fundadas na autonomia privada”. Em seu voto, o relator ainda destacou que “a Constituição da República atribui ao Estado especial proteção à família, considerada base da sociedade, com esteio no art. 226, sem que implique indevida interferência na condução das relações familiares, uma vez fundadas na autonomia privada”.³⁷

Indo mais além, o próprio Judiciário já questiona os limites do papel do Estado em dirimir as divergências dos pais quanto às decisões sobre a administração do cotidiano dos filhos, sob a sua guarda.³⁸ É emblemática a decisão da 1ª Vara de Família de Petrópolis, no Rio de Janeiro, que rejeitou o pedido de um pai que exerce a guarda compartilhada do filho com a ex-mulher, para retirá-lo da escola na qual está matriculado e transferi-lo para outra, de sua preferência. Na decisão, a juíza declarou que “o Judiciário não pode, sob pena de interferir na esfera da intimidade e da privacidade, definir qual escola é melhor para uma criança que possui pai e mãe capazes, maiores e no exercício regular da guarda”. Ressaltou que “delegar para o Estado a opção por escolhas íntimas e individuais não se constitui numa alternativa possível”.³⁹ Enquanto comunidade intermediária entre o indivíduo e o Estado, incumbida da proteção e promoção da pessoa de seus membros, “a família contemporânea definiria se tivesse que se confrontar com os valores pessoais, a autonomia, a liberdade ou o interesse do indivíduo”.⁴⁰

É necessário revolver a discussão sobre os espaços de não regulamentação, aqueles que devem ser reservados às pessoas sem a interferência estatal, em

³⁷ TJRJ. Vigésima Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0028477-09.2015.8.19.0000. Rel. Des. Marcos Alcino Torres. Julg. 5.8.2015.

³⁸ “Art. 1.631. [...] Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. Não à toa, proporcional a uma crescente judicialização dos conflitos familiares está a insatisfação com as pretensas soluções, identificando-se a mediação como o complemento ideal de auxílio à justiça, na medida em que se busca a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas decorrentes da ruptura com menor custo emocional, econômico e social”.

³⁹ Na sentença a juíza registrou que não havia nos autos qualquer discussão sobre algum interesse do menor que pudesse ser prejudicado, tampouco sobre o valor da mensalidade ou mesmo sobre diferenças de orientação educacional das escolas, razão pela qual os pais não deveriam pretender que o Estado, por meio do juiz, exercesse o papel que lhes incumbe por lei e pela própria formação da sociedade. Para a magistrada nem todo conflito pode ser apreciado pelo Estado: “Vinho tinto ou branco, café ou chá, futebol ou basquete, salada ou sopa, vestido ou calça, preto ou branco, cinema ou teatro, Flamengo ou Fluminense são alternativas com as quais um ser humano se depara de forma permanente e é próprio da condição humana decidir e solucionar”. Na decisão, a juíza registra que a criança está bem cuidada com a guarda compartilhada e até agora tem todos os seus interesses atendidos pelos pais (FARIA, Rogério Brandão de. A judicialização do afeto. *Direito e Sociedade*, 10 mar. 2011. Disponível em: <<http://decaraparaodireito.blogspot.com.br/2011/03/judicializacao-do-afeto.html>>. Acesso em: 10 dez. 2015).

⁴⁰ IANNI, Paolo. Potestà dei genitori e libertà dei figli. In: LOJACONO, V. (Dir.). *Il diritto di famiglia e delle persone*. Milano: Giuffrè, 1977. p. 866.

atenção ao sistema de direitos fundamentais concebido pela ordem constitucional. Trata-se dos espaços *indecidibili per il legislatore*, como denomina Stefano Rodotà:

Quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all *indecidibile*. Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell'interessato.⁴¹

Tais espaços não estão fora do âmbito do direito; são tutelados e promovidos pelo direito, a partir da própria Constituição, mantendo-se alheios à intervenção estatal.⁴² Partindo-se da premissa de que a concepção existencial de autonomia hoje é vista como a realização do projeto de vida que cada um traça para si, as decisões que repercutem apenas na esfera da própria pessoa não podem ser tomadas, de antemão, por um terceiro, mesmo que este seja o legislador.⁴³ No âmbito das decisões individuais, a liberdade de escolha da pessoa, segundo o seu projeto pessoal, é a que em regra deve prevalecer.⁴⁴

Não à toa é que o sistema ocidental de direitos humanos atribui à criança e ao adolescente a capacidade de decidir sobre questões existenciais,⁴⁵ a depender do seu discernimento, independentemente de sua capacidade civil. Constrói-se sob a perspectiva filosófica de que o homem só se torna livre por meio de um processo educativo que o conduza à autonomia e à responsabilidade.⁴⁶

Regra expressa da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, art. 12.1, dispõe que os

⁴¹ Tradução livre: "Quando se chega ao núcleo duro da existência, à necessidade de respeitar a pessoa humana enquanto tal. Estamos de frente com o 'indecidível'. Nenhuma vontade externa, mesmo aquela expressa em uníssono por todos os cidadãos ou por um Parlamento unânime, pode tomar o lugar da vontade do interessado" (RODOTÀ, Stéfano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011. p. 33).

