



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Maici Barboza dos Santos Colombo

Emancipação civil do adolescente sob a perspectiva civil-constitucional

Rio de Janeiro

2019

Maici Barboza dos Santos Colombo

Emancipação civil do adolescente sob a perspectiva civil-constitucional



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais.

Orientadora: Prof^a. Dra. Heloísa Helena Gomes Barboza

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C718

Colombo, Maici Barboza dos Santos.

Emancipação civil do adolescente sob a perspectiva civil-constitucional
/ Maici Barboza dos Santos Colombo . - 2019.
139f.

Orientador: Prof^a. Dra. Heloísa Helena Gomes Barboza.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Adolescentes - Teses. 2. Direito privado – Teses. 3. Tutela – Teses.
I. Barboza, Heloísa Helena Gomes. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Maici Barboza dos Santos Colombo

Emancipação civil do adolescente sob a perspectiva civil-constitucional

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais.

Aprovada em 25 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dra. Heloísa Helena Gomes Barboza (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^ª. Dra. Marília Pedroso Xavier
Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2019

AGRADECIMENTOS

Nesses dois anos de mestrado testemunhei uma aguda crise financeira atingir a universidade. Vi um prédio sem serviços básicos de coleta de lixo e segurança. Vi funcionários sem salários por meses seguidos. E mesmo diante dessa tentativa de desmonte da universidade pública, lá estavam os professores e técnicos administrativos entregando um serviço de qualidade aos estudantes do PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD). Por isso, minhas sinceras homenagens e meu profundo agradecimento a esses profissionais, que nunca pararam, mesmo quando desvalorizados por um governo assolado em corrupção.

Além de estar rodeada de profissionais dedicados, fui agraciada com uma turma de mestrado cujas palavras me faltam para descrever a gratidão pelo apoio e união durante essa fase. Fui privilegiada não apenas por aprender com todos eles mas principalmente por formar belas amigas. BIA CAPANEMA, CÁSSIO RODRIGUES, DANI BOUÇAS, DIEGO BRAINER, FELIPE ZALTMAN, GUILHERME FAORO, JÚLIA OLIVEIRA, MARCELLA CAMPINHO, MARCOS DE SOUZA, MARIA MARINHO, MARINA DUQUE, TAYNÁ BASTOS, muito obrigada! Tenho orgulho de dizer que participei da melhor turma de mestrado que alguém poderia desejar.

Ao meu marido, LUÍS CARLOS, a quem devo um imenso agradecimento por todo o suporte durante o mestrado, tolerando as minhas ausências, ouvindo as minhas dúvidas e inquietações e, enfim, sempre ajudando naquilo que fosse necessário.

Agradeço à querida Professora MILENA DONATO OLIVA, pela inspiradora conversa que me auxiliou na escolha do tema e à professora Cíntia Muniz de Souza Konder pelas dúvidas suscitadas, as quais me renderam maior profundidade no tratamento da matéria.

À minha orientadora, PROFESSORA HELOÍSA HELENA BARBOZA, um especial agradecimento pela paciência e dedicação em todos os nossos encontros, pela generosidade em compartilhar suas experiências e seu conhecimento com seus orientandos, sempre com grande disponibilidade e entusiasmo. Senti-me verdadeiramente acolhida!

A semelhança não unifica na mesma proporção em que a dessemelhança diversifica. A natureza parece ter-se esforçado por não criar duas coisas idênticas.

Michel de Montaigne

RESUMO

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. *Emancipação civil do adolescente sob a perspectiva civil-constitucional*. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Trata-se de pesquisa teórico-dogmática sobre a emancipação civil no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de examinar o instituto jurídico previsto no artigo 5º, parágrafo único do Código Civil à luz da metodologia civil-constitucional. A partir da proteção especial destinada à criança e ao adolescente pela Constituição Federal de 1988 são revisitados os aspectos estruturais e investigado o perfil funcional da emancipação civil. Para isso, analisa-se a relação entre a constituição de estado civil segundo o critério etário e o regime de incapacidades, perquirindo-se os efeitos da menoridade no direito privado. Em seguida, são abordadas as modalidades de emancipação, estremadas conforme a origem: se decorrentes de ato constitutivo dos pais ou do juiz ou, *ex lege*, de fato jurídico descrito na lei. Segundo a análise funcional, estabelece-se que a emancipação resulta da necessidade de correspondência entre a capacidade natural e a capacidade jurídica para que o regime de incapacidades goze de legitimidade axiológica-constitucional, na medida em que o instituto da emancipação é funcionalizado à tutela da dignidade do emancipando. Embora comungando a mesma função da emancipação tácita, a heteronomia dos pais na emancipação voluntária conduziu a um maior aprofundamento sobre o exercício da autoridade parental e o direito fundamental do adolescente de participação no ato concessivo, a despeito da omissão do texto legal. Por fim, questiona-se a persistência da tutela especial e prioritária constitucional apesar da aquisição da capacidade plena, concluindo-se pela subsistência de estados civis distintos e não conflitantes entre a menoridade e a emancipação. Adotou-se como método a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Emancipação. Capacidade civil. Adolescente. Autoridade parental.

RÉSUMÉ

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. *L'émancipation civile de l'adolescent selon la méthodologie civile-constitutionnelle*. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Il s'agit d'une recherche théorique-dogmatique sur l'émancipation civile dans l'ordre juridique brésilienne, ayant l'objectif d'examiner l'institut juridique prévu dans le 5^{ème} article, paragraphe unique du Code Civil, à la lumière de la méthodologie civile-constitutionnelle. A partir de la protection spéciale destinée à l'enfant et à l'adolescent par la Constitution Fédérale de 1988, les aspects structureaux sont revisités et le profil fonctionnel de l'émancipation civile est investigué. Pour le faire, on analyse la relation entre la constitution de l'état civil selon le critère de l'âge et le régime des incapacités, en vérifiant soigneusement les effets de la minorité sur le droit privé. Ensuite, les modalités de l'émancipation sont abordées, délimitées selon l'origine: si provenant d'un acte constitutif des parents ou du juge ou, *ex lege*, de fait juridique décrit en loi. Selon l'analyse fonctionnelle, on établit que l'émancipation résulte de la nécessité de correspondance entre la capacité naturelle et la capacité juridique pour que le régime des incapacités jouisse de légitimité axiologique-constitutionnelle, dans la mesure où l'institut de l'émancipation est fonctionnalisé à la tutelle de la dignité de celui qui s'émancipe. Malgré la communion de la même fonction de l'émancipation tacite, l'hétéronomie des parents dans l'émancipation volontaire a approfondi l'exercice de l'autorité parentale et le droit fondamental de l'adolescent de participation dans l'acte concessif, en dépit de l'omission du texte légal. Enfin, on interroge la persistance de la tutelle spéciale et prioritaire constitutionnelle malgré l'acquisition de la capacité pleine, se concluant par la subsistance d'états civils distincts et non conflictuels entre la minorité et l'émancipation. La recherche bibliographique et documentaire a été adoptée comme méthode.

Mots-clés: Émancipation. Capacité civile. Adoléscent. Autorité parentale.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CDPD	Convenção Internacional sobre os Direito da Pessoa com Deficiência
CEEDC	Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças
CPC	Código de Processo Civil
CSDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CF	Constituição Federal
CGJ	Corregedoria Geral de Justiça
CJF	Conselho da Justiça Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
LRP	Lei de Registros Públicos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	INFANTO-ADOLESCÊNCIA NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: DE “MENORES” A SUJEITOS DE DIREITO	12
1.1	A criança e o adolescente no direito brasileiro: de objeto de tutela a sujeito de direitos	12
1.2	Menoridade e incapacidade	19
1.3	A condição evolutiva da criança e do adolescente	42
2	A EMANCIPAÇÃO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	50
2.1	Perfil estrutural da emancipação	50
2.2	Emancipação expressa ou voluntária	55
2.3	Emancipação tácita ou legal	71
3	A EMANCIPAÇÃO VOLUNTÁRIA À LUZ DA TUTELA CONSTITUCIONAL DO ADOLESCENTE	86
3.1	Perfil funcional da emancipação civil na dogmática civil-constitucional	86
3.2	A proteção do adolescente na emancipação voluntária	93
3.3	Controle da motivação da emancipação e responsabilidade dos pais	109
3.4	Proteção prioritária e especial do adolescente em face da emancipação	116
	CONCLUSÃO	123
	REFERÊNCIAS	127

INTRODUÇÃO

Segundo o dicionário Aurélio, “emancipar” significa tornar-se independente, libertar-se.¹ Como fenômeno jurídico, o termo emancipação se refere ao instituto disciplinado no artigo 5º, parágrafo único do Código Civil, o qual permite a aquisição da plena capacidade civil antes da idade fixada pelo legislador para a aquisição da maioridade.

O sentido jurídico converge com a semântica lexical. O emancipado libera-se dos meios de suprimento da incapacidade absoluta ou relativa não mais dependendo da intervenção de terceiros – representantes ou assistentes, respectivamente – para a prática de atos jurídicos válidos, assim como passa a se reger independentemente de seus pais ou tutor, dada a extinção da autoridade parental e da tutela.

O adolescente é considerado maduro o suficiente para assumir as consequências da plena capacidade conforme: a) a avaliação de seus pais, se estiver sob autoridade parental; b) a apreciação do juiz, nos casos de tutela; c) as hipóteses da lei, se praticar atos incompatíveis com a incapacidade civil. Portanto, não é o próprio adolescente que se julga capaz. A aferição da aptidão do emancipando depende necessariamente de uma decisão heterônoma.

Na experiência sensível, múltiplos fatores podem conduzir um adolescente à maturidade precoce: a atividade que exerce, como artistas, esportistas e, mais contemporaneamente, influenciadores digitais; ou a sua posição social, como a necessidade de trabalhar para auxiliar na composição da renda familiar ou mesmo para o próprio sustento.

Observa-se, contudo, que a lei não explora as potencialidades funcionais do instituto, prevendo hipóteses dissociadas da realidade, senão porque impossíveis, ao menos por serem altamente improváveis, como a emancipação por colação de grau em ensino superior ou o exercício de emprego público efetivo.

A doutrina tradicional tem igualmente preterido o tema. Enquanto mudanças drásticas afetaram o direito civil e, sobretudo, as relações familiares, desde a promulgação da

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 275.

Constituição Federal de 1988, a emancipação tem sido reproduzida acriticamente na manualística.

É importante advertir que não se pretende empreender uma pesquisa histórica, mas sim considerar os fatores históricos como ferramentas de compreensão crítica da emancipação na sociedade contemporânea, a partir da análise dos pontos de ruptura, ou seja, das mudanças contextuais, jurídicas e sociais, que interferem no seu conteúdo, sob pena de ineficácia social e anacronismo jurídico, atendendo-se à dimensão histórico-relativa do instituto.²

Adota-se como metodologia interpretativa o direito civil-constitucional,³ cujas premissas consistem: a) no reconhecimento de que a Constituição, sempre e antes de tudo, é um ato normativo que contém disposições preceptivas, b) na argumentação sobre normas princípios, cuja aplicação não assume a forma silogística da subsunção, mas aquela da otimização ao realizar o preceito, segundo sua hierarquia, mas também segundo a razoável ponderação em relação ao caso concreto; c) na consciência de que a ideia de sociedade e de ética pressuposta deve ser relevante e que, dessa forma, no ordenamento positivo, penetram valores e princípios historicamente caracterizados.⁴

A partir disso, tenciona-se promover a releitura da emancipação prevista no art. 5º, parágrafo único do Código Civil, de forma crítica, sistemática e científica, verificando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, com as demandas sociais contemporâneas e

² “Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos no que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com o seu *valor facial* (i.e., referidos com as mesmas palavras ou frases), desde há muito tempo. Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem ruturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis da linguagem (linguagem corrente, linguagem religiosa), são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou debates ideológicos. Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam.” HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 17-18.

³ Perlingieri reforça a historicidade e relatividade da teoria da interpretação: “[a] superação do formalismo e do conceitualismo na hermenêutica pressupõe que a teoria da interpretação seja apresentada não *sub specie aeternitatis*, mas de forma histórica e relativa: ela depende, sobretudo da engenharia constitucional no Estado e mais amplamente da organização sócio-jurídicas dos poderes que decidem, dos valores que representam o pacto constitutivo de tal organização e, portanto, da hierarquia das fontes legislativas com relevância normativa, e das relativas técnicas legislativas.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 595.)

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 595-596.

com os interesses e valores juridicamente relevantes que interferem na compreensão do instituto.

A pesquisa está estruturada em três capítulos. Tendo em vista que a emancipação civil afeta a incapacidade etária, o primeiro capítulo intitulado “*Infanto-adolescência no direito privado brasileiro: de ‘menores’ a sujeitos de direitos*”, dedica-se ao estudo dos efeitos da menoridade no direito privado. De forma mais ampla, aborda-se a situação jurídica da infanto-adolescência no ordenamento civil-constitucional e as repercussões da doutrina da proteção integral na remodelação do direito de família. Adiante, trata-se especificamente das consequências da menoridade na capacidade civil e, por fim, da condição evolutiva da criança e do adolescente para subsidiar a ressignificação da incapacidade etária.

No segundo capítulo, “*A emancipação civil no ordenamento jurídico brasileiro*”, o estudo volta-se ao perfil estrutural da emancipação, isto é, ao conceito do instituto a partir da previsão legal de sua estrutura. Nessa parte são tratadas de forma crítica e contextualmente situadas as espécies de emancipação previstas pelo legislador civil brasileiro, dividindo-se entre as hipóteses de emancipação voluntária, as quais dependem de um ato específico dirigido à aquisição da capacidade plena antes da maioridade civil; e as hipóteses de emancipação legal ou tácita, ou seja, aquelas que decorrem *ex lege* independentemente da vontade dirigida de qualquer interessado.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, intitulado “*A emancipação à luz da tutela constitucional da criança e do adolescente*” retoma o instituto sob a perspectiva funcional, com enfoque na emancipação voluntária, segundo a dogmática civil-constitucional. Entre os problemas enfrentados, destaca-se a participação do adolescente no ato emancipatório e o controle de motivação da concessão dos pais. O destaque à emancipação voluntária se dá porque é nela que mais se acentua a triangulação de interesses: do adolescente, dos titulares da autoridade parental ou do tutor, e de terceiros. Nela também que mais ressaltam as reverberações da disciplina jurídica das relações familiares na emancipação, a partir da reflexão sobre o limite da autoridade parental mediante o controle judicial de motivação e do delineamento da responsabilidade dos pais nesses casos.

Os resultados foram alcançados predominantemente por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com algumas menções à legislação estrangeira de países que seguem a tradição-romano germânica e preveem a emancipação em seus ordenamentos jurídicos, como Espanha, Itália, Portugal, França e Argentina, sem a pretensão de empreender um estudo comparativo.

1 INFANTO-ADOLESCÊNCIA NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: DE “MENORES” A SUJEITOS DE DIREITO

1.1 A criança e o adolescente no direito brasileiro: de objeto de tutela a sujeito de direitos

A Constituição Federal de 1988 revelou a inadequação do formalismo jurídico modernista, pautado na abstração do sujeito de direito e na desconsideração de reflexões políticas ou sociais no universo jurídico.⁵ Inaugurou-se a partir de então uma ordem jurídica centrada na dignidade humana, personalista e solidarista,⁶ que não se satisfaz com a igualdade formal de sujeitos abstratos e se dedica à garantia da igualdade substancial, que contempla os fatores de vulneração⁷ dos sujeitos concretos.

Como reflexo disso, o diploma constitucional de 1988 impôs à família, à sociedade e ao Estado a obrigação de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, com absoluta prioridade.⁸ Eis, então, o marco normativo brasileiro de adoção da doutrina da

⁵ Confirma-se HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 422 e PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92-98.

⁶ Ao fixar como fundamento da República a dignidade humana (art. 1º, III) e como objetivo, a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I), a Constituição Federal de 1988 instaurou um ordenamento jurídico personalista e solidarista. Personalista, segundo Perlingieri, porque “[o] princípio da tutela da pessoa, como supremo princípio constitucional, funda a legitimidade do ordenamento e a soberania do Estado” e solidarista porque “[a] pessoa é inseparável da solidariedade: ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 460-461.)

⁷ Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida explicam que a vulnerabilidade é uma condição ontológica de todo ser humano, dado o risco de ser ferido, existente em qualquer pessoa. No entanto, determinadas circunstâncias agravam essa vulnerabilidade ínsita ao ser humano e, por isso, exigem, ao lado da tutela geral (abstrata) da dignidade humana, uma tutela específica (concreta), que permita a efetivação de uma igualdade substancial. A esse respeito: “Se todas as pessoas são vulneráveis, é preciso estar atento a situações substanciais específicas, para que se identifique a tutela concreta a ser aplicada. Não basta em muitos casos invocar a tutela geral, implícita na Constituição da República, que protege todas as pessoas humanas em sua inerente vulnerabilidade. É indispensável verificar as peculiaridades das diferentes situações de cada grupo, como vem sendo feito com as crianças e adolescentes, com os consumidores e com a pessoa idosa.” (BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 40.)

⁸ Constituição Federal, art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

proteção integral,⁹ antecipando o que seria consagrado na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CSDC), aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) pouco depois, em 1989, e promulgada pelo Brasil em 1990 (Decreto 99710/1990).

A doutrina da proteção integral visa a assegurar a todas as crianças e adolescentes a satisfação de suas necessidades, nos seus aspectos gerais, independentemente de sua situação jurídica.¹⁰ Contrapõem-se a ela as doutrinas do direito penal do menor e da situação irregular. Na primeira, o “menor” somente é considerado pelo direito quando pratica alguma infração e na segunda, quando se encontra em uma situação irregular, de patologia jurídico-social.¹¹

Antes de 1988,¹² o tratamento jurídico da criança e do adolescente no Brasil seguia o paradigma menorista da situação irregular, quando então “as crianças e os adolescentes eram indistintamente denominados menores e eram tratados como objetos de proteção dos pais e do Estado, sendo juridicamente ‘protegidos’ pelo Código Civil ou pelo Código de Menores”.¹³ O “menor” que importava para a lei era apenas aquele em situação de abandono ou delinquência.

⁹ “Se a história constitucional brasileira pode se vangloriar da presença permanente da Declaração de Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, a Constituição de 88, além de enumerá-los exaustivamente, no art. 5º, introduz na Doutrina Constitucional a declaração especial dos Direitos Fundamentais da Infância-Adolescência, proclamando a ‘Doutrina Jurídica da Proteção Integral’ e consagrando os direitos específicos que devem ser universalmente reconhecidos.” (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19.)

¹⁰ CAVALIERI, Alyrio. Direito do menor: um direito novo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 27, n. 21, maio/1979, p. 392.

¹¹ Atribui-se ao civilista argentino Ubaldino Calvento a formulação das três doutrinas sobre o tratamento jurídico da infância, apresentada no I Congresso Ibero-Americano de Juízes de Menores realizado em 1979 na Nicarágua. São elas: “1ª – Doutrina da proteção integral – partindo dos Direitos (*sic*) das crianças, reconhecidos pela ONU, a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais, incluindo-se as pertinentes à saúde, educação, recreação e profissionalização etc. 2ª – Doutrina do Direito Penal do Menor – somente a partir do momento em que o menor pratique um ato de delinquência interessa ao direito. 3ª – Doutrina intermédica da situação irregular – os menores são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente.” (CAVALIERI, Alyrio. Direito do menor: um direito novo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 27, n. 21, maio/1979, p. 392.)

¹² Tânia da Silva Pereira esclarece os marcos legais das doutrinas sobre o tratamento jurídico da criança e do adolescente no Brasil: a primeira, a *doutrina do direito penal do menor*, é marcada pelos Códigos Penais de 1830 e 1890, e preocupou-se especialmente com a delinquência infanto-juvenil e com as medidas repressivas ao delinquente; a segunda, a *doutrina jurídica da situação irregular*, tem como marco o Código de Menores de 1979, e focava-se não apenas no menor delinquente, mas também nas situações de desagregação familiar que poderiam, segundo a lei, conduzir o menor à marginalização ampla; a terceira e última fase, a *doutrina jurídica da proteção integral*, iniciada, então, com a Constituição Federal de 1988 e que destina as suas normas à proteção de todas as crianças e adolescentes, não importa a situação. (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, 2000. p. 11-18.)

¹³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>> Acesso em: 23 out. 2018. p. 2.

Nesse contexto prévio à adoção da doutrina jurídica da proteção integral, como objetos de tutela, a vontade dos “menores” não era juridicamente considerada, o que remete à origem etimológica do termo “infância”, do latim *infans*, que significa “mudo, sem fala”.¹⁴ No direito romano esse termo era utilizado para se referir às crianças que ainda não podiam falar.¹⁵

Superada essa fase pela Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) pormenorizou e reforçou a tutela constitucional, a partir do reconhecimento da condição peculiar da infanto-adolescência como processo de desenvolvimento pessoal.¹⁶ Elucidou também a distinção entre crianças e adolescentes conforme o critério etário: considera-se criança a pessoa com menos de doze anos de idade e, adolescente, aquela entre doze anos completos e dezoito anos incompletos.¹⁷

Passa-se então à compreensão da criança e do adolescente não como um objeto passivo de proteção, submetido ao poder dos pais, mas como sujeitos ativos de direitos fundamentais¹⁸ e, principalmente, segundo a expressão de Stefano Rodotà, como pessoa constitucionalizada,¹⁹ garantindo-se lhes a participação no processo decisório sobre os assuntos a eles concernentes, de acordo com o grau de maturidade e do estágio de desenvolvimento pessoal.

¹⁴ INFANS. In: LEITE, J. F. Marques; JORDÃO, A. J. Novaes. *Dicionário latino vernáculo*. Rio de Janeiro: Labor Vincit, 1944. p. 239. No mesmo sentido: INFÂNCIA. BUENO, Francisco de Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 1920. v. 4.

¹⁵ ARIÈS, Phillipe. *História Social da Criança e da Família*. Tradução de Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 6.

¹⁶ ECA, art. 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹⁷ ECA, art. 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹⁸ “Como ‘sujeitos de direitos’, ou seja, titulares de Direitos Fundamentais, crianças e adolescentes deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de “Direitos Fundamentais”. (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26).

¹⁹ Segundo Rodotà, “[p]ode-se dizer que se passa da concepção kelseniana do sujeito como ‘unidade personificada de normas’, da própria pessoa física totalmente resolvida como ‘unidade de deveres e direitos’, à pessoa como caminho para a recuperação integral da individualidade e para a identificação dos valores fundantes do sistema, portanto, de uma noção que predizia indiferença e neutralidade para que que impõe atenção pela forma como o direito entra na vida, e se faz assim trâmite de um diferente conjunto de critérios de referência.” No original: “Si può dire che si passa dalla considerazione kelseniana del soggetto come ‘unità personificata di norme’, dalla stessa persona fisica tutta risolta in ‘unità di doveri e diritti’, alla persona come via per il recupero integrale dell’individualità e per l’identificazione dei valori fondativi del sistema, dunque da una nozione che predicava indiferenza e neutralità ad una che impone attenzione per il modo in cui il diritto entra nella vita, e si fa così tramite de un diverso insieme di criterio di riferimento.” (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 25).

Seguindo essa linha, a CSDC, enquanto tratado internacional de direitos humanos com *status* supralegal, segundo decidido pelo STF,²⁰ entre outros direitos, preceituou o respeito à liberdade de expressão da criança e do adolescente, devendo-se sempre proporcionar a oportunidade de serem ouvidas em todo processo judicial ou administrativo que as afete, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado.²¹

A criança e o adolescente, antes emudecidos, ganharam então voz e visibilidade. Seguindo a dogmática civil-constitucional, consagra-se o princípio do melhor interesse,²² já previsto na Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959, e reforçado na CSDC, segundo o qual “[t]odas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou

²⁰ A Constituição Federal de 1988 previu no art. 5º, § 2º que “[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Contudo, para o reconhecimento da hierarquia constitucional, a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou a exigência do §3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Diante disso, em emblemático julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, que tratava sobre a hierarquia normativa do Pacto de San José da Costa Rica, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento segundo o qual os tratados de direitos humanos que não passaram pelo rito de aprovação do art. 5º, §3º gozam *status* supralegal, enquanto a hierarquia de emenda constitucional fica reservada apenas àqueles aprovados pelo quórum qualificado. Como a Convenção sobre os Direitos da Criança é anterior à exigência do §3º, ela não foi aprovada com o quórum especial, razão pela qual, conforme o entendimento atualmente adotado pelo STF, se depreende o seu *status* supralegal. Sobre o tema: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 478. e SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 162-185, out/dez 2011.

²¹ CSDC, 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.

²² Heloísa Helena Barboza recorda que a inexistência de previsão expressa do princípio do melhor interesse no Estatuto da Criança e do Adolescente não é justificativa para sua refutação. Em seus dizeres, a autora afirma que “não merece prosperar a crítica dos menoristas, no sentido de ter o Estatuto abandonado o princípio do melhor interesse da criança. Ao contrário, em lugar da cláusula genérica – bem-estar – e em lugar dos interesses, foram expressos os direitos da criança e do adolescente em sede constitucional (art. 227 da CF), ao se estabelecer como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Os artigos 4º e 5º do Estatuto, com ligeiras alterações de redação, repetem a fórmula constitucional.” E conclui que: “[r]azoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal. (BARBOZA, Heloísa Helena. *O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A família na Travessia do Milênio, 2000. v. 1. p. 206.)

privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.²³

Essa mudança de tratamento jurídico da infanto-adolescência reverberou sobre o direito de família, desconstruindo-se a relação de sujeição antes reservada à criança e ao adolescente frente a seus pais e substituindo-a por um processo dialógico destinado ao livre desenvolvimento da personalidade do filho. Nesse processo, a participação da criança e do adolescente consolida a função emancipatória da relação paterno-materno-filial, no sentido de estimular a aquisição da autonomia responsável pelos filhos durante a infância e adolescência.²⁴

Conforme ressaltado por Ana Carolina Brochado Teixeira, não se poderia dizer, contudo, que durante a menoridade os filhos já sejam independentes porquanto não são ainda capazes de responder pelos próprios atos, de modo que ainda não podem usufruir plenamente do direito fundamental à liberdade, embora já façam jus a uma “liberdade vigiada”²⁵, cuja amplitude se estende conforme aumenta o grau de discernimento.²⁶ O alerta é pertinente, pois o desenvolvimento da própria personalidade se dá de forma gradativa e a proteção especial implica o reconhecimento dessa condição como fator de discriminação lícita²⁷ para justificar a redução da liberdade da pessoa protegida.²⁸ É indispensável, porém, que o processo educativo

²³ CSDC, art. 3.1. Vale esclarecer que o texto original da Convenção se refere a “*best interest*”, de modo que a tradução brasileira para “maior interesse” está eivada de equívoco que merece ser reparado, eis que o critério é qualitativo (melhor interesse) e não quantitativo (maior interesse).

²⁴ A relevância da autonomia para o livre desenvolvimento da personalidade é assim destacada por Maria Celina 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. A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*. Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705>> Acesso em: 23 out. 2018. p. 595.)

²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 230-231.

²⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 230-231.

²⁷ Refere-se ao reconhecimento de uma desigualdade de fato que permite o tratamento jurídico diferenciado, portanto, legítima a redução do direito fundamental à liberdade das crianças e adolescentes. Nesse sentido: “O princípio da igualdade supera a posição formal da paridade de tratamento para realizar a igualdade substancial: quando existe desigualdade de fato, não existe espaço para a paridade de tratamento.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 480.)

²⁸ Segundo Tânia da Silva Pereira: “[...]a proteção pressupõe uma desigualdade (um é mais forte que o outro) e uma redução real da liberdade do ser humano protegido: ele deve ater-se às instruções que o protetor lhe dá e é defendido contra terceiros (outros adultos e autoridade pública) pelo protetor.” (PEREIRA, Tânia da Silva. O

seja dialógico, que melhor propicie a aquisição de responsabilidade pelo filho e, assim, favoreça o exercício da autonomia, em grau tão maior quanto seja a sua maturidade concreta.

A proteção especial da criança e do adolescente implica, portanto, reconhecê-los como sujeitos de direitos fundamentais e garantir-lhes a participação, de acordo com o grau de amadurecimento, nas decisões que os envolvam.²⁹ A relação paterno-materno-filial ganha, então, um perfil dinâmico, que, segundo Gustavo Tepedino, implica o decréscimo progressivo da intervenção dos pais sobre o discernimento e vontade dos filhos, conforme o desenvolvimento evolutivo da criança ou adolescente vai superando a falta de maturidade própria de cada estágio etário.³⁰

O poder familiar, instituto assim denominado pelo Código Civil de 2002 e que exprime a relação jurídica entre pais e filhos durante a menoridade, se constitucionalizou. Sob uma perspectiva estrutural, pode ser compreendido como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.³¹ Acompanhando-se a função de proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade dos filhos, em observância ao fenômeno da repersonalização do direito civil, revela-se, contudo, como “um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais, consideradas mais importantes, conforme prevê a cláusula geral de tutela da pessoa humana.”³²

reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e adolescente no sistema jurídico brasileiro. IN: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 316)

²⁹ Corroborar essa afirmação a lição de Ana Carolina Brochado Teixeira, para quem: “[a]ntes predominantemente hierárquica e patriarcal, a relação paterno/materno-filial transmuta-se para uma perspectiva dialogal, ou seja, é perpassada pela compreensão mútua e pelo diálogo, pois a criança e o adolescente – valorizados que foram como protagonistas da família – também se tornaram sujeitos ativos no âmbito da própria educação.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 228.)

³⁰ “Assim, a relação entre pais e filhos apresenta-se, na atualidade, como processo dialógico, que substitui o anterior estado de subordinação no qual o filho figurava como sujeito passivo de mecanismo autoritário – estático e unilateral – de transmissão de informações. Torna-se indispensável, portanto, que a relação parental seja examinada em seu perfil dinâmico, no âmbito do processo educacional, de modo a que os filhos possam, aos poucos, libertar-se da vulnerabilidade inerente ao natural déficit de maturidade que lhes é característico, decrescendo-se, progressivamente, em consequência, o grau de intervenção dos pais sobre o seu discernimento e sua vontade, supridos, em intensidade variada, durante a incapacidade.” TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Coord.). *Direito de Família no novo milênio: Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 415-435.

³¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 398.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010. p. 447-448.

O Código Civil de 1916 empregava a expressão pátrio poder, concebida no contexto de um modelo de família patriarcal e hierarquizado que ainda impregnava a lei revogada. *Poder familiar*, melhor exprime a concepção democratizada³³ de família, não apenas pela dignificação dos filhos na Constituição Federal de 1988, mas também pela igualdade na relação conjugal contemplada também constitucionalmente.³⁴

Embora mais adequado do que *pátrio poder*, *poder familiar* é expressão também criticada na doutrina.³⁵ Por isso, sob a inspiração do direito francês, caminha-se para a adoção de outra terminologia com referência à relação paterno/materno-filial: *autoridade parental*.³⁶ Assim, seriam afastados os resquícios de autoritarismo arraigados no termo “poder”, além de melhor exprimir o titular dessa autoridade, que não é a família em si, mas sim os pais.³⁷⁻³⁸

Para além da nomenclatura, é importante reconhecer que o conteúdo da autoridade parental ou do poder familiar – como denominado pela lei – sofreu substancial alteração

³³ Sobre o tema, confira-se: MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 13-14, p. 47-70, 2005.

³⁴ A igualdade de gêneros foi contemplada na Constituição Federal no art. 5º, I e, especialmente nas relações familiares, no art. 226, § 5º.

³⁵ Por todos: FACHIN, Luiz Edson. *Do pater familias à autoridade parental*. *Revista do Advogado*, a. 31, n. 112, jul. 2011, p. 99-103.

³⁶ Para Villela: “Novas designações para o clássico instituto do pátrio poder procuram expressar o empenho dominante com o seu efetivo conteúdo. A lei francesa nº 70-459, de 4 de junho de 1970, é, sob esse aspecto, verdadeiramente paradigmática: substitui a antiga expressão *puissance paternelle* do Code Napoléon, tradução literal da *patria potestas* do direito romano, por *autorité parentale*. Aqui não só se denota a dupla atribuição da função no adjetivo *parental*, comum de pai e mãe, por oposição a *paternel*, só relativo a pai-varão. Igualmente se depõe o termo *poder*, em favor de *autoridade*. Ora, *autoridade* é um conceito dominado pela idéia de função e na sua linhagem evangélica toma o sentido mais profundo de dom e serviço.” (VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, 1980. p. 29.)

³⁷ Ao explicar a adoção da expressão “autoridade parental”, Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que: “Decerto, poder familiar é mais adequado do que pátrio poder, embora ainda não seja a expressão mais recomendável. No entanto, poder sugere autoritarismo, supremacia e comando, ou seja, uma concepção diferente do que o ordenamento jurídico pretende para as relações parentais. Já a expressão familiar não sugere que sua titularidade caiba apenas aos pais, mas que seja extensivo a toda a família. Não obstante autoridade também contenha traços de poder, traduz, de forma preponderante, uma relação de ascendência; é a força da personalidade de alguém que lhe permite exercer influências sobre os demais, sua conduta e reflexões.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 226.)

³⁸ Em sentido contrário, Giselle Groeninga a partir de fundamentos psicanalíticos, defende a utilização da expressão “poder familiar”. Para a autora, a carga semântica negativa atribuída ao termo “poder” é injustificada, pois o poder não é necessariamente despótico, autoritário. Para ela, o poder na família é exercido dinâmica e dialeticamente, em relações de complementaridade. Sobre isso: “A expressão Poder Familiar encerra possibilidades mais amplas que a autoridade a que os filhos estão submetidos; também traduz a potência afetiva que caracteriza uma família. O Poder Familiar encerra a noção de potência da ligação afetiva, que abarca também o dever de solidariedade e cuidado que caracteriza as relações familiares, *vis-à-vis* outras instituições. Estas devem, no plano público e político, proteger a família e prestar-lhe assistência.” (GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário*. 2011. 260 f. Tese [Doutorado em Direito] – Faculdade de Direito, USP. São Paulo, 2011. p. 98.) Apesar das justas razões expostas pela autora, adota-se nesse trabalho a expressão “autoridade parental” em sentido jurídico, a fim de reforçar a constitucionalização do conteúdo do vínculo jurídico entre pais e filhos.

diante da ordem constitucional e das normas protetivas da infância e da adolescência, cuja força transformadora e cogente há de ser reconhecida. Por essa razão, Heloísa Helena Barboza afirmou que “o Estatuto *se aplica a toda e qualquer criança ou adolescente*, impondo conseqüente e necessária interpretação de *todas* normas relativas aos menores de idade à luz dos princípios ali estabelecidos”.³⁹ Imprescindível, diante disso, a conformação do direito privado com a proteção deferida às crianças e aos adolescentes pela Constituição e pelas demais normas protetivas.⁴⁰

Isso porque as diversas fontes que revelam normas endereçadas à criança e ao adolescente se inter-relacionam e compõem o ordenamento jurídico, que é uno, complexo⁴¹ e fincado na legalidade constitucional. Sendo assim, o sentido do sistema jurídico se deduz não apenas do conteúdo de uma norma, mas sim confrontando-se cada uma com as demais e verificando a sua coerência constitucional.⁴² Trata-se de reconhecer que “[a] unidade interna não é um dado contingente mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de coligações efetivas e potenciais entre as normas individuais e entre os institutos.”⁴³

É por essa razão que não somente se justifica, mas também se impõe uma interpretação sistemática das normas jurídicas vigentes no ordenamento brasileiro acerca da proteção da infância e da adolescência, a fim de identificar as suas necessárias conexões. E por isso também que o conteúdo do poder familiar – *rectius*, autoridade parental, se

³⁹ BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.104.

⁴⁰ Segundo Heloísa Helena Barboza: “[n]essa linha, o Código Civil sofreu direta interferência da Lei 8.068/90, acarretando não só a derrogação de alguns de seus dispositivos, mas especialmente impondo nova interpretação a outros. Vale dizer: o Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial que ao disciplinar a proteção integral à criança e ao adolescente, atingiu necessariamente as relações familiares regulamentadas pelo Código Civil, que devem se amoldar à nova doutrina.” (BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 109.)

⁴¹ Adota-se a metodologia civil-constitucional de Pietro Perlingieri, para quem “o ordenamento, por mais complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 201.). Para o conceito de sistema jurídico, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

⁴² Nas palavras do autor: “Se o critério de fundação do sistema é decididamente conteudístico, fruto, portanto, da elaboração, das coligações, entre um instituto e outro, o sentido do sistema se deduz não no esplêndido isolamento das relações do intérprete com o conteúdo de cada norma, mas sempre confrontando cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 627.)

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 628.

constitucionalizou, passando a ser referenciado na proteção dos filhos incapazes pela idade, enquanto pessoas vulneráveis, mais do que na posição jurídica ocupada pelos pais.

1.2 Menoridade e incapacidade

Será que todas as pessoas são iguais perante a lei? Diante do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a resposta afirmativa parece óbvia. Mas a realidade não é tão certa assim. Refletindo sobre a pessoa enquanto categoria jurídica, assinala Judith Martins-Costa: “[é] uma noção incômoda porque nos obriga a lidar com a complexa realidade física, psíquica, espiritual e contingencial dos seres humanos, com a sua concreta desigualdade”.⁴⁴

A pessoa como conceito jurídico abstrato e geral, se por um lado reforça o princípio da igualdade formal, de outro desconsidera a individualidade inerente a cada ser humano.⁴⁵ Ainda nos dizeres de Martins-Costa: “[p]or detrás da ficção jurídica temos as pessoas de corpo, mente e alma e os seus interesses, patrimoniais, extrapatrimoniais e existenciais, ligados à esfera da personalidade humana [...]”.⁴⁶ A insuficiência da igualdade formal na promoção da dignidade humana ensejou então a construção normativa da igualdade substancial, que, sem excluir a primeira,⁴⁷ prevê o tratamento jurídico isonômico mais

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314.

⁴⁵ Em estudo sobre o princípio da igualdade na perspectiva do direito italiano, Giorgio del Vecchio afirma: “Podemos indagar-nos, depois disso, que coisa significam as fórmulas constantemente repetidas: ‘A lei é igual para todos’ e ‘Todos os cidadãos são iguais perante a lei’. Evidentemente, se entendidas ao pé da letra, essas fórmulas, e especialmente a primeira, levaria (sic) às conseqüências mais absurdas, como se um tratamento igual devesse ser dispensado aos inocentes e aos culpados, às crianças e aos adultos. Mas, elas querem realmente significar que no Estado não há ninguém superior às leis (*legibus solutus*) e que estão abolidos antigos privilégios, por exemplo, a favor da nobreza hereditária, devendo todos os cidadãos ser considerados no mesmo pé.” (VECCHIO, Giorgio del. Igualdade e desigualdade perante a justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. LXI, 1966, p. 39.)

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314.

⁴⁷ A igualdade formal não é supérflua, ao contrário, ela integra o princípio da igualdade, ao lado da igualdade material, em uma relação de complementaridade. Contra o pretense antagonismo entre as noções de igualdade formal e material, afirma Perlingieri: “A igualdade dita formal, que teve o seu berço no iluminismo francês, é hoje, um patrimônio comum das sociedades civis. Isto não obstante seria ingênuo pensar que a sua tradução em norma possa parecer supérflua; e isto porque em parte ainda deve ser realizada, e também porque sempre corre perigo a cada período de crise de valor do homem.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 483.)

adequado à pluralidade das culturas e das formas de ser de cada pessoa.⁴⁸ Por isso, o princípio da igualdade – formal e material – assume a função de evitar qualquer disparidade injustificada no acesso a bens e oportunidades da vida,⁴⁹ o que configura a premissa necessária para a compreensão das noções de pessoa, personalidade e capacidade jurídica.

Segundo o conceito técnico-jurídico, *capacidade de direito* é a aptidão para ser sujeito de direitos concedida pela ordem jurídica.⁵⁰ Trata-se de atributo que não depende da consciência ou da vontade do indivíduo.⁵¹ Quem detém essa aptidão é considerado *pessoa* e, conseqüentemente, está apto a figurar em relações jurídicas.⁵²

Sob o ponto de vista estrutural, *capacidade de direito* e *personalidade* se confundem, pois ambas as noções se referem à possibilidade de ser sujeitos de direitos,⁵³ nada obstante parte da doutrina as diferencie afirmando que personalidade é um valor que se materializa na capacidade.⁵⁴

⁴⁸ Maria Celina Bodin de Moraes elucida: “Logo se iria verificar, contudo, que essa espécie de igualdade, apenas formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Adotou-se, então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 86.)

⁴⁹ Para Perlingieri: “A igualdade, na realidade, deve ser entendida não como regra absoluta, garantia de uniformidade no resultado, mas como parâmetro da razão justificadora da disciplina, de forma a compatibilizar esta última com todo o sistema normativo e a permitir interpretar os regulamentos individuais segundo justiça, evitando qualquer disparidade injustificada no acesso a bens ou a oportunidades da vida.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 497.)

⁵⁰ Por todos: MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314.

⁵¹ “A criança, mesmo recém nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 181. v. 1.)

⁵² Por todos: MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314.

⁵³ Sobre os conceitos de capacidade e personalidade, anote-se que a polissemia da palavra *personalidade*, em determinada acepção, confunde-a com o conceito de capacidade de direito ou de gozo: “É que a personalidade, a rigor, pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural (atinentes à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas. De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 29).

⁵⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 321.

Mas outro sentido pode ser dado à *personalidade*, de acordo com a perspectiva funcional,⁵⁵ na qual se identifica a sua inerência à dignidade humana. Essa acepção emerge da repersonalização do direito civil⁵⁶ a partir dos valores constitucionais, em que se confere prevalência à tutela das situações existenciais sobre as patrimoniais. Logo, a equiparação da pessoa natural e da pessoa jurídica revelou-se inadequada, uma vez que a segunda, embora seja também sujeito de direitos e, nesse sentido, detentora de personalidade jurídica, ela obviamente não goza da proteção decorrente da dignidade que é exclusiva da primeira. Por isso, esse outro sentido de *personalidade* reserva-se tão somente à pessoa natural.⁵⁷⁻⁵⁸

Assim, todas as pessoas naturais, não importa a idade ou a condição mental, têm personalidade (em ambos os sentidos) e, conseqüentemente, possuem também *capacidade de direito* ou *de gozo*, ou seja, podem ser titulares de direitos e obrigações, além de terem reconhecida a dignidade humana. Todos são, nesse sentido, juridicamente capazes, como efeito imediato do princípio da igualdade formal.⁵⁹ Por ser qualidade inafastável e imutável,⁶⁰ a capacidade de direito exprime o aspecto estático⁶¹ da capacidade civil e constitui-se

⁵⁵ Refere-se aqui à função socio-jurídica do instituto situado no contexto da legalidade constitucional: a personalidade superou a sua concepção meramente estrutural quando a Constituição Federal deferiu à pessoa humana especial tutela jurídica decorrente de sua dignidade inerente. Por isso, a personalidade atrelada à pessoa natural exerce a função socio-jurídica de proteção da dignidade e, assim, perpassa a concepção estrutural atribuída pela doutrina tradicional de mera “aptidão para ser sujeito de direitos”. Segundo Perlingieri, [n]a individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a *fattispecie*.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 118.)

⁵⁶ Sobre o tema, ensina Pietro Perlingieri: “Com o termo, certamente não elegante, de ‘despatrimonialização’ individualiza-se uma tendência normativo-cultural: evidencia-se que no ordenamento fez-se uma opção, que lentamente vai se concretizando, entre personalismo (superação ao individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”.

(PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121.)

⁵⁷ Nesse sentido: “Note-se que, a rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro confunde-se com a noção de capacidade de gozo, associando-se à qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo, por outro lado, traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção prioritária pelo ordenamento, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural.” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Personalidade e capacidade na legalidade constitucional*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 232.)

⁵⁸ Adotando-se esse sentido de personalidade, foi aprovado o Enunciado 286 das IV Jornadas de Direito Civil promovidas pelo CJF: “Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.”

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. p. 249.

⁶⁰ “A capacidade abstrata, essa que constitui o conteúdo da personalidade, todo homem a tem inalterada desde o momento em que nasce até o momento em que morre. [...] De sorte que a capacidade jurídica não se altera. Entretanto, da capacidade jurídica, da capacidade de ter direitos, deve distinguir uma outra, que é a capacidade de exercer o direito.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 172.)

⁶¹ STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino: Jovene, 1975. p. 265.

pressuposto de todos os direitos: basta ser pessoa natural⁶² para necessariamente ser dotado dessa capacidade.

A *capacidade de fato*, também designada *capacidade de exercício, de agir, ou negocial* é a outra dimensão da capacidade jurídica, cuja base é o reconhecimento de que nem todas as pessoas, em razão de circunstâncias pessoais, estão aptas ao exercício pessoal ou imediato dos direitos dos quais são titulares por força da capacidade de direito.⁶³ Para Tepedino, Barboza e Moraes, a capacidade de fato consiste na “aptidão para utilizar os direitos na vida civil, exercendo-os por si mesmo, sem necessidade de assistência ou representação”.⁶⁴ Noção semelhante é apresentada por Amaral, para quem a capacidade de fato é a “aptidão para a prática dos atos da vida civil e para o exercício dos direitos, como efeito imediato da autonomia que as pessoas têm”.⁶⁵

Por isso, a capacidade jurídica bifurca-se, por um lado, na capacidade abstrata de ter direitos (capacidade de gozo) e, de outro, na capacidade concreta de exercê-los pessoalmente (capacidade de fato). A primeira é estática e está presente em todas as pessoas; e a segunda é dinâmica, elástica, podendo ser maior ou menor conforme exigências do ordenamento jurídico.⁶⁶

⁶² Adotando-se a premissa que se julga mais consentânea com o direito civil personalista, de que a personalidade da pessoa natural é decorrência da sua dignidade humana, escapa a essa concepção a titularidade de direitos das pessoas jurídicas. Assume-se, em razão disso, a lição de Perlingieri, sobre subjetividade, mais adequada à noção de pessoa jurídica: “A subjetividade é juridicamente relevante sempre que a norma a ela fizer referência para reconhecer ou atribuir a entidades as mais diversas, a idoneidade para exercer a função de ponto de referência subjetivo de interesses e de atividades.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 714). No mesmo sentido, menciona-se também: “A subjetividade, dessa forma, indica uma qualidade, a aptidão para ser sujeito de direito – correspondendo ao conceito de capacidade de gozo -, ao passo que a capacidade de fato consiste na intensidade de seu conteúdo, sendo, por isso mesmo, considerada a medida da subjetividade. Por conseguinte, a subjetividade, não já a personalidade, pode ser atribuída às pessoas jurídicas.” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Personalidade e capacidade na legalidade constitucional*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 234.)

⁶³ Segundo Del Vecchio: “A dignidade do ser humano é substancialmente *igual* em tôdas as fases de sua vida. Mas varia muito a sua capacidade real, e seria contra a razão não levar isso em conta, devido a uma aplicação falsa do conceito de igualdade.” (VECCHIO, Giorgio del. *Igualdade e desigualdade perante a justiça*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. LXI, 1966, p. 329-30.)

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1. p. 5.

⁶⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 331.

⁶⁶ Para Judith Martins-Costa: “Sendo uma insustentável ficção considerar que à igualdade das pessoas corresponderia identidade de *capacidade de atuação* na ordem jurídica, já se distinguira entre a capacidade jurídica e a capacidade de exercício, a primeiro constituindo uma capacidade altamente abstrata e altamente geral (conceito geral-abstrato), a outra sendo dotada de alguns *elementos de especificação* (como a idade e o estado de saúde). Esses elementos de especificação, elaborados na Idade Média, haviam sobrevivido à abstração moderna e, ainda hoje, explicitamente ou não, ‘nos sorriem a cada esquina normativa’.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314.)

Por limitar a atuação pessoal, a incapacidade de fato é excepcional, não se presume⁶⁷ e depende da verificação de alguma das causas expressamente previstas na lei. O Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD), determina que são absolutamente incapazes as pessoas menores de 16 anos de idade e são relativamente incapazes as pessoas entre 16 e 18 anos incompletos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, as pessoas que não podem se exprimir e os pródigos.⁶⁸

A distinção entre absoluta ou relativamente incapazes historicamente se vincula ao reconhecimento da variabilidade de comprometimento do discernimento a depender da causa da incapacidade. Desse modo, as pessoas consideradas sem discernimento pela lei eram⁶⁹ qualificadas como absolutamente incapazes, sendo-lhes vedada a prática pessoal de todos os atos da vida civil. Por outro lado, havendo um mínimo de discernimento, a incapacidade seria relativa, atingindo apenas determinados atos ou a maneira de os exercer.

O discernimento aparece então como noção central da teoria tradicional das incapacidades e, segundo Martins-Costa, “significa, em suma, a possibilidade conferida – ou não – a cada pessoa para decidir com base em distinções, em avaliação de consequências, em ponderação de fatos, circunstâncias e valores.”⁷⁰ Prossegue a jurista concluindo que “[d]o discernimento nasce a compreensão, a imputabilidade (pressuposto à atribuição da

⁶⁷ Ao contrário, presume-se a capacidade até que se prove o contrário. Nesse sentido: “Assim, presume-se sempre a capacidade da pessoa para poder livremente exercer os seus direitos e contrair obrigações até que se prove ser ela incapaz em relação a todos ou alguns desses direitos ou obrigações.” (SANTOS, J.M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. VI. p. 386.)

⁶⁸ Deve-se reconhecer a influência de Teixeira de Freitas sobre a construção da teoria das incapacidades civis, sobretudo na gradação em incapacidade absoluta e relativa, nada obstante o Código Civil por ele elaborado não tenha entrado em vigor no direito brasileiro. Invoca-se, contudo, a lição do jurista baiano: “A incapacidade civil, compreensiva tão sómente de todos os estados, em que as pessoas são incapazes de obrar por si mesmas, - em que só podem obrar representadas por outrem, - carece ainda de um derradeiro traço, para que a sua noção fique perfeitamente determinada. Ou as pessoas são absolutamente incapazes de obrar, e seus actos não produzem effeito em caso algum. Ou, sendo incapazes até certo ponto, seus actos podem ter valor em certas circumstancias, e debaixo de certas condições. Há pois uma incapacidade absoluta, e uma incapacidade relativa; como, por exemplo, no primeiro caso a dos menores impúberes, no segundo caso a dos menores adultos.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostila à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projecto de Codigo Civil Portuguez*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859. p. 129.)

⁶⁹ A utilização do pretérito imperfeito se justifica pelo crescente reconhecimento de juridicidade das manifestações de vontade dos absolutamente incapazes. Nesse sentido, o Enunciado 138 das Jornadas de Direito Civil, que reforça a relevância jurídica da manifestação de vontade dos menores de dezesseis. A própria qualificação como absolutamente incapaz tem sido revista, como demonstram as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essas questões serão tratadas ao longo do presente capítulo.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 320.

responsabilidade) e, por consequência, a responsabilidade, motivo pelo qual o sujeito autônomo é *sujeito responsável*.⁷¹

Para Ana Carolina Brochado Teixeira, o discernimento, como capacidade de entender e de querer, é condição material imprescindível para a validade da manifestação de vontade, pois “demonstra independência de vontade, sem atuação de forças externas ou vícios de consentimento.”⁷² Acrescenta ainda que o discernimento é necessário para que a pessoa possa agir segundo o seu melhor interesse.⁷³

Segundo assevera Maria Celina Bodin de Moraes, “o discernimento provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade”.⁷⁴ De acordo com a autora, “[q]uando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos”.⁷⁵ Essa última proposição mostra que, na visão de Bodin de Moraes, existe uma relação entre autonomia e discernimento.

Contudo, na doutrina tradicional, o discernimento é associado não diretamente a uma noção de autonomia, que, à época, estava ainda vinculada ao paradigma liberal-individualista,⁷⁶ mas sim ao conceito de capacidade natural,⁷⁷ entendido como a efetiva

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 320.

⁷² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 160-161.

⁷³ Constatou-se uma divergência sobre a compreensão do discernimento segundo Judith Martins-Costa e Ana Carolina Brochado Teixeira. Para a primeira, o discernimento é o cerne da teoria das incapacidades, enquanto para a segunda, o discernimento é elemento distinto da capacidade de agir (esta adequada aos atos de natureza patrimonial). Ambas compartilham a ideia de insuficiência da capacidade civil como critério de validade das situações existenciais, mas, para corrigir isso, Martins-Costa propõe uma terceira espécie de capacidade, a qual denomina de capacidade para consentir, enquanto Teixeira defende o discernimento como critério de validade das situações existenciais.

⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 192.

⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 192.

⁷⁶ “O pensamento kantiano, inserido dentro do movimento Iluminista, foi transposto para o domínio do direito sob a concepção de uma liberdade formal, de índole individualista, voluntarista e patrimonialista, que, por sua vez, neste âmbito implicava a autonomia da vontade.” (ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 151.)

⁷⁷ “Admite-se ainda a existência de uma incapacidade natural. Tal é a incapacidade de entender e de querer, que não está judicialmente declarada. Verifica-se, com maior frequência, quando o insano mental não está interdito, quer porque sua enfermidade ainda não foi reconhecida, quer porque o seu processo de interdição não foi instaurado. A doutrina aponta um paralelismo constante entre a capacidade legal de agir e a capacidade natural, e procura superar, desse modo, o problema da coordenação entre os regimes diversos a que se sujeita. A coincidência existe na medida em que a incapacidade legal subsiste nas hipóteses nas quais há normalmente incapacidade de entender e querer, mas a capacidade natural pode faltar sem haver incapacidade legal, como acontece quando o doente mental não está interdito.” (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 177.)

consciência e o querer.⁷⁸ O fundamento da incapacidade jurídica de fato residiria, portanto, na incapacidade natural de se reger de forma independente por ausência ou déficit de discernimento.⁷⁹ Apesar disso, constata-se que o critério para a incapacidade de fato nem sempre se pautou na concreta inaptidão da pessoa⁸⁰ além de ter revelado compreensões preconceituosas sobre grupos sociais tidos como indesejáveis ou “anormais”.⁸¹

Contemporaneamente, a doutrina tem se esforçado em distinguir as noções de *capacidade* e *autonomia*.⁸² Embora ambas sejam avaliadas, em certa medida, segundo o

⁷⁸ “Como resulta do exposto, às várias incapacidades totais ou parciais declaradas na lei não corresponde sempre uma incapacidade natural da pessoa: quer dizer: uma condição subjetiva psíquica que, por falta de maturidade do sendo ou por debilidade ou enfermidade mental, minore ou tolha completamente a consciência e o querer. Só para algumas ela se pressupõe, como sucede na menoridade, na interdição judicial e na inabilitação. Assim, quem é declarado incapaz pela lei não é necessariamente (*sic*) também naturalmente incapaz.” (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I. p. 394.)

⁷⁹ “En este sentido, la atribución de la capacidad jurídica, como ‘dimensión estática y necesaria de la personalidad’ y con ella de la posibilidad jurídica de hacer frente a los propios asuntos a través de la propia actuación, se revela como ‘cauce ordinario de desarrollo de la personalidad’, de manera que ‘allí donde tal capacidad de autogobierno se verifica, allí mismo debe reconocerse, y en esa misma medida, la capacidad de obrar’. A partir de lo cual, la consideración de la capacidad natural como *substratum* o presupuesto de la capacidad de obrar puede ser defendida, para nuestro Derecho, en línea de principio [...]” (AGUIRRE, Carlos Martínez de. La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. *Anuario de derecho civil*. Madrid, n. 4, 1992. p. 1401.) Tradução livre: Nesse sentido, a atribuição de capacidade jurídica, como uma “dimensão estática e necessária da personalidade” e, com ela, da possibilidade jurídica de enfrentar os próprios assuntos através da própria atuação, revela-se como “canal comum de desenvolvimento da personalidade”, de modo que “onde tal capacidade de autogoverno é verificada, deve ser reconhecida, e nessa medida, a capacidade de agir”. A partir disso, a consideração da capacidade natural como substrato ou pressuposto da capacidade de agir pode ser defendida, para nossa Lei, em linha de princípio.

⁸⁰ Exemplifica-se com o art. 6º, II do Código Civil de 1916, o qual previa a incapacidade relativa da mulher casada, disposição que permaneceu vigente até a promulgação da Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), nada obstante não pendesse sobre ela qualquer redução da capacidade “natural”.

⁸¹ Gabriel Schulman aduz que as incapacidades civis não operaram no direito tradicional uma função apenas de avaliação das condições intelectivas de manifestação e compreensão, mas também de mecanismo para o reconhecimento jurídico ou rejeição de determinados grupos. Veja-se: “O raciocínio que fundamenta as incapacidades pressupõe a premissa de que o incapaz preexiste e o direito comparece para socorrê-lo. A inclusão de personagens como a mulher, o indígena, o usuário de drogas e o pródigo como incapazes fragilizam sobremaneira a argumentação da função estritamente protetiva e apontam para um sistema também voltado à exclusão. Em outras palavras, não se rejeita o tratamento diferenciado a certas pessoas, entretanto, a concepção do incapaz como algo natural, exige um repensar. *O que se assevera é que o raciocínio usualmente apresentado é uma inversão, tendo em conta que a figura jurídica do incapaz não existe antes do direito, é por ele estabelecido, mesmo quando haja boas intenções em tal medida. Primeiro se criam os incapazes, depois é que surge sua proteção.* Diante desta ordem de ideias, à luz de uma perspectiva crítica, rejeita-se a falsa neutralidade da construção tradicional, a exigir o repensar sobre as potencialidades das pessoas, bem como, em que medida não é a sociedade que é a incapaz de conferir o devido acesso a todos.³⁵¹ Não se defende aqui que a curatela deva ser extinta, ou que seja, *per se*, absurda. O que se desafia é a compreensão de neutralidade das escolhas e das consequências do regime das incapacidades.” (SCHULMAN, Gabriel. *A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas*. 2018. 368 f. Tese [Doutorado em Direito] – Faculdade de Direito, UERJ. Rio de Janeiro, 2018. p. 82.)

⁸² “O regime de incapacidade civil no direito brasileiro sempre foi estanque e absoluto, visando particularizar determinados sujeitos desautorizados ou inabilitados a prática de, pelo menos, certos atos da vida civil. Na medida em que a autonomia privada de índole liberal se esgotava na iniciativa econômica e na liberdade contratual, ela dependia da capacidade civil plena para seu exercício, uma vez que os negócios jurídicos carecem de agentes capazes para sua validade. No entanto, com a expansão do controle jurídico da autonomia sobre situações extrapatrimoniais da vida, constatou-se que esta não se atrelava, intrinsecamente, com o regime de

discernimento, esta fundamenta-se na dignidade humana ao envolver a possibilidade de realizar escolhas sobre a vida, notadamente no âmbito existencial.⁸³ A autonomia não poderia então ser condicionada pela capacidade civil, ou seja, “é possível restringir a capacidade, mas não a autonomia.”⁸⁴

De maneira geral, nota-se presente na doutrina civil-constitucional a finalidade de apartar a capacidade civil da aptidão concreta para a prática de atos existenciais. Assim ocorre com a teorização da capacidade para consentir como uma categoria jurídica autônoma⁸⁵ e na distinção entre autonomia e capacidade.⁸⁶ Embora com molduras distintas, essas construções revelam a insuficiência da capacidade civil como parâmetro de habilitação jurídica do sujeito à prática pessoal e válida de todo e qualquer ato da vida civil.

Também o recurso teórico à concepção de capacidade natural adotada por parte da doutrina⁸⁷ expressou uma preocupação com a justificação dos casos de não correspondência entre o discernimento concreto do indivíduo e a (in)capacidade civil. A edificação da autonomia privada assentada no princípio da dignidade humana em sua vertente de liberdade pessoal demonstra um passo adiante: não apenas há uma preocupação com a justificação dessa não correspondência como também se busca a aplicação de uma disciplina jurídica diferenciada para a autonomia e para a capacidade civil. Segundo a lição de Vitor Almeida:

Desse modo, capacidade e autonomia são conceitos que funcionam como promotores do livre agir na vida social, projetando a vontade e os desejos individuais merecedores de tutela na legalidade constitucional para a construção da personalidade de cada pessoa, tendo, portanto, funções próximas, eles são distintos em sua estrutura e avaliação. A capacidade pode ser restringida a partir de rígidas hipóteses impostas por lei. A autonomia é dinâmica, por essência, e assegurada a todas as pessoas, embora possa ter restrições de ordem individual ou social, sua modulação é avaliada no caso concreto e sua preservação, na máxima medida, é justificada com base na intrínseca dignidade da pessoa humana. Com efeito, pode-se dizer que a autonomia é um dos componentes que preenchem o conteúdo da capacidade, na medida em que a lei considera que a pessoa plenamente capaz atingiu seu ápice de desenvolvimento pessoal e maturidade intelectual para tomar as

incapacidade forjado para relações de ordem patrimonial.” (ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 160.)

⁸³ ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 158.

⁸⁴ ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 159.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. *Passim*.

⁸⁶ ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. *Passim*.

⁸⁷ Na doutrina brasileira, Cf.: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. *Passim*. Na doutrina estrangeira, Cf.: RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I. *Passim*.

próprias decisões no campo patrimonial e existencial, como condutor da sua vida, sem, por conseguinte, absolutamente autônomo para se autogovernar.⁸⁸

Em síntese, a incapacidade natural não deixa de fundamentar a incapacidade jurídica na medida em que a projeção legal das causas de incapacidade deve se aproximar ao máximo das efetivas limitações de discernimento. A autonomia, por outro lado, é avaliada casuisticamente e assegurada a todas as pessoas, independentemente de serem incapazes, pois representa o poder do indivíduo de fazer livres escolhas sobre a própria vida, no limite de atuação que não comprometa a sua proteção.⁸⁹

De todo modo, reconhecer a capacidade *de direito* à pessoa incapaz *de fato* torna imprescindível a superação da impossibilidade – total ou parcial – de exercício pessoal de direitos e deveres, viabilizando-se a defesa de seus interesses por intermédio de terceiros. Caso contrário, o efeito da incapacidade de fato seria semelhante à negativa do próprio direito, pois de nada serviria ser titular de um direito sem poder exercê-lo.⁹⁰ Por isso, conforme a lição de San Tiago Dantas, “[a] incapacidade se supre sempre do seguinte modo: colocando ao lado do incapaz alguém que decida por ele ou, então, que decida em colaboração com ele.”⁹¹ Quando a incapacidade for absoluta, portanto, defere-se ao incapaz um representante que o substituirá nos atos da vida civil. Quando, ao contrário, for relativa, ser-lhe-á deferido um assistente, para atuação conjunta. A atuação direta da pessoa incapaz à revelia de seu representante ou assistente eiva o ato por ela praticado de invalidade,⁹²⁻⁹³ podendo ser nulo, no caso de incapacidade absoluta,⁹⁴ ou anulável, no caso de incapacidade relativa.⁹⁵

⁸⁸ ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 163-164.

⁸⁹ ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 160.

⁹⁰ Nos dizeres de San Tiago Dantas: “De maneira que se vê é, então esta situação: o homem é capaz de ter direitos, mas não é capaz de praticar os atos que conduzem a adquirir, a perder, ou a modificá-los. Distinguir a capacidade de direitos da capacidade de exercício é coisa fundamental. Ninguém pode enganar-se neste ponto; isto é uma conta de somar do Direito civil. Como, porém, resolver o problema? Pouco adiantaria ter capacidade de direito e não ter a capacidade de exercício, porque é através desta que se adquirem, modificam ou perdem os direitos subjetivos. De maneira que, ao lado da incapacidade do exercício se tem que olhar os meios técnicos de que o direito se vale para suprir a incapacidade.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 173.)

⁹¹ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 173.

⁹² Código Civil, art. 104: A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; [...]

⁹³ A respeito das invalidades negociais, Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.

⁹⁴ Código Civil, art. 166: É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; [...]

⁹⁵ Código Civil, art. 171: Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; [...]

Assim, Silvio Rodrigues afirma que a representação e a assistência são formas de proteção dedicadas à pessoa incapaz, pois a coloca sob a orientação de uma pessoa capaz, que são os pais, tutores ou curadores, que os representa ou assiste.⁹⁶ Além disso, as incapacidades servem para incluir no tráfego jurídico pessoas consideradas inaptas pela lei para assumir responsabilidades patrimoniais e que, de outra forma, não poderiