

A autonomia progressiva de crianças e adolescentes e a busca por um sistema de apoios

Fabio Queiroz PEREIRA*

Mariana Alves LARA**

Anna Luísa Braz RODRIGUES***

RESUMO: A autonomia progressiva de crianças e adolescentes evidencia que a capacidade decisória é construída ao longo de toda a vida do ser humano, sendo que esse processo não se dá de maneira uniforme entre os indivíduos e não é adequadamente capturado por um regime de incapacidades baseado unicamente em critérios etários. Nesse sentido, a partir das considerações trazidas pelos direitos da pessoa com deficiência, a construção de um sistema de apoios baseado em uma autonomia relacional se apresenta como hipótese de valoração das vontades e preferências desses indivíduos, considerando seus contextos individuais de desenvolvimento cognitivo. O presente trabalho visa a demonstrar a necessidade de reflexão acerca do efetivo exercício de autonomia pelas crianças e pelos adolescentes, propondo a adoção de instrumentos de apoio que conduzam a uma decisão marcada por qualidade e seriedade. Para tanto, a investigação realizada pode ser classificada como de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, em que predomina a utilização do raciocínio indutivo-dedutivo e a análise de fontes diretas primárias.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças; adolescentes; autonomia progressiva; sistema de apoios.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Regimes de incapacidade e autonomia progressiva; – 3. A autonomia relacional e o sistema de apoios ao exercício da capacidade nos direitos das pessoas com deficiência; – 4. Por um sistema de apoios para crianças e adolescentes; – 5. Conclusão; – Referências bibliográficas.

TITLE: *The Progressive Autonomy of Children and Adolescents and the Search for a Support System*

ABSTRACT: *The progressive autonomy of children and adolescents underlines that the ability to make decisions is built throughout the person's life as a whole, and this process is not uniform among individuals and is not adequately captured by a disability system based solely on age criteria. In this sense, from the considerations brought by the rights of the person with disability, the construction of a support system based on a relational conception of autonomy presents itself as a hypothesis to value the wills and preferences of these individuals, considering their individual contexts of cognitive development. This paper aims to demonstrate the need for reflection about the effective exercise of autonomy by children and adolescents, proposing the adoption of support instruments that lead to decisions marked by quality and seriousness. To achieve this goal, the investigation can be classified as legal-dogmatic, of a comprehensive-propositive type, in which predominates the use of inductive-deductive reasoning and the analysis of direct primary sources.*

KEYWORDS: *Children; adolescents; progressive autonomy; support system.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Disability system and progressive autonomy; – 3. The relational autonomy and the support system to exercise the capacity in the rights of people with disabilities; – 4. In defense of a support system for children and adolescents; – 5. Conclusion; – References.*

* Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.

** Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

*** Mestranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).

1. Introdução

Não obstante o reconhecimento da autonomia progressiva de crianças e adolescentes por variados instrumentos normativos, observa-se que prevalece, ainda, um modelo estático, assentado puramente em critérios etários, para considerações quanto às manifestações de vontade desses indivíduos. Apesar de a referida lógica fundamentar-se na ideia de proteção dessa parcela vulnerável da sociedade, é preciso que novas reflexões sejam empreendidas de forma a possibilitar que as pessoas em desenvolvimento sejam também levadas a sério e que tenham respeitadas as decisões concernentes aos seus respectivos projetos de vida.

A partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, passou-se a defender mais fortemente a necessidade de construção de sistemas de apoios, que possibilitem o exercício de autonomia por esses indivíduos, mas que os guarneçam com suportes protetivos. Por meio de tal expediente, busca-se valorar as manifestações de vontade da pessoa com deficiência a partir da criação de um ambiente com subsídios pertinentes e adequados, relativos às tomadas de decisão. Apesar de as crianças e os adolescentes serem também identificados como entes vulneráveis, não se observa contemporaneamente preocupação congênere quanto a instrumentos que permitam a sua progressiva construção de autonomia. Portanto, pretende-se, por meio deste trabalho, questionar a ausência de dinamicidade do sistema presente, que tende a negligenciar as manifestações de vontade desse grupo de pessoas e a priorizar a visão do adulto sobre as circunstâncias e as ocorrências que lhes sejam atinentes. Um adequado sistema de apoios pode ser estruturado e ponderado, tendo por vértice a valoração da autonomia de crianças e adolescentes, sem que seja olvidada a sua necessária proteção.

A presente pesquisa caracteriza-se como investigação de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, em que predomina a utilização do raciocínio indutivo-dedutivo e a análise de fontes diretas primárias. Busca-se demonstrar a necessidade de reflexão acerca do efetivo exercício de autonomia pelas crianças e pelos adolescentes, propondo a adoção de instrumentos de apoio que conduzam a uma decisão marcada por qualidade e seriedade. O sistema de capacidades, presente no atual ordenamento jurídico brasileiro, revela-se estático, contudo, não impede que já sejam buscados e materializados suportes que forneçam contribuições suficientes a garantir a progressividade do exercício de atos de vontade pelas pessoas em desenvolvimento.

Nesse desiderato, o capítulo 1 problematiza o vigente sistema de incapacidades

contrastando-o com o princípio da autonomia progressiva da criança e do adolescente. Seguidamente, no capítulo 2, são apresentadas as características de um sistema de apoios ao exercício da capacidade legal baseado em uma autonomia relacional. Pretende-se contribuir com a ideia de suporte para que crianças e adolescentes identifiquem e comuniquem opiniões e decisões sobre seus interesses. Para tanto, serão utilizados os marcos normativos e doutrinários dos direitos das pessoas com deficiência, que, nas últimas décadas, se atentaram aos conceitos jurídicos centrais desse debate. Por fim, no capítulo 3, intenta-se, por meio das reflexões da doutrinadora Aoife Daly, sustentar a indispensabilidade de concretização de um sistema de apoios que se volte especificamente para as crianças e os adolescentes. Pondera-se a necessidade de reforma do sistema de incapacidade vigente, mas argumenta-se em favor da construção de um sistema de apoios já compatível com a atual ordem jurídica e que permita tomar em consideração as vontades manifestadas de crianças e adolescentes. Ao final, é apresentada uma síntese com as principais conclusões.

2. Regime de incapacidades e autonomia progressiva

O direito brasileiro, no tocante ao exercício de atos da vida civil, utiliza-se da noção de capacidade de fato ou capacidade de agir, a qual pode ser definida como a aptidão do sujeito de direito de exercer de maneira válida os atos da vida civil por si mesmo, dispensando a intermediação de um representante ou a anuência de um assistente. Tradicionalmente, a capacidade de fato comporta gradações com base nas aptidões do sujeito para entender as situações fáticas e se posicionar ante a elas.¹ Quem não detém capacidade de fato plena é denominado *incapaz* e faz jus a um sistema protetivo em atenção a sua especial condição de vulnerabilidade.

As situações que conduzem à incapacidade são excepcionais e fixadas em lei. No ordenamento jurídico brasileiro, essas hipóteses encontram-se positivadas no art. 3º e no art. 4º do Código Civil. Da leitura desses dispositivos, verifica-se que o primeiro critério apto a reduzir a capacidade de fato relaciona-se à idade, sendo considerados absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos (art. 3º) e relativamente incapazes os sujeitos entre dezesseis e dezoito anos (art. 4º, I), idade em que a capacidade de fato plena é alcançada (art. 5º).

¹ Nas palavras de Orlando Gomes: “A lei priva da capacidade as pessoas que presume não tenham discernimento necessário para a prática de alguns ou de todos os atos jurídicos”. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 130.

Essa divisão em três níveis baseia-se na compreensão de que a criança e o adolescente vão, à medida que crescem, adquirindo mais compreensão do mundo, maturidade e condições de exercer sua autonomia, o que deve refletir em uma liberdade cada vez maior para o exercício de atos e negócios jurídicos. Nesse contexto, a incapacidade absoluta impede o exercício, por si só, de todos os atos da vida civil. A vontade do incapaz é, inicialmente, desconsiderada pela ordem jurídica, sendo necessária sua *representação*. Já o relativamente incapaz poder exercer alguns atos da vida civil diretamente² e, para os demais, necessitará de *assistência* para a obtenção dos efeitos jurídicos almejados.

Diferentemente da representação, em que a manifestação de vontade do representante, agindo isoladamente, produz efeitos em relação ao representado (art. 116 do Código Civil), na assistência, o incapaz participa do ato da vida civil em conjunto com seu assistente. Como esclarece Vicente Ráo:

O assistente não se substitui ao relativamente incapaz no exercício dos direitos que a este pertencem e a sua vontade não é reputada, por presunção legal, *equivalente*, mas *complementar* da vontade do assistido [...], o assistido pode e deve, ele próprio, exercer os seus direitos, exteriorizando sua vontade que, para produzir efeitos jurídicos perfeitos, há de coincidir com a manifestação da vontade de seu assistente.³

Ainda, de acordo com a lei, o representante ou assistente das crianças e dos adolescentes serão os pais (art. 1.690 do Código Civil) e, na falta deles, um tutor nomeado pelo juiz (art. 1.728 do Código Civil).

Nesse sistema, todo e qualquer ato praticado pela criança e pelo adolescente até dezesseis anos, sem a presença de seu representante legal, é considerado nulo (art. 166, I do Código Civil), enquanto aqueles praticados pelo relativamente incapaz sem assistência são anuláveis (art. 171, I do Código Civil). Nulidade e anulabilidade são espécies de invalidades dos negócios jurídicos⁴, que conduzem ao desfazimento do ato praticado, com retorno das partes ao *status quo ante*. Ou seja, seguindo a literalidade dos dispositivos legais presentes na codificação brasileira, crianças e adolescentes não

² Ilustrativamente, cita-se que o relativamente incapaz pode ser admitido como testemunha (art. 228, I do Código Civil), pode atuar como mandatário (art. 666 do Código Civil) e está autorizado a fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único do Código Civil). A justificativa para tais permissões reside no fato de que são atos que não têm o potencial de gerar prejuízos ao adolescente.

³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 639.

⁴ A respeito do tema, indica-se a leitura do texto: FERREIRA, José Geinaert do Valle. Subsídios para os estudos das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, 1963, p. 29-38.

podem praticar nenhum ato da vida civil diretamente.

Contudo, parte da doutrina nacional, sobretudo a especializada em direitos da criança e do adolescente, vem defendendo a inadequação do modelo de capacidade jurídica desenhado no direito civil brasileiro “para assegurar a participação efetiva da criança no processo decisório conforme suas habilidades decisórias”.⁵ Inclusive, na III Jornada de Direito Civil, editou-se o enunciado n. 138, referente ao art. 3º do Código Civil, que estabelece: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.⁶

As críticas à rigidez do sistema de incapacidades no direito brasileiro partem da compreensão de que os marcos etários para a capacidade – dezesseis e dezoito anos – não são baseados em critérios científicos, ao contrário, são escolhas legislativas arbitrárias.⁷ No Código Civil de 1916, por exemplo, a maioria era alcançada apenas aos vinte e um anos, da mesma forma que outros ordenamentos jurídicos fixam idades diferentes para o fim da incapacidade.⁸ Afinal, nada de extraordinário acontece do ponto de vista biológico ou cognitivo quando o adolescente completa dezoito anos. Na verdade, a autonomia é construída de maneira progressiva durante toda a vida do ser humano. Mais além, cada uma das faixas etárias abarca indivíduos com maturidade e desenvolvimento cognitivo muito diversos, pois esse processo de amadurecimento depende da genética, da história de vida de cada um e dos estímulos que recebeu.

João Baptista Villela chega a afirmar que o conceito de menoridade estaria em crise. Segundo o autor, o sistema das capacidades teve sua origem na empiria, uma vez que se reconheceu no homem adulto o desenvolvimento pleno de seu discernimento, de modo que nas fases anteriores vigoraria a incapacidade. Entretanto, com o passar do tempo, verificou-se a imanentização das menoridades, ou seja, o discernimento que esteve na

⁵ ELER, K. C. Da incapacidade civil às capacidades evolutivas: tomada de decisão da criança no contexto dos cuidados em saúde. *Civilistica.com*, a. 11, n. 3, 2022, p. 5.

⁶ Taísa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá vão ao extremo e afirmam que “o Direito é produto de fluxo comunicativo em que conceitos jurídicos não se tratam de realidades imutáveis, mas reconstruídas através de prática argumentativa em constante processo de construção. Daí dizer que não é absoluta a presunção de incapacidade das pessoas com idades inferiores a dezoito anos” (LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a Infância e a Adolescência*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 40).

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 30. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 230.

⁸ Ilustrativamente, o Código Civil alemão (BGB) estabelece que quem não atingiu a idade de sete anos não consegue fazer negócios (§104); após essa idade, terá uma capacidade legal limitada (§106); o Código Civil argentino de 2014, em que pese também prever a maioria aos dezoito anos, estabelece que o adolescente a partir de dezesseis anos já é considerado adulto no tocante às decisões sobre os cuidados com seu corpo e entre treze e dezesseis anos já tem aptidão para decidir sobre tratamento não invasivos.

origem foi esquecido a partir da criação de um sistema fechado e rígido de categorias etárias. Deste modo, no atual contexto, as questões ligadas às capacidades acabam por variar segundo jogos de interesses e arbítrio do legislador e não conforme a realidade. Assim, reconhecendo que o discernimento muda continuamente e não pode ficar enquadrado em marcos rígidos, Villela questiona se não seria a hora de se despedir das categorias etárias.⁹

A autonomia não é um atributo intrínseco ao ser humano, que nasce com ele e já se manifesta em sua totalidade desde os primeiros anos de vida. Ao contrário, a autonomia da pessoa se desenvolve a partir da sua inserção em contextos interativos, por meio de suas relações, e envolve processos de aprendizado, imitação e criação, que vão se aperfeiçoando com o crescimento e amadurecimento do indivíduo. A construção da autonomia é, dessa feita, um *continuum*, que perdura por toda a vida. A educação e a estrutura familiar da pessoa têm papel preponderante nessa construção.

Por todas essas razões, Felipe Quintella Machado de Carvalho argumenta que o conceito de incapacidade de fato para a disciplina dos atos da vida civil de crianças e adolescentes seria imprestável por cinco razões principais. Em primeiro lugar, a palavra incapacidade e seus derivados têm um sentido pejorativo, comumente associado a estupidez e ignorância, o que acaba por embaçar o conteúdo técnico-jurídico dos termos. Em segundo lugar, a presunção absoluta (que não admite prova em contrário) de falta de discernimento dos menores de dezesseis anos e de discernimento incompleto dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos seria inadequada. Ainda, a presunção absoluta de prejuízo decorrente de ato praticado pelo incapaz sem seu representante ou assistente, não se admitindo a discussão concreta dos efeitos, acaba por colocar em xeque o caráter protetivo do sistema de incapacidades. Na sequência, haveria uma falta de interesse na declaração de nulidade ou anulação de muitos dos atos praticados por incapazes. Por fim, o autor ressalta que a aplicação do conceito de incapacidade de fato equipara formalmente a criança e o adolescente do primeiro dia de vida até os dezesseis anos, e depois dos dezesseis até os dezoito anos, desconsiderando o princípio da autonomia progressiva.¹⁰

⁹ VILLELA, João Baptista. *O fim das minoridades?* Conferência proferida no evento inaugural da série “Encontros de Direito Privado”, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 09 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=4IrtLfmWMT0>. Acesso em: 17 jan. 2023.

¹⁰ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A imprestabilidade do conceito de incapacidade de fato para a disciplina dos atos da vida civil de crianças e adolescentes. In: VIEIRA, Marcelo de Mello; BARCELOS, Paulo Tadeu Righetti (Orgs.). *Direito da Criança e do Adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 137-158.

Maria Celina Bodin de Moraes vai além e defende ser imperativo reconhecer capacidade de fato aos menores para o exercício de seus direitos fundamentais, invertendo-se a presunção, que passaria a ser de capacidade e não mais de incapacidade. Ainda segundo a autora, para avaliar a maturidade e o nível de compreensão da criança, é necessário ouvi-la, por meio de um diálogo aberto, no qual ela possa ser uma interlocutora ativa. E na mesma medida em que a criança amadurece, a autoridade parental torna-se mais flexível, “promove-se o diálogo para a construção de soluções compartilhadas, visando mais o emancipar do que o cercar”.¹¹

A esse respeito, o art. 5º da Convenção sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas de 1989¹² estabelece o ônus dos Estados Partes de garantir que as crianças recebam instrução e orientação adequadas de acordo com sua capacidade. Ainda, o referido art. 5º fala em *evolução* da capacidade no exercício de direitos, de modo que é apontado como o dispositivo legal que fundamenta a teoria da autonomia progressiva. Ou seja, a criança vai gradualmente adquirindo mais habilidades para exercer seus próprios direitos e, conseqüentemente, tornando-se portadora de uma crescente responsabilidade por seus atos. Ao Estado e à família corresponde o dever de apoiar e proteger o desenvolvimento da criança.¹³ Trata-se de assegurar que a evolução das aptidões das crianças e dos adolescentes seja reconhecida pelo Direito e que, aos poucos, eles exerçam seus próprios direitos independentemente de representação.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças também determina, em seu art. 12, o direito da criança de manifestar sua opinião em todos os assuntos que lhe digam respeito, sendo suas manifestações levadas em consideração em atenção a sua maturidade e sua idade.¹⁴ O aludido dispositivo traz um dos princípios centrais da Convenção, determinando que as crianças não sejam vistas como objetos passivos da proteção de adultos, mas como agentes ativos, aptos a participar das decisões que afetem suas vidas.¹⁵

¹¹ BODIN DE MORAES, Maria. Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*, a. 7, n. 3, 2019, p. 14.

¹² Art. 5. Os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando aplicável, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores legais ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, para proporcionar-lhe instrução e orientação adequadas, de acordo com sua capacidade em evolução, no exercício dos direitos que lhe cabem pela presente Convenção.

¹³ BRUÑOL, Miguel Cillero. Infancia, autonomia y derechos: una cuestion de principios. *Revista Pensamiento Penal*, Rio Negro, mai.2011.

¹⁴ Art. 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

¹⁵ LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. Florence: United Nations Children's Fund (UNICEF), 2005, p. 4.

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), atendendo aos preceitos da Convenção, também garante o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade da população infantojuvenil nos artigos 15, 16 e 17.¹⁶ De acordo com Geralda Rossetto e Josiane Veronese, o zelo que os pais devem ter para com seus filhos precisa obedecer ao rol de liberdades descritas no art. 16, de modo que estas disposições servem justamente à finalidade de colocar limites à educação estabelecida pelos pais.¹⁷ Destaca-se, ainda, que, para além de disposições genéricas, o ECA trouxe previsões específicas que resguardam e promovem a autonomia de crianças e adolescentes. Por exemplo, o consentimento do sujeito maior de doze anos é necessário para colocação em família substituta (art. 28, §2º) e para a adoção (art. 45, §2º), sendo que mesmo antes desta idade, sempre que possível, a criança será previamente ouvida por equipe interprofissional e terá sua opinião devidamente considerada, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (art. 28, § 1º).

O Comitê sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas, no Comentário Geral n. 12, de 2009, a respeito do art. 5º da Convenção, esclarece que quanto mais a criança compreende, conhece e experimenta, mais os pais ou responsáveis precisam transformar a orientação e a direção em lembretes e conselhos, até chegarem a uma troca igualitária. Ainda, estabelece que “esta transformação não ocorrerá em um ponto fixo no desenvolvimento de uma criança, mas irá aumentar constantemente, à medida em que a criança é encorajada a contribuir com seus pontos de vista”.¹⁸

Conforme abordado em estudo coordenado por Gerison Lansdown a respeito das capacidades evolutivas, o art. 5º da Convenção não faz qualquer menção à idade como

¹⁶ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

¹⁷ ROSSETTO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. Novo curso, novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 66/104, pp. 91.

¹⁸ No original: “This transformation will not take place at a fixed point in a child’s development, but will steadily increase as the child is encouraged to contribute her or his views.”. UNITED NATIONS. Committee on the rights of the child. *General Comment No. 12. The right of the child to be heard*. 2009.

determinante dos níveis de capacidade das crianças. É sabido que o reconhecimento da autonomia repousa na presunção de competência dos indivíduos para tomarem decisões sábias e informadas, presunção esta que, no geral, não se estende às crianças. Mas conforme entendimento estabelecido no referido estudo, o art. 5º não objetiva reverter esta presunção de incompetência das crianças, mas impor um ônus aos Estados-Partes para que as capacidades das crianças sejam respeitadas. Ou seja, busca “oferecer maior potencial para que o princípio da autonomia seja mais amplamente estendido às crianças, ao mesmo tempo em que continua a fornecer a estrutura de proteção necessária para evitar exploração, dano ou abuso”.¹⁹

Percebe-se, pois, que a Convenção sobre os Direitos das Crianças não determina o abandono completo dos marcos etários para fixação de capacidades. Afinal, eles são importantes para fornecer segurança jurídica ao ordenamento e garantir proteção a sujeitos que estão em desenvolvimento e são, por este motivo, vulneráveis. Contudo, embora os marcos legais devam valer como regra geral, em determinadas situações, a capacidade da criança e do adolescente deve ser analisada de maneira situacional, avaliando se o indivíduo tem aptidão para uma tarefa determinada, se ele consegue entender o sentido e as consequências de certo ato, devendo sua vontade ser considerada naquele caso específico. Afinal, reconhecer a autonomia progressiva de crianças e adolescentes, em termos práticos, significa flexibilizar o sistema de capacidades, possibilitando a penetração de ideias como maturidade, desenvolvimento intelectual, compreensão e discernimento, de modo a abandonar o rígido binômio capacidade/incapacidade.²⁰ Como afirma Kalline Carvalho Eler, “o conceito de capacidades evolutivas corresponde ao reconhecimento da criança enquanto sujeito ativo em seu próprio desenvolvimento, conforme o desenrolar das suas capacidades. A ênfase é colocada nas habilidades da criança e não na idade como determinante ao exercício pessoal dos seus direitos humanos”.²¹

Dessa feita, do ponto de vista teórico, verifica-se a existência de um sólido arcabouço normativo e de extensa literatura a respeito da necessidade de reconhecimento da autonomia progressiva de crianças e adolescente, com a respectiva flexibilização do

¹⁹ No original: “It thereby offers greater potential for the principle of autonomy to be more fully extended to children, while at the same time continuing to provide the necessary protective framework to avoid exploitation, harm or abuse” (LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. UNICEF, 2005, p. 4).

²⁰ HERRERA, Marisa. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. *Justicia y Derechos del Niño* (UNICEF), Santiago, n. 11, 2009, p. 104-143.

²¹ ELER, Kalline Carvalho. Da incapacidade civil às capacidades evolutivas: tomada de decisão da criança no contexto dos cuidados em saúde. *Civilistica.com*, a. 11, n. 3, 2022.

regime de incapacidades pelo critério etário. Todavia, uma série de desafios surgem no tocante à aplicação deste paradigma, o que leva à necessidade de serem pensados modelos e ferramentas possam tornar efetiva essa teorização.

3. A autonomia relacional e o sistema de apoios ao exercício da capacidade presente nos direitos das pessoas com deficiência

O desenvolvimento dos direitos das pessoas com deficiência é responsável por importantes contribuições para os debates sobre direitos humanos e seus dilemas. Em 2008, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada com o reconhecimento de que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, conforme seu artigo 12.

Desde então, o regime de incapacidades, formulado sob o pretexto de proteção de todos aqueles que não possuem vontades idôneas nos atos civis, tornou-se um tema amplamente revisto por pesquisadores de todo mundo. No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) repercutiu essa e outras previsões do referido dispositivo, que também estabelece os apoios para o exercício da capacidade legal. Mesmo que questionamentos possam ser feitos, fato é que os artigos 3º e 4º do Código Civil foram alterados para retirar as referências à enfermidade ou à deficiência mental como hipóteses de incapacidade absoluta e relativa. No que se refere a esta última, sua aplicação ficou restrita àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade, aos pródigos, ébrios habituais e viciados em tóxico.

Amita Dhanda, desde os trâmites finais de elaboração e aprovação da norma internacional, pontuava que a autonomia e o apoio, reinterpretados pelo reconhecimento da capacidade civil de pessoas com deficiência, inauguravam uma nova forma de compreender a capacidade. Mais do que isso, a autora explicitamente defende que estratégias de conexão entre os documentos de direitos humanos sejam elaboradas, citando explicitamente a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Essa opção argumentativa, aqui, também não é feita levemente.²² Há um paralelo entre o apagamento dos desejos e vontades de crianças e adolescentes²³ e de pessoas com

²² DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 5, n. 8, 2008, p. 45-48.

²³ ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente - 30 anos: grandes temas, grandes desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 67-108, 2020.

deficiência.²⁴ Ambos foram sistematicamente excluídos da qualificação como sujeitos de direitos nas normativas nacionais e internacionais. Ambos tiveram seus interesses, inclusive formalmente, definidos e terceirizados por e para o Estado, familiares, instituições.

Para essas pessoas, uma concepção relacional de autonomia mostra-se útil. As decisões dos seres humanos são baseadas em valores e crenças pessoais que se conectam diretamente com a construção de uma identidade, que é influenciada por relacionamentos sociais.²⁵ Essa ideia se contrapõe diretamente à noção de um ser humano autônomo, autossuficiente e independente, presente nas concepções liberais. Sobre o tema, Aline Albuquerque sustenta:

O modelo da autonomia relacional se fundamenta no fato de que raramente as pessoas se colocam na vida alheias às outras, de modo que os seres humanos são relacionais e constroem suas identidades a partir do reconhecimento do outro. Sendo assim, as identidades são moldadas e os interesses mediante as conexões com os outros, o que permite o exercício da autodeterminação. Considerando tal perspectiva, a autonomia relacional toma em consideração as relações familiares, comunitárias e sociais, bem como as responsabilidades, redes de cuidado e interdependência a partir das quais os indivíduos desenvolvem seu senso de pertencimento e de identidade pessoal. Assim, a autonomia relacional assevera que os contextos e relações são cruciais para o exercício e desenvolvimento da autonomia.²⁶

As alterações paradigmáticas advindas do tratamento à pessoa com deficiência como um sujeito de direito pleno evidenciam a necessidade de superar concepções de racionalidade e de autonomia que afastam a possibilidade de suportes externos. As teorias que partem de um “eu” racional e sem mentores desconsideram os aspectos relacionais que formam o ser humano individualizado.²⁷

Os modelos tradicionais de autonomia são duramente criticados por focarem

²⁴ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, p. 133-156, 2020.

²⁵ QUINN, Gerard. Rethinking personhood: new directions in legal capacity law & policy or how to put the shift back into paradigm shift. In: JANJIC, Biljana; BEKER, Kosana; MARKOVIC, Milan (Org.). *Collection of articles and recommendations legal capacity and community living: protection of the rights of persons with disabilities*. Belgrade: Mental Disability Rights Initiative, 2014, p. 30-39.

²⁶ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 15.

²⁷ QUINN, Gerard. Rethinking personhood: new directions in legal capacity law & policy or how to put the shift back into paradigm shift. In: JANJIC, Biljana; BEKER, Kosana; MARKOVIC, Milan (Org.). *Collection of articles and recommendations legal capacity and community living: protection of the rights of persons with disabilities*. Belgrade: Mental Disability Rights Initiative, 2014, p. 30-39.

excessivamente no autogoverno e no desejo individual, baseados em uma consistência interna psicológica que desconsidera o processo de desenvolvimento gradual da pessoa e a amplitude dos interesses humanos. O que é considerado como irracionalidade para ideais liberais típicos, afinal, é uma ocorrência comum, mas não é naturalizada para certos grupos vulneráveis.²⁸ As pessoas são o que são pelos contextos que as cercam e as cercaram ao longo da construção de sua personalidade. Gerard Quinn vai além, afirmando que aderir a um paradigma de apoio inclui a ampla disponibilização de suportes, também em contextos que não sejam de tomadas de decisões. Em especial, o apoio deve aparecer nos momentos cruciais de evolução e desenvolvimento da personalidade.²⁹

Só é individualizado aquele que é reconhecido pelo próximo. Nesse sentido, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência abriu espaço para reflexões sobre como a tomada de uma decisão é complexa, intuitiva e relacional. Decidir depende de experiências, ou seja, negar vivências a certos grupos impede o desenvolvimento da capacidade de tomar decisões. Analisar a autonomia como relacional, portanto, impacta profundamente na abordagem da capacidade legal. Em suma, a autonomia por si só é valiosa, mas não é um valor dissociado das condições relacionais do ser humano. Isto é, os relacionamentos com pais, professores e amigos oferecem a orientação necessária para o desenvolvimento do ser autônomo. É possível defender até mais: as condições sociais são o elemento constitutivo da autonomia e não é possível um ser autônomo sem que certos aspectos relacionais sejam concretizados. Como pontuado por Lucy Series, esses pensamentos não excetam, de forma alguma, as relações de cuidado e interdependência presentes na vida de pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, por exemplo.³⁰

Se a autonomia clama pela liberdade, entende-se como prudente que a vulnerabilidade seja um elemento essencial de sua compreensão. Ao considerar os aspectos vulneráveis do sujeito, afasta-se a ideia de respeito à autonomia como a omissão, ou seja, como não invadir o espaço do outro, e surge a possibilidade de apoio mútuo para enfrentamento das limitações para construção da autodeterminação do indivíduo.³¹ Um sistema de

²⁸ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 15.

²⁹ QUINN, Gerard. Rethinking personhood: new directions in legal capacity law & policy or how to put the shift back into paradigm shift. In: JANJIC, Biljana; BEKER, Kosana; MARKOVIC, Milan (Org.). *Collection of articles and recommendations legal capacity and community living: protection of the rights of persons with disabilities*. Belgrade: Mental Disability Rights Initiative, 2014, p. 30-39.

³⁰ SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms. *International Journal of Law and Psychiatry*, [s.l.], v. 40, [s.n.], 2015, p. 81-82.

³¹ ANJOS, Marcio Fabri. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, 2006, p. 183-184.

apoio, então, naturaliza a autonomia relacional e promove a solidariedade social e a participação das pessoas vulneráveis.³² O entendimento da capacidade legal perpassa por aspectos de compreensão da pessoa, de sua autonomia e de suas relações, que não estão restritos à deficiência e tampouco aos marcos temporais de idade, mas que a eles são úteis e conexos.

Com o objetivo de apresentar um posicionamento sobre essas nuances, o Comitê sobre Direitos das Pessoas com Deficiência emitiu a Observação Geral n. 1. Nesse documento, o artigo 12 é apresentado como o catalisador de uma mudança mais profunda: a mudança de um paradigma de tomada de decisão substitutiva para um baseado no apoio à tomada de decisão. Aqui, é dito que o Estado não pode negar o exercício da capacidade legal, devendo proporcionar o acesso aos apoios que levarão a pessoa a tomar suas próprias decisões com efeitos jurídicos.³³

O conceito de apoio não está definido na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência nem na Observação Geral n. 1 do Comitê. O que esse segundo documento diz é que o apoio ao exercício da capacidade legal privilegia os direitos, as vontades e as preferências da pessoa e rechaça a decisão tomada por um terceiro no lugar do próprio indivíduo.³⁴ Nesse ponto, é relevante entender o que pode ser considerada uma decisão substituta, a ser preterida em prol das decisões baseadas em processos de apoio. São elas: aquelas em que o exercício da capacidade legal é negado à pessoa, mesmo que seja em relação a uma decisão específica; aquelas em que o terceiro que toma a decisão é escolhido em detrimento da vontade da pessoa, até mesmo em relação a quem seria esse substituto adequado; e aquelas em que a decisão substituta é fundamentada no melhor interesse ao invés de fundamentada nas vontades e preferências da própria pessoa.³⁵

Apesar da ausência de uma conceituação mais específica dos documentos oficiais, o apoio constitui um termo amplo que engloba diversos arranjos formais e informais, de variados tipos e intensidades.³⁶ A decisão apoiada possui seu aspecto prático e cotidiano,

³² QUINN, Gerard. Rethinking personhood: new directions in legal capacity law & policy or how to put the shift back into paradigm shift. In: JANJIC, Biljana; BEKER, Kosana; MARKOVIC, Milan (Org.). *Collection of articles and recommendations legal capacity and community living: protection of the rights of persons with disabilities*. Belgrade: Mental Disability Rights Initiative, 2014, p. 30-39.

³³ UNITED NATIONS. Committee on the rights of persons with disabilities. *General Comment n° 1*. United Nations: Geneva, 2014.

³⁴ UNITED NATIONS. Committee on the rights of persons with disabilities. *General Comment n° 1*. United Nations: Geneva, 2014.

³⁵ THENA, Shih-Ning; CARNEYB, Terry; BIGBYC, Christine; DOUGLAS, Jacinta. Supporting decision-making of adults with cognitive disabilities: the role of law reform agencies – recommendations, rationales and influence. *International Journal of Law and Psychiatry*, [s.l.], v. 61, [s.n.], 2018, p. 65.

³⁶ UNITED NATIONS. Committee on the rights of persons with disabilities. *General Comment n° 1*. United Nations: Geneva, 2014.

em que a pessoa está diante de um apoiador que a auxilia por meio da disponibilização de informações, explicações e ajuda para que os limites de sua autonomia sejam respeitados. As estratégias possíveis, dentro dessa descrição, assemelham-se ao que ocorre em muitos relacionamentos e podem ser implementadas com ou sem uma normativa expressa sobre a identificação do apoiador.³⁷ Já o reconhecimento legal (ou seja, formal) do apoio está calcado no estabelecimento de obrigações legais e é realizado por uma validação normativa dos acordos de apoio e das características do suporte prestado pelo apoiador. Essa é uma forma de afastar os regimes de incapacidade que são duramente criticados por negarem o exercício de capacidade legal aos indivíduos de maneira prematura ou desnecessária, para certas decisões ou em determinados contextos. Priorizando o apoio, a presunção de capacidade legal é prolongada ao máximo nos casos concretos, de modo que as medidas restritivas sejam executadas apenas em casos extraordinários.³⁸

Patricia Cuenca Gómez, analisando os princípios gerais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e os pressupostos do reconhecimento da capacidade legal como regra geral, identifica as principais características de um sistema de apoio. A primeira delas é a implementação de apoios graduais em paralelo com sistemas de substituição. Nesse ponto, a autora reconhece que esses sistemas paralelos devem ser aplicados de maneira aberta e inclusiva, dirigindo-se a todos aqueles que possuem dificuldades para exercer plenamente a capacidade legal, não apenas àquelas pessoas com alguma deficiência. Deve, ainda, consistir em um sistema complexo, em que há a criação e a promoção de diversas figuras de apoio com *status* jurídico. Para tal, é possível adaptar ou substituir institutos jurídicos já previstos.³⁹

O funcionamento desse sistema depende da sociedade como um todo, de modo que o Estado e a sociedade civil contribuam de maneira fundamental com sua eficiência. De forma mais específica, o apoio deve ser individualizado, isto é, condizente com as necessidades do apoiado, mas também adaptável às diferentes situações pessoais e

³⁷ No Brasil, o sistema de apoios inclui o instituto da tomada de decisão apoiada, que é um apoio formalizado nos termos do art. 1783-A do Código Civil. Destaca-se que a tomada de decisão apoiada se configura como um dos apoios possíveis à pessoa com deficiência, mas não reduz as possíveis medidas de apoio ao que está disposto no termo legal. As propostas de apoio são variadas, independentemente de formalização legal.

³⁸ THENA, Shih-Ning; CARNEYB, Terry; BIGBYC, Christine; DOUGLAS, Jacinta. Supporting decision-making of adults with cognitive disabilities: the role of law reform agencies – recommendations, rationales and influence. *International Journal of Law and Psychiatry*, [s.l.], v. 61, [s.n.], 2018, p. 65.

³⁹ CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR*, [s.l.], [s.v.], n. 10, 2012, p. 74-76.

sociais, levando em conta o ato jurídico em questão.⁴⁰

Já que o apoio visa a uma tomada de decisão, por lógica, deve ser aplicado a todo processo decisório. Pode consistir, por exemplo, em assistência na tradução, compreensão ou avaliação de informações relevantes, na apresentação de opções diversas e de consequências possíveis e no auxílio para a expressão de vontades e preferências. Não se ignora, assim, que a intensidade dos apoios variará, mas isso não se traduziria em uma incapacitação *a priori*, conforme os modelos de substituição.⁴¹

Por fim, a exigência de salvaguardas a esse sistema se voltaria justamente para evitar essa confusão de propósito, sendo que a normativa internacional prevê alguns critérios para sua concretização, devendo os apoios serem: livres de conflitos de interesses e influência indevida; proporcionais e adaptados às circunstâncias do indivíduo; aplicados no menor tempo possível; sujeitos à revisão periódica por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial; e proporcionais ao quanto os direitos e interesses dos indivíduos estejam envolvidos.⁴²

4. Por um sistema de apoios para crianças e adolescentes

Como visto, a ideia de um sistema de apoios é habitualmente refletida a partir da perspectiva da pessoa com deficiência. Em razão de seus impedimentos e limitações, medidas e instrumentos (de natureza jurídica ou não) são configurados, com o intuito de garantir a manutenção da vontade e das preferências do indivíduo, sem, no entanto, deixar de lado o vetor proteção. Ocorre que a vulnerabilidade que justifica a existência de suportes para as pessoas com deficiência também é característica de outros grupos de pessoas, como as crianças e os adolescentes. Como seres em desenvolvimento e tendo em consideração, inclusive, o princípio da autonomia progressiva, é possível e desejável que as noções atribuídas a um sistema de apoio sejam concretizadas por meio de instrumentos ponderados especificamente para essa parcela da sociedade.

A autonomia da criança e do adolescente é construída de modo progressivo e relacional. Isso significa dizer que as suas decisões vão ganhando tessitura e complexidade em consonância com o seu desenvolvimento mental e cognitivo e que, nesse processo, a

⁴⁰ CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR*, [s.l.], [s.v.], n. 10, 2012, p. 61-94.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

interface com indivíduos adultos faz-se necessária, de modo a fornecer o suporte para que sua vontade prevaleça, sem que sejam negligenciados subsídios informacionais ou olvidada a sua proteção enquanto ente vulnerável. Tal fato não afasta necessariamente a possibilidade de a criança ou o adolescente tomar decisões equivocadas. Para construir a autonomia, fazem-se imperiosos processos que sejam marcados não só por exatidão e correção, mas também por erros e falhas em seu percurso, que propiciam o verdadeiro aprendizado e a assimilação de conteúdos e formas. Logo, assim como indivíduos adultos, crianças e adolescentes são suscetíveis a erros, não devendo a busca pela decisão certa ser um objetivo primordial no desenvolvimento desses indivíduos.

Como foi demonstrado no primeiro tópico, a autonomia é habitualmente perspectivada no mundo jurídico com a positivação de um sistema de capacidades. Por meio da fixação de critérios etários são estabelecidos marcos progressivos que ampliam a livre atuação do indivíduo. Todavia, um sistema fechado de incapacidades, que desconsidera a vontade de crianças e adolescentes não se mostra adequado, principalmente se cotejado com a consagração do princípio da autonomia progressiva. Aoife Daly sustenta que, nesses moldes, não se verifica projeção para apoiar as crianças em tomadas de decisões, nem para priorizar sua autonomia.⁴³ De acordo com a autora, esses “sistemas legais são moldados de forma inadequada para inserção de crianças; eles focam nas posições das partes (usualmente dos adultos); e tendem a ser inflexíveis, girando em torno de regras e estruturas que limitam opções e cronogramas”.⁴⁴ Logo, a revisão de previsões normativas, que materializam essa realidade estanque quanto às incapacidades fundadas em critérios etários, revela-se crucial, de modo a garantir efetivo exercício de autonomia no que concerne a decisões de conteúdo jurídico.

Reformas foram efetivadas quanto à capacidade civil das pessoas com deficiência, tendo em consideração o reconhecimento da autonomia desses indivíduos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. De acordo com Amita Dhanda, o referido instrumento normativo “conferiu a essas pessoas o poder de gerir seus próprios assuntos. Esse poder não está baseado no paradigma da independência, mas no da interdependência, que estabelece que capacidade e apoio podem ser contíguos. Uma pessoa com deficiência não precisa ser declarada incapaz para obter apoio”.⁴⁵ A mesma

⁴³ DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 394.

⁴⁴ No original: “Legal systems are inadequately funded for involving children; they focus on the positions of the (usually adult) parties; and they tend to be inflexible, turning on rules and structures which limit options and timelines” (DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 394).

⁴⁵ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 5, n. 8, 2008, p. 48.

lógica pode e deve ser aplicada às crianças e aos adolescentes. Portanto, por meio alterações legislativas, poderia ser buscado um desenho normativo relativo às capacidades caracterizado pela flexibilidade e permeabilidade quanto ao exercício de direitos. Suas manifestações de vontade podem ser dotadas de seriedade e qualidade suficiente, principalmente quando antecedidas e acompanhadas de apoios. É necessário refletir sobre novos mecanismos que concretizem a autonomia da criança e do adolescente e que permitam uma valorização da vontade de tais agentes sem se descuidar de instrumentos de proteção.

Todavia, a busca por uma reforma legislativa não se revela como óbice à construção de um sistema de apoios voltado especificamente para o exercício da autonomia das crianças e dos adolescentes no vigente ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em consideração a valoração da vontade e da autonomia da criança e do adolescente pela Convenção e pelo ECA, medidas e instrumentos podem ser propostos com o intuito de dar qualidade às manifestações de vontade desses indivíduos por meio de suportes de tipos variados às tomadas de decisão. Em um contexto de autonomia relacional, em que se verifica uma constante influência recíproca nos processos volitivos de todos os indivíduos, é possível a oferta de apoios específicos para crianças e adolescentes, que tomem em consideração o estágio de desenvolvimento cognitivo do agente para possibilitar a construção de subsídios aptos a uma decisão consistente.

Em consonância com essa realidade, Aoife Daly propõe a adoção de instrumentos de apoio que possibilitem às crianças fazer prevalecer a sua vontade perante cortes e tribunais. Para a autora, demonstra-se imperioso concretizar a autonomia nesse campo, para além do direito de as crianças apenas serem ouvidas em audiência. A aplicação do princípio do melhor interesse deve estar balizada na concretização das vontades e dos desejos dessas pessoas em desenvolvimento, sob pena de restar configurado um paternalismo excessivo que conduz apenas à delegação da tomada de decisões para um adulto. Em suas palavras:

Assim como acontece com os adultos com deficiência cognitiva, a substituição das vontades das crianças deve ser levada muito a sério e esforços devem ser feitos para apoiá-las e auxiliá-las nessas decisões. A noção de autonomia deve estar no centro de tais esforços. Embora o princípio do melhor interesse seja uma ferramenta positiva para focar a atenção dos adultos nos interesses das crianças e não nos outros, sem restrições, trata-se simplesmente de uma ferramenta para impor preconceitos sociais, como “contato a todo custo”. Ao tentar lidar com o enigma da infância, o pêndulo oscilou com tal intensidade em favor

do paternalismo, que a integridade do próprio princípio do melhor interesse deve ser questionada. A divisão minoria/maioria é uma resposta simplista a uma questão complicada – a questão de quanta proteção *versus* escolha as crianças devem ter. No contexto dos procedimentos de melhor interesse, parece justificável manter essa divisão apenas se for introduzida a suposição de que as crianças devem ter as escolhas que os adultos têm, até que seja provado que elas precisam de proteção.⁴⁶

Dessa forma, no processo de tomada de uma decisão assentada no melhor interesse, o foco deve estar na realização da autonomia da criança ou do adolescente, cuja vontade só pode ser desconsiderada quando houver uma real possibilidade de ocorrência de dano grave.⁴⁷ Prevalece a presunção de que a decisão da criança é apta a produzir os seus correlatos efeitos e, na condução do processo volitivo, precisam ser incorporados mecanismos de apoio, de modo a garantir um salutar nível de qualidade da manifestação de vontade. Tal premissa se mostra em conformidade com a concretização progressiva da autonomia de um indivíduo em desenvolvimento, permitindo, além disso, o oferecimento de suportes relacionais necessários, que sirvam de salvaguardas aptas a realizar a sua proteção.

Valendo-se de premissas da Psicologia, Aoife Daly sustenta que o apoio no exercício da autonomia “refere-se a nutrir as necessidades, os interesses e os valores psicológicos das crianças, por exemplo, facilitando-lhes a compreensão de seu ambiente e o envolvimento na solução de seus próprios problemas”.⁴⁸ Ainda de acordo com a autora, “ao contrário de pressionar as crianças a se comportarem ou pensarem de uma determinada maneira, o apoio à autonomia permite identificar e desenvolver as próprias motivações e valores das crianças por meio de suporte não controlador, compreensão e fornecimento de

⁴⁶ No original: “Just as with adults with cognitive impairment, overriding children’s wishes should be taken very seriously, and efforts should be made to support and assist children with such decisions. The notion of autonomy should be at the heart of such efforts. Although the best interest principle is a positive tool for focusing the attention of adults on the interests of children rather than others, unfettered it is simply a tool for imposing societal biases, such as ‘contact at all costs’. In attempting to deal with the riddle of childhood the pendulum has swung so far in favor of paternalism that the integrity of the best interest principle itself must be called into question. The minority/ majority divide is a simplistic answer to a complicated question – the question as to how much protection versus choice children should have. In the context of best interest proceedings, it seems justifiable to retain that divide only if an assumption is introduced that children should have the choices adults have, until it is proven that they need protection” (DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 437).

⁴⁷ DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 393.

⁴⁸ No original: “Within the discipline of psychology, the term ‘autonomy support’ refers to nurturing children’s psychological needs, interests and values through, for example, facilitating them to understand their environment and to be involved in solving their own problems” (DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 394).

informações”.⁴⁹ O apoio, nesse contexto, deve ser fornecido para além do núcleo familiar. No âmbito de decisões jurisdicionais, por exemplo, profissionais com formação adequada e experiência com crianças são fundamentais, de modo a auxiliar efetivamente o indivíduo no processo de manifestação de vontade. Como adverte a autora, “a literatura sobre as habilidades de tomada de decisão das crianças indica que, quando recebem tempo, espaço e apoio, suas habilidades podem ser tão objetivamente sensíveis quanto as dos adultos”.⁵⁰

Procedimentos judiciais que abarquem diretamente a vivência da criança ou do adolescente devem ser empreendidos necessariamente com a sua participação ativa, valorando as suas manifestações de vontade. Assim, em processos de guarda ou adoção, por exemplo, é possível construir um ambiente de apoio propício para que seja manifestada a sua vontade, com a correlata qualidade. Subsídios informacionais adequados à idade, à cognição e ao contexto da pessoa, somados à assistência por parte de profissionais como psicólogos ou pedagogos, traduzem instrumentos de apoio aptos a tutelar a criança ou o adolescente na tomada de uma decisão. A superação de barreiras atitudinais, que tendem a considerar a pessoa em desenvolvimento como inapta à tomada de decisões, precisa também ser concretizada. De acordo com Aoife Daly, no exercício do apoio, em um contexto de decisão judicial, devem ser aceitos os pensamentos e sentimentos da criança e explorados os seus valores; revela-se necessário, ainda, minimizar a linguagem controladora e auxiliar na construção de habilidades e resolução de problemas; deve ser fornecido feedback, concretizando uma consideração positiva incondicional e um cuidado genuíno.⁵¹

No âmbito de decisões médicas, também é possível identificar apoios para a tomada de decisões por crianças e adolescentes. Não são poucos os casos em que se debate a manifestação de vontade desses indivíduos em contextos existenciais de saúde, sendo exemplos paradigmáticos aqueles que envolvem a aceitação ou a recusa de tratamento médico em contraposição ao que desejam seus representantes legais. Nesses casos, defendem Marina Carneiro Matos Sillmann e Maria de Fátima Freire de Sá que a autoridade dos responsáveis legais deve ser limitada conforme o discernimento necessário apresentado pela criança ou pelo adolescente para a prática dos atos da vida

⁴⁹ No original: “As opposed to pressuring children to behave or think a certain way, autonomy support is about identifying and developing children’s own motivations and values through non-controlling support, understanding and information provision” (DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 394).

⁵⁰ “The literature on children’s decision-making abilities indicates that when children receive time, space and support, their abilities can be as objectively sensible as that of adults”. DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 410.

⁵¹ DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 419.

civil. Diversas são as possibilidades de aferição dessa competência decisional, mas há um pressuposto básico de apoio para que isso seja possível: o fornecimento adequado de informações, em linguagens e formatos específicos ao desenvolvimento da pessoa, visando ao verdadeiro entendimento e à comunicação legítima. A aplicação do teste de Competência de Gillick, por exemplo, exige a efetiva transmissão de detalhes sobre o aconselhamento e tratamento médico contraceptivo como primeiro passo,⁵² assim como os testes nomeados como MacCAT-T e Escala Móvel.

Logo, para além da reflexão acerca de uma desejável reforma legislativa quanto às capacidades, que reconheça o exercício de autonomia da criança e do adolescente por meio do fornecimento de suporte para o seu exercício, deve se ter em conta que o atual ordenamento jurídico, principalmente por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, já incita a promoção da autonomia desses indivíduos, valorando as suas manifestações de vontade.

O reconhecimento da autonomia progressiva e relacional exige uma mudança de postura quanto às decisões de crianças e adolescentes. É necessário que se parta de uma presunção de adequabilidade de seus processos volitivos, devendo ser sempre justificada a adoção da substituição de vontade, tendo por base o vetor de proteção. Como sustentado por Aoife Daly, “as crianças foram excluídas da tomada de decisões de melhor interesse por causa da suposição de que o adulto é a medida de todos os seres humanos, embora, quando submetida a escrutínio, essa suposição do adulto racional e sensato não se sustente”⁵³. Assim, a mudança de postura para com as pessoas em desenvolvimento faz-se premente, buscando sempre a valoração de suas perspectivas e desejos, a partir da lógica relacional fornecida por instrumentos de apoio.

5. Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que o atual sistema brasileiro de capacidades pelo critério etário, que considera crianças e adolescentes como incapazes de exercerem de maneira válida qualquer ato da vida civil diretamente, não se mostra adequado e reclama mudanças. Não se defende o abandono completo dos marcos etários, afinal, quando atuam como regra geral, essas balizas trazem segurança jurídica, previsibilidade e garantem uma esfera de proteção para as pessoas em desenvolvimento. Contudo,

⁵² SILLMAN, Marina Carneiro Matos Sillmann; DE SÁ, Maria de Fátima Freire. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da Competência de Gillick. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2015, p. 73-75.

⁵³ DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017, p. 439.

reformas legislativas que visem a trazer mais flexibilidade a este sistema e a torná-lo permeável a análises situacionais das habilidades decisórias de crianças e adolescentes, em circunstâncias que lhe dizem respeito, mostram-se necessárias. Mais além, alterações neste sentido contribuiriam para harmonizar o sistema jurídico brasileiro, de modo a melhor compatibilizar o regime de capacidades do Código Civil de 2002 com os preceitos da Convenção sobre os Direitos das Crianças e do ECA, que já buscam promover e proteger a autonomia progressiva destes sujeitos.

Semelhante reforma legislativa deve necessariamente considerar e potencializar o papel dos sistemas de apoio ao exercício da capacidade legal. É preciso partir de uma lógica relacional da autonomia, que considera que o ser humano se desenvolve a partir da inserção em contextos interativos e que sua autonomia é construída na interdependência. Neste paradigma, os apoios, que abrangem arranjos formais e informais bem diversificados, são importantes instrumentos para o exercício da autonomia por sujeitos vulneráveis. Por meio de suportes eficientes, prestados por familiares, educadores e outros profissionais, a criança e o adolescente podem reunir melhores condições de formular um juízo consciente e coerente sobre seus desejos e preferências.

Não obstante mudanças de *lege ferenda* sejam desejáveis e salutares neste campo, é preciso ter em mente que o arcabouço normativo hoje em vigor no Brasil já se mostra adequado ao uso de algumas formas de apoio à tomada de decisão por crianças e adolescentes. Os apoios informais, consistentes, por exemplo, em prestar informações e orientações relevantes para o processo decisório em linguagem adequada ao entendimento desta parcela da população, podem e devem ser efetivados pela família, pela sociedade e pelo Estado. Técnicas que auxiliem na construção de habilidades para a resolução de problemas podem ser ensinadas em escolas. Essa lógica de apoio também deve ser aplicada nos tribunais brasileiros como forma de efetivar o art. 12 da Convenção sobre os Direitos das Crianças, de modo que profissionais especializados possam auxiliar a população infantojuvenil a formular e manifestar sua vontade de maneira autônoma em processos judiciais que envolvam seus interesses. Da mesma forma, apoios são essenciais para a tomada de decisões de crianças e adolescentes em questões médicas.

Enfim, é premente refletir sobre as inadequações do sistema de capacidades brasileiro, bem como alterar a perspectiva de análise e aplicação da lei, de modo que o viés progressivo e relacional da autonomia de crianças e adolescentes seja considerado. Nesse contexto, um sistema de apoios à tomada de decisões apresenta-se como ferramenta indispensável a uma manifestação de vontade com qualidade.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade jurídica e direitos humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ANJOS, Marcio Fabri. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, 2006.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

BODIN DE MORAES, Maria. Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*, a. 7, n. 3, 2019.

BRUÑOL, Miguel Cillero. Infancia, autonomia y derechos: una cuestion de principios. *Revista Pensamiento Penal*, Rio Negro, mai. 2011.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A imprestabilidade do conceito de incapacidade de fato para a disciplina dos atos da vida civil de crianças e adolescentes. In: VIEIRA, Marcelo de Mello; BARCELOS, Paulo Tadeu Righetti (Orgs.). *Direito da Criança e do Adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR*, [s.l.], [s.v.], n. 10, 2012.

DALY, Aoife. *Children, autonomy and the Courts: beyond the right to be heard*. Leiden: Brill, 2017.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 5, n. 8, 2008.

ELER, Kalline Carvalho. Da incapacidade civil às capacidades evolutivas: tomada de decisão da criança no contexto dos cuidados em saúde. *Civilistica.com*, a. 11, n. 3, 2022.

FERREIRA, José Geinaert do Valle. Subsídios para os estudos das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, 1963.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HERRERA, Marisa. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. *Justicia y Derechos del Niño* (UNICEF), Santiago, n. 11, 2009.

LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. Florence: United Nations Children's Fund (UNICEF), 2005.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freie de. *Ensaio sobre a Infância e a Adolescência*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 30. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

QUINN, Gerard. Rethinking personhood: new directions in legal capacity law & policy or how to put the shift back into paradigm shift. In: JANJIC, Biljana; BEKER, Kosana; MARKOVIC, Milan (Org.). *Collection of articles and recommendations legal capacity and community living: protection of the rights of persons with disabilities*. Belgrade: Mental Disability Rights Initiative, 2014.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. Lei Geral de Proteção de Dados (LPGD) e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente - 30 anos: grandes temas, grandes desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ROSSETTO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. Novo curso, novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms. *International Journal of Law and Psychiatry*, [s.l.], v. 40, [s.n.], 2015.

SILLMAN, Marina Carneiro Matos Sillmann; DE SÁ, Maria de Fátima Freire. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da Competência de Gillick. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2015.

THENA, Shih-Ning; CARNEYB, Terry; BIGBYC, Christine; DOUGLAS, Jacinta. Supporting decision-making of adults with cognitive disabilities: the role of law reform agencies – recommendations, rationales and influence. *International Journal of Law and Psychiatry*, [s.l.], v. 61, [s.n.], 2018.

UNITED NATIONS. Committee on the rights of persons with disabilities. *General Comment n° 1*. United Nations: Geneva, 2014.

UNITED NATIONS. Committee on the rights of the child. *General Comment n° 12. The right of the child to be heard*. 2009.

VILLELA, João Baptista. *O fim das minoridades?* Conferência proferida no evento inaugural da série “Encontros de Direito Privado”, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 09 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=4IrtLfmWMT0>. Acesso em: 17 jan. 2023.

Como citar:

PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz. A autonomia progressiva de crianças e adolescentes e a busca por um sistema de apoios. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 2, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-autonomia-progressiva/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

30.1.2023

Aprovado em:

10.8.2023