⁴² Informação fornecida por Gustavo Tepedino, em palestra de abertura *Dilemas do afeto*, apresentada no X Congresso Nacional do IBDFAM, ocorrido em outubro de 2015.

⁴³ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48-49.

⁴⁴ RODOTÀ, Stéfano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 95-96.

⁴⁵ "Já não se trata simplesmente de rever os limites etários da capacidade civil, da nupcialidade ou mesmo de reconhecimento da validade dos negócios jurídicos empreendidos por menores em tenra idade. Penetra-se mais fundo a problemática subjacente às determinações tópicas de aptidão etária para se compreender que o fenômeno do crescimento biológico e emocional, que é contemporâneo da vida, tem de encontrar resposta permanente no direito, que requer assim determinações matizadas e flexíveis para a material. Sente-se nas suas novas tendências que o regime jurídico das relações paterno-filiais procura exprimir o que SCHWARTZ chamou de 'pedagogia da escolha', que é, em suas próprias palavras, uma pedagogia de contrato, vale dizer, da liberdade" (VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 1980. Série Monografias. p. 32).

⁴⁶ ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção *versus* autonomia? *Psicol. clin.*, v. 21, n. 2, p. 431-450, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pc/v21n2/12.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança.

Em decorrência desse direito de expressão da criança e do adolescente, o ECA lhes garante o direito de serem ouvidos em todo o processo judicial ou administrativo que lhes afetar, seja diretamente ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.⁴⁷ Nos termos específicos do art. 45, §2º, do ECA, o processo de adoção de menor acima de doze anos não se completa sem o seu consentimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe expressamente sobre a autonomia e a privacidade da criança/adolescente no art. 16. Ainda hoje, porém, temos dificuldade em aplicar esses dispositivos, presos que estamos à interpretação restrita dos arts. 3º e 4º do Código Civil. Findamos por superdimensionar, em importância, o regime das incapacidades.

Vale ressaltar a crítica formulada por Rodotà sobre o nosso aprisionamento a certos conceitos em sacrifício do próprio sentido da vida no mundo real. Em nome de uma esquematização rígida e na pretensão de garantir um rigor científico ao sistema, inventaram certos conceitos como o de sujeito de direito que ousa, por vezes, se substituir à figura da pessoa, sujeito de carne, temporal e espacialmente localizada. De igual modo se fez com o conceito de capacidade jurídica. O legislador arbitrou o momento no qual o sujeito alcança o pleno desenvolvimento e, com ele, o discernimento para realizar escolhas responsáveis. Se isso vale para o sujeito de direito abstrato, não representa o que de fato ocorre com a pessoa, *in concreto*.⁴⁸ A própria neurociência já vem afirmando que o pleno desenvolvimento da personalidade nem se verifica aos dezoito anos e, sim, por volta dos vinte e cinco.⁴⁹

Voltando ao tema do direito dos adolescentes, quando o ECA e a Convenção de 1989 se prestam a dedicar-lhes uma proteção integral, reconhece-os como sujeitos de direito que, em regra, não possuem capacidade jurídica plena. Mas, ao mesmo tempo, preveem novos direitos cujo exercício acaba pressupondo uma medida de capacidade jurídica. Ao cabo e ao fim, emerge sempre a dúvida sobre a justa medida da autonomia do adolescente e de sua capacidade efetiva para gozar e exercer os direitos dos quais é titular, considerando o manto protetivo que envolve todo

⁴⁷ Embora o ECA, em seu art. 141, garanta o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos, e o parágrafo único desse artigo preveja a nomeação de curador especial ao menor, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, seu exercício não é usual.

⁴⁸ RODOTÀ, Stéfano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011. p. 14-15.

⁴⁹ WALLIS, Lucy. *A adolescência acaba aos 25 anos*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an>. Acesso em: 22 out. 2015.

o sistema. Esse é o debate que precisa ser fortalecido, para melhor estabelecer o escoreito protagonismo social infantojuvenil.⁵⁰

Não parece razoável atribuir-se a alguém a titularidade de uma situação existencial (*rectius*, de um direito fundamental) sem lhe conceder a capacidade de exercício.⁵¹ Além disso, a capacidade de agir em matéria existencial não pode ser aferida da mesma forma como se mensura a capacidade para a prática de atos civis de natureza patrimonial.⁵² Naquelas matérias, o discernimento será o pressuposto para juridicizar e validar a manifestação de vontade do menor.⁵³ É sob esse fundamento que se sustenta o direito à autonomia da criança e do adolescente, ainda incapaz.⁵⁴

Nem mesmo aos pais será franqueada a faculdade da interferência arbitrária ou ilegal na vida particular de seus filhos menores, haja vista a ruptura com o velho instituto do pátrio poder, no qual o pai possuía uma espécie de direito subjetivo sobre a pessoa do filho, objeto de sua proteção. Desligado da ideia de autoridade centrada na figura paterno/materna, o poder familiar vincula-se à função instrumental e promocional da personalidade dos filhos. Eventual interferência dos pais na esfera privada do filho há que ser motivada pelo especial dever de cuidar e de promover sua segurança e o desenvolvimento de sua personalidade. O principal substrato da autoridade parental já não é a mera autoridade, mas a responsabilidade.

Nesse contexto é que se confia aos pais a tarefa de determinar aquilo que constitui o melhor para seus filhos. Exercentes de um poder familiar *funcionalizado*, pautado na responsabilidade e no cuidado, pressupõe-se que saberão identificar o que constitui o melhor interesse, o “bem” para os seus filhos.⁵⁵ Noutras circunstâncias, porém, o Estado duvida da competência ou da boa vontade dos pais e toma para si o dever de dizer o que se impõe como o melhor interesse. Cumpre indagar qual seria o limite e quais seriam os critérios balizadores dessas intervenções no que tange à autonomia existencial do adolescente.

⁵⁰ ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção *versus* autonomia? *Psicol. clin.*, v. 21, n. 2, p. 431-450, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pc/v21n2/12.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

⁵¹ MENEZES, Joyceane Bezerra; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 2, p. 501-532, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7881/4466>>. Acesso em: 15 out. 2015.

⁵² RUSCELLO, Francesco de. *Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*. Esperienze giuridiche. Vita Notarile Edizioni Giuridiche, 2000. p. 59.

⁵³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 150.

⁵⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla H. (Orgs.). *Direito das famílias por juristas brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91-130.

⁵⁵ Não se descuida de que também há o exercício patogênico do poder familiar. Mas, nesse caso, há um desvio no exercício da autoridade parental que já não está em conformidade com os ditames do direito. Ver discussão promovida por Maria Celina Bodin de Moraes (A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo11.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

4 O problema da aferição do discernimento e os critérios para balizar a autonomia do adolescente

Admitindo-se que os direitos garantidos ao adolescente ampliaram a sua autonomia, notadamente no que toca às questões existenciais, e que o exercício desses direitos pelo próprio titular depende apenas do discernimento que ostenta e não do critério etário ou da capacidade jurídica, surge uma outra dificuldade: como aferir, com segurança, se possui ou não esse discernimento?

Não é fácil afirmar, com segurança, nem mesmo o discernimento que subsidia as decisões firmadas pelas pessoas adultas. Até essas podem realizar escolhas irrefletidas ou incoerentes.⁵⁶ De igual modo e mais reiteradamente, os adolescentes que estão em processo de desenvolvimento poderão vacilar na apreciação do que seja o melhor para si e efetuar escolhas equivocadas. Nem por isso, devem ser privados do direito de decidir vez que a autonomia se conquista pelo exercício.⁵⁷ Tocante ao exercício dos direitos fundamentais, não será razoável pontuar o discernimento a partir das características do abstrato homem médio, mas a partir das condições e características da pessoa titular do direito.

Malferindo esse entendimento, a jurisprudência tem sido reincidente em negar autonomia aos adolescentes para decidirem sobre certas questões, fundamentando-se na sua incapacidade absoluta ou relativa.⁵⁸ Nessas situações, tem-se o regime das incapacidades se impondo ao princípio do melhor interesse e à própria doutrina da proteção integral, que cotejam, em si, o respeito à autonomia.⁵⁹ *Grosso modo*: norma infraconstitucional se sobrepondo a um direito fundamental.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 318-320.

⁵⁷ Na explicação de Bodin de Moraes, "O primeiro requisito para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana é o fato de a pessoa ser dotada de discernimento e vontade própria, ou, em uma palavra, de autonomia. O agir livre e autônomo tem sido associado ao adequado desenvolvimento humano pelas mais diversas áreas do conhecimento, sendo uma vinculação amplamente aceita e propalada por autores das mais variadas correntes de pensamento. Pouco se comenta, porém, que é no âmbito familiar que o indivíduo começa a desenvolver sua personalidade de modo saudável e a construir a autonomia de que precisará futuramente, no meio social, para a condução de uma sociedade democrática – que se revelará igualmente fundamental para a sua existência digna" (MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. p. 595. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo11.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015).

⁵⁸ Na assertiva de Maria Celina Bodin de Moraes, "De fato, ainda há doutrinadores que entendem que a personalidade do filho menor não merece consideração autônoma e que sua tutela, dada a imaturidade natural dos menores, deve ser deixada aos adultos responsáveis. Essa é a opinião daqueles que se limitam a estampar os dispositivos legais sobre a incapacidade, sem tecer maiores comentários sobre eles. A consequência implícita é a correlata impossibilidade do exercício pessoal de direitos, patrimoniais ou não patrimoniais, a não ser que a lei expressamente o permita" (MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo11.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015).

⁵⁹ SÊCO, Thais Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Para conciliar a autonomia do adolescente e a restrição heterônoma de sua liberdade justificada na sua vulnerabilidade presumida (que justifica a proteção), Thaís Sêco⁶⁰ propõe analisar os efeitos da decisão que se pretende realizar (se reversíveis ou irreversíveis) e considerar a conveniência e a adequação de sua adiabibilidade para após a maioridade.⁶¹ Aquelas decisões reversíveis e adiáveis, como ocorrem em geral na escolha do esporte que deseja praticar, da língua estrangeira que pretende estudar, do estilo de roupas que resolve seguir, entre outras, ou seja, que apresentam um baixo ônus para o adolescente ou para a família, devem ser respeitadas.

A irreversibilidade ou a dificuldade de reversão de outras decisões afastam a possibilidade de heterodeterminação dos pais, mas nem sempre justificam o exercício imediato da autodeterminação dos filhos. Tais decisões tocam aspectos da vida existencial, personalíssimos e de exercício exclusivo do titular do direito. Por essa razão os pais não têm legitimidade para determinar a interrupção da gravidez levada a efeito por filha menor, à revelia da sua vontade, mesmo nos casos previstos em lei; para obrigar o(a) filho(a) a casar quando não é esse o seu desejo; para impor uma tatuagem ou determinado desenho; ou mesmo para determinar a realização de um tratamento médico que traga risco de morte. Somente os filhos podem tomar tal decisão e se ostentarem o discernimento necessário.

Se além de irreversíveis, as escolhas forem adiáveis, a solução será mais fácil. Devem ser objeto de decisão futura, para após a maioridade, uma vez que a espera não trará maiores danos para o adolescente, ao contrário, preservará a sua integridade.

Quando, porém, essas decisões irreversíveis forem também inadiáveis, instauram-se os *hard cases*.⁶² Cada caso deve ser analisado *per si e*, se possível, sob a atenção de profissionais habilitados em diversas outras áreas que não apenas o direito. No âmbito dessas escolhas, situam-se os atos de disposição do próprio corpo, objeto da análise do presente texto.

5 A autodeterminação do adolescente nas questões relativas ao corpo

Tocante à disposição do próprio corpo, ressalta a norma proibitiva do Código Civil brasileiro que restringe até a liberdade dos adultos. Nos termos do art. 13, “Salvo

⁶⁰ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-uma-nova-hermeneutica-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

⁶¹ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

⁶² SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-uma-nova-hermeneutica-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Mas quais os tipos de intervenções corporais implicariam essa permanente diminuição da integridade física?

Para muitos contemporâneos, como David Le Breton,⁶³ o corpo é uma matéria-prima a modelar, uma representação provisória da identidade, um lugar de encenação de efeitos especiais. O desejo pela maleabilidade corporal atinge adultos e adolescentes que almejam cirurgias plásticas, *liftings*, implantes subcutâneos para indução de proporções físicas desejadas, *piercings*, tatuagens e até mesmo modificações corporais mais severas. Quando é o adolescente quem cultiva esse desejo, não se pode afastar a participação dos pais do processo de tomada dessas decisões, posto que ainda cabe a eles o exercício do cuidado para com a pessoa dos filhos menores. Importa avaliar se o desejo pela intervenção modificativa no corpo resulta de um ato consciente de afirmação da identidade do adolescente, da sedução pelo modismo ou de uma busca patogênica da perfeição estética ou da aceitação pelo grupo.

5.1 Cirurgias plásticas estéticas

As cirurgias plásticas embelezadoras, exemplos de intervenção que trazem impacto à integridade física do adolescente, são práticas bastante frequentes no Brasil, o segundo país do mundo que mais realiza esse tipo de procedimento, seja em adultos ou em adolescentes. Registros da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) apontam que a cirurgia plástica em pessoas de entre 14 a 18 anos quase triplicou em quatro anos, saltando de 37.740 procedimentos realizados em 2008, para 91.100 no ano de 2012 (141% a mais).⁶⁴ De acordo com o presidente da SBCP, o desenvolvimento físico e não a idade é o principal critério para a sua realização. Ainda assim, o médico deve observar, caso a caso, a necessidade e a conveniência da intervenção cirúrgica, considerando o consentimento e o discernimento do paciente, bem como a concordância do seu responsável legal.

Usando os critérios assinalados anteriormente, pode-se dizer que a irreversibilidade da cirurgia plástica desautoriza uma decisão heterônoma. Caberá ao adolescente, no exercício de sua autodeterminação, optar por fazer ou não uma intervenção desse jaez. O que, segundo o Código de Ética Médica e as orientações da SBCP, não dispensa a exigência da prévia autorização dos pais.

⁶³ LE BRETON, David. *Adeus corpo*. Antropologia e sociedade. Campinas: Papyrus, 2003.

⁶⁴ NÚMERO de cirurgias plásticas entre adolescentes aumenta 141% em 4 anos. *Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica*. Disponível em: <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/numero-de-cirurgias-plasticas-entre-adolescentes-aumenta-141-em-4-anos/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

Quando a opção pela cirurgia estética for fruto de pura vaidade do adolescente ou constituir uma resposta passageira aos apelos da moda, o procedimento configura uma medida adiável, os pais poderão negá-la com toda legitimidade. É comum, entre muitos adolescentes, o desejo pela lipoaspiração, pelo implante de silicone em mamas, pela intensificação da cintura a partir da remoção de costelas etc. Como, em regra, esse desejo não constitui uma necessidade imperiosa ao seu desenvolvimento, o adiamento da decisão para depois da maioridade não trará prejuízos à sua autoestima ou à sua saúde.

Porém, se os efeitos da cirurgia plástica forem necessários e urgentes, a decisão pode se tornar inadiável. Muitas vezes, a imperfeição apresentada pode atingir a autoestima, ser motivo de grave assédio por parte dos colegas e do público em geral, como nos casos de “orelha de abano” ou de “nariz de Pinóquio”. Noutros casos a imperfeição pode também estar associada a efeitos negativos para a saúde, como nos casos das “grandes mamas”, em meninas e da ginecomastia, em meninos. Nessas hipóteses, a intervenção pode ser custeada pelo próprio plano de saúde (ou seguro saúde), e, a depender da gravidade do problema a ser corrigido, o adolescente pode obter o suprimento judicial da autorização dos pais, não sendo esses forçados a custear o procedimento.

Contudo, é preciso evitar que o recurso à cirurgia plástica venha a constituir uma obsessão pela perfeição e passe a atrapalhar o desenvolvimento do adolescente. Por essa e outras razões, há hebiatras que consideram a cirurgia plástica na adolescência uma alternativa polêmica, orientando o prévio acompanhamento do adolescente por profissional habilitado em psicologia. Exemplificativamente, cita-se o caso da adolescente “Ana Luiza” (16 anos) que conseguiu realizar o implante de silicone nas mamas, sob a queixa de ter grande vergonha dos seus seios muito pequenos. Examinada pelo cirurgião, este entendeu as razões da adolescente que também obteve a autorização dos pais. Feita a intervenção, Ana Luiza apreciou os resultados e passou a reclamar sobre o mal-estar que sentia em relação às imperfeições de suas pernas.⁶⁵ O caso de Ana Luiza parece configurar exemplo de obsessão pela perfeição estética e, nesse caso, a sua maior necessidade não será exatamente a cirurgia plástica e, sim, um acompanhamento psicológico.

5.2 Doação de órgãos ou tecidos do próprio corpo em vida

Para os efeitos de transplantes, a lei especial (Lei nº 9.434/97, art. 9º) dispõe que somente a pessoa juridicamente capaz pode dispor gratuitamente de tecidos,

⁶⁵ NÚMERO de cirurgias plásticas entre adolescentes aumenta 141% em 4 anos. *Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica*. Disponível em: <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/numero-de-cirurgias-plasticas-entre-adolescentes-aumenta-141-em-4-anos/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

órgãos e partes do próprio corpo vivo. O menor (criança e adolescente) não pode doar órgãos duplos, mas apenas a medula óssea e sob severas restrições. Para que essa doação seja possível, exige-se que o procedimento não acarrete riscos à sua saúde, seja comprovada a compatibilidade imunológica, haja o consentimento de ambos os pais ou dos representantes legais e, por fim, a autorização judicial.

Não se perscruta, nesses casos, sobre a vontade do adolescente, especialmente, quando diversa da manifestação volitiva dos pais. A lei não informa se essa vontade deve ser considerada no processo judicial que colherá a autorização do juiz. Ainda que a doação da medula não seja uma decisão irreversível, porque há a renovação contínua desse material no corpo humano, o processo de coleta do material é complexo, doloroso e atinge aspectos personalíssimos do corpo do adolescente. Assim, entende-se que a sua manifestação volitiva em desfavor da doação seria determinante.

Se, por outro lado, o adolescente tiver o desejo de doar a medula e a isso um ou ambos os genitores se opuserem, entende-se que a sua decisão livre e consciente seria suficiente, em divergência do que diz a lei. No momento de apreciar o caso, o juiz poderá, inclusive, suprir a negativa do genitor, como na hipótese em que o adolescente com discernimento necessário para decidir pretenda doar a medula a um irmão unilateral e não obtenha a autorização do seu genitor que não guarda parentesco com o possível beneficiário da doação.

5.3 Redesignação sexual e hormonioterapia em adolescentes com transtorno de identidade de gênero

Tocante aos adolescentes que apresentam transtorno de identidade de gênero, caracterizada pela dissociação corporal e psíquica que nega o sexo biologicamente ostentado, perscruta-se sobre a sua autonomia para se submeter ao tratamento de hormonioterapia que visa a retardar os efeitos da puberdade, e à cirurgia de redesignação sexual. Mais uma vez, além do discernimento necessário, é preciso avaliar os aspectos atinentes à irreversibilidade/reversibilidade da decisão e a sua possível adiabilidade/inadiabilidade.

A cirurgia de redesignação, no Brasil, é peremptoriamente negada à pessoa menor de idade, pois o processo transexualizador se restringe à pessoa maior de dezoito anos.⁶⁶ A heterodeterminação estatal que veda a intervenção cirúrgica aos adolescentes se justifica na irreversibilidade da medida e na mudança de comportamento que é comum entre os adolescentes. A esse respeito, há estudos científicos demonstrando que cerca 95% (noventa e cinco por cento) dos adolescentes com

⁶⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 26 set. 2015.

transtorno de identidade sexual mudaram de ideia quanto ao processo transexualizador, ainda que persistissem afirmando-se homossexuais.⁶⁷

A despeito dessa restrição e do tabu em torno do tema, é direito do adolescente com disforia de gênero ver respeitado o seu processo de desenvolvimento e a afirmação de sua própria identidade. Para garantia de um desenvolvimento pleno, porém, precisa do apoio da família e, muito provavelmente, do auxílio de profissionais com habilitação em diversas áreas, aptos a lhe ajudar na solução dos conflitos que vivencia. Nem sempre, porém, esses adolescentes têm acesso fácil a essa atenção profissional. O que os leva, não raro, a fazer uso de hormônios, de forma clandestina e arriscada, para evitar o desenvolvimento das características sexuais secundárias, como o pomo de Adão e o traço acentuado na ossatura da mandíbula (entre os meninos) ou o crescimento das mamas (entre as meninas).

Considerando essa prática arriscada e com o fim de defender o interesse dos adolescentes, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo consultou o Conselho Federal de Medicina sobre a adequação e a conveniência da hormonioterapia antes da maioridade. Em parecer técnico detalhado, o Conselho respondeu pela adequação e conveniência da medida na adolescência, advertindo que os seus efeitos, inclusive, seriam reversíveis e mais eficazes se feito o uso dos hormônios antes de consolidada a puberdade.⁶⁸ Com o parecer citado, a Defensoria Pública poderia contra-argumentar a limitação etária de dezoito anos para o início do processo transexualizador.

De modo muito restrito, os hospitais especializados e autorizados a acompanhar o processo transexualizador vêm atendendo adolescentes com transtorno de identidade de gênero. O acompanhamento por equipe multidisciplinar, envolvendo médicos e psicólogos, somente autoriza a prescrição de hormônios de modo excepcional. E, para tanto, não dispensa a avaliação do discernimento do adolescente e a devida autorização dos pais. A cirurgia de redesignação, por seu turno, não é realizada, o que é justificável se considerada a sua adiabilidade para após a maioridade. Médicos e hospitais particulares, por sua vez, não podem realizar quaisquer dessas intervenções.

Como a decisão constitui uma medida de intervenção severa no corpo, está invariavelmente associada à autodeterminação do adolescente. Aos pais não seria dada a oportunidade de heterodeterminação. A considerar a inadiabilidade da medida, porém, é importante considerar a vontade do próprio paciente e sua adequação ao melhor interesse. Contudo, a dramaticidade da intervenção suscita o acompanhamento do adolescente por uma equipe técnica, apta a auxiliar no processo de autodeterminação, especialmente em razão do comportamento vacilante que

⁶⁷ BECERRA, Antonio *et al.* Transexualidad y adolescentes. *Rev Int Androl*, 8(4), p. 165-171, 2010. Disponível em: <<http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1698031X10700315?via=sd>>. Acesso em: 23 out. 2015.

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Parecer CFM nº 8/2014 sobre hormonioterapia em adolescentes*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/CFM/2013/8_2013.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

podem apresentar nessa fase da vida, conforme demonstraram estudos científicos abalizados.

5.4 Tatuagens

Outra modalidade de intervenção corporal está nas tatuagens, prática que vem crescendo em uso, entre adultos e adolescentes. São vários os problemas médicos associados ao uso da tatuagem, especialmente pela possibilidade de transmissão de diversos tipos de doenças infecciosas. Em caso de agulha infectada, a probabilidade de contágio é de 16% (dezesesseis por cento) para hepatite B, de 12% (doze por cento) para hepatite C e de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) para HIV. Outro risco está relacionado às tintas utilizadas, que podem ser de variadas origens e sem padronização ou controle. Acredita-se que até 17% (dezessete por cento) de 52 (cinquenta e dois) colorantes identificados no mercado contenham substâncias cancerígenas. Sem considerar os relatos de reações alérgicas aos pigmentos.⁶⁹

Em face da polêmica, a reação dos pais à tatuagem é bastante variada. Mas há estados brasileiros (Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo, por exemplo) que proíbem terminantemente a aposição de tatuagem entre as crianças e os adolescentes, ainda que autorizados pelos respectivos pais. Utilizam a competência para legislar em matéria de saúde, já que a competência em matéria penal é privativa da União Federal. Em outros estados, a exemplo de Goiás, a realização da tatuagem em adolescente somente poderá ser feita mediante autorização expressa dos pais e quando estes estiverem presentes (Lei nº 18.055/13). Sob a justificativa de que a prática traz riscos à saúde da criança/adolescente e atenta contra a sua integridade física, há um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional (PL nº 3.375/2012) que visa à alteração do Código Penal para tipificar como crime a sua realização em pessoas dessa faixa etária. Na jurisprudência brasileira já se acham decisões penais condenando o tatuador que realizou a tatuagem sem a autorização dos respectivos pais, em crime de lesão corporal grave.

Apreciando os critérios propostos por Thaís Sêco, da irreversibilidade e adiababilidade, na análise da decisão de realizar uma tatuagem, é inquestionável que a escolha seja creditada exclusivamente à pessoa que estampará o desenho em seu corpo. O sujeito não faz uma tatuagem à toa – opta pelo desenho que melhor representa a sua identidade. Assim, ninguém, tampouco os pais, pode lhe impor uma decisão como essa. Muitos adolescentes brasileiros já exibem desenhos no seu corpo. Se os males causados pelo uso da tatuagem não são suficientes para resultar

⁶⁹ CATALDO NETO, Alfredo; DIAS, Hericka Zogbe Jorge. *Tatuagem: perfil e discurso de pessoas com inscrição de marcas no corpo*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/abd/v85n5/v85n05a06.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2015.

na sua proibição para os adultos, a heterodeterminação estatal em proibir a tatuagem para os adolescentes também não se sustenta.

Diante de tantas questões, verifica-se que no exame do reconhecimento da autonomia existencial dos adolescentes, principalmente nas situações existenciais pertinentes ao corpo, à recusa de tratamento médico e à sexualidade, é que se percebe de forma ainda mais clara que tais decisões, por interferirem na esfera personalíssima da pessoa, não podem ser tratadas apenas pelos pais, “no esquema da substituição da vontade do menor. Ainda que se lhes atribua o dever de zelar pela saúde e integridade psicofísica dos filhos, é importante considerar o interesse e a vontade dos principais envolvidos”.⁷⁰

6 Conclusão

No plano das situações subjetivas existenciais, a titularidade do direito fundamental não se desliga da capacidade de exercício, pois os interesses envolvidos são qualificados como personalíssimos, indisponíveis e intransmissíveis, não podendo ser objeto de deliberação heterônoma. Nos espaços que se referem às matérias que envolvem decisões individuais, o legislador deve adotar uma técnica diversa, mais flexível, capaz de atender aos mais variados interesses dos indivíduos, deixando de regulamentar minuciosamente todos os aspectos da vida privada.⁷¹

O tratamento jurídico especial destinado às crianças e aos adolescentes se constrói sobre o manto da proteção integral, que reconhece a vulnerabilidade da criança e também a necessária autonomia para integrar, como sujeito ativo, o seu processo educativo em conjunto com os pais. Porém, contraditoriamente, estabelece um conjunto de direitos, notadamente voltados à esfera existencial, cujo exercício vem sendo obstado pelo regime das incapacidades.

Afirma-se a titularidade de direitos existenciais, o que implica a possibilidade de seu exercício pelo próprio titular a despeito do critério etário. O discernimento será a baliza para franquear ao titular do direito o seu próprio exercício. Essa faculdade pode se apresentar em confronto com o viés protetivo que se atribui à autoridade parental e até mesmo ao próprio Estado, mas a solução do conflito sempre só poderá ser alcançada no exame do caso concreto.

De princípio, não se pode negar o exercício dos direitos apenas alegando o critério da capacidade civil. E, em seguida, eventual intervenção parental ou estatal, pautada na proteção e cuidado, deve se justificar no que seja o melhor interesse,

⁷⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 2, p. 501-532, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7881/4466>>. Acesso em: 15 out. 2015.

⁷¹ RODOTÀ, Stéfano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 58.

cujo conteúdo não pode passar de largo da autonomia do próprio adolescente. O sistema protetivo se afirma na argumentação filosófica de que o homem completa seu desenvolvimento por meio de um processo educativo voltado para a conquista da autonomia e da responsabilidade. Somente pelo exercício contínuo é que se atinge essa autonomia responsável. Aos pais é dado o dever de fomentar a participação dos filhos no processo educativo de modo a favorecer sua plena emancipação.

Como se defere à família e, especificamente, aos pais a responsabilidade pelo processo educativo dos filhos, a intervenção do Estado deve ser reservada aos espaços residuais e quando a sua participação for premente para assegurar a dignidade da criança e do adolescente, mormente para evitar os efeitos de uma paternidade patogênica. Do contrário, porém, há uma recorrente intervenção do Estado nessa seara, como se demonstrou, seja pela edição de leis, seja pelas decisões judiciais.

A autonomia do adolescente para decidir sobre questões que impactam no seu próprio corpo tem fundamento no sistema constitucional brasileiro. Trata-se de um aspecto existencial que não pode ser manejado sem a oitiva ou a escolha da pessoa sobre a qual os efeitos impactarão de modo direto. Na tentativa de conciliar sua autonomia com a proteção, sugere-se a aplicação dos critérios assinalados por Thais Sêco, quais sejam, avaliar a reversibilidade e irreversibilidade da decisão e a sua adiabilidade ou inadiabilidade para depois da maioridade. Sempre tendo por meta primordial a realização do melhor interesse da pessoa adolescente.

The existential autonomy teenager in decisions about their own bodies and heteronomy of parents and the State in Brazil

Abstract: The principle of human dignity is essential for the application of the principle of the child's best interests in any situation. Under this approach it is necessary to analyze the scope of an adolescent's self-determination and the boundaries of parents' and States' heteronomy related to their existential autonomy, particularly when it comes to acts of disposition of their own body. Despite its abstract content, the principle of the child's best interests is thoroughly connected to the safeguard of the development of an individual's own personality, and thus, to the respect for their dignity and autonomy. For this purpose the present study relies on the following assumptions: 1) adolescents hold fundamental rights of relating to its existence as a person; 2) the ownership of such rights grants the corresponding capacity to exercise them, subject to the degree of maturity achieved; 3) a possible hetero-determination from parents in their children's personality must be aligned to the finalistic aspect of parent's responsibility and the constitutional principles that make up for the content of the child/adolescent's best interests and, 4) the heteronomy of the State in defining the best interests of the child, regardless of parental authority and autonomy of the person under age, can only be justified in exceptional circumstances, since the law gives parents the power and duty to raise and educate their children and decide what is best for them.

Keywords: Autonomy. Adolescent. Heteronomous intervention. Human dignity. "The child's best interests".

Referências

- ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção *versus* autonomia? *Psicol. clin.*, v. 21, n. 2, p. 431-450, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pc/v21n2/12.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2015.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *Cuidado & Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BECERRA, Antonio *et al.* Transexualidad y adolescentes. *Rev Int Androl*, 8(4), p. 165-171, 2010. Disponível em: <<http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1698031X10700315?via=sd>>. Acesso em: 23 out. 2015.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Parecer CFM nº 8/2014 sobre hormonioterapia em adolescentes*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2013/8_2013.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 26 set. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- CATALDO NETO, Alfredo; DIAS, Hericka Zogbe Jorge. *Tatuagem: perfil e discurso de pessoas com inscrição de marcas no corpo*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/abd/v85n5/v85n05a06.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2015.
- CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. *Unicef Brasil*. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.
- CRICENTI, Giuseppe. *Il sé e l'altro*. Bioetica del diritto civile. Dignidade como autodeterminação. Firenze: Edizioni ETS, 2013.
- DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em: 10 out. 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FARIA, Rogério Brandão de. A judicialização do feto. *Direito e Sociedade*, 10 mar. 2011. Disponível em: <<http://decaraparaodireito.blogspot.com.br/2011/03/judicializacao-do-afeto.html>>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Unesp, 1993.
- IANNI, Paolo. Potestà dei genitori e libertà dei figli. In: LOJACONO, V. (Dir.). *Il diritto di famiglia e delle persone*. Milano: Giuffrè, 1977.
- LE BRETON, David. *Adeus corpo*. Antropologia e sociedade. Campinas: Papyrus, 2003.
- LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limites*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2006.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla H. (Orgs.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MENEZES, Joyceane Bezerra; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 2, p. 501-532, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7881/4466>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n2_artigo11.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família?* Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MULTEDO, Renata Vilela. Espaços de autonomia existencial: entre liberdade e responsabilidade. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Org.). *Direito UERJ 80: Direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v. 2.
- NÚMERO de cirurgias plásticas entre adolescentes aumenta 141% em 4 anos. *Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica*. Disponível em: <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/numero-de-cirurgias-plasticas-entre-adolescentes-aumenta-141-em-4-anos/>>. Acesso em: 20 out. 2015.
- PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RODOTÀ, Stéfano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.
- RODOTÀ, Stéfano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006.
- RUSCELLO, Francesco de. *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori*: dalla soggezione all'autonomia. Esperienze giuridiche. Vita Notarile Edizioni Giuridiche, 2000.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SÊCO, Thais Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.
- SÊCO, Thais Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-uma-nova-hermeneutica-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

STANZIONE, Pasquale; SCIANCALEPORE, Giovanni. *Minore e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 5, v. 17, p. 41, jan./mar. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 1980. Série Monografias.

WALLIS, Lucy. *A adolescência acaba aos 25 anos*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an>. Acesso em: 22 out. 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

Recebido em: 20.11.2015

Aprovado em: 12.12.2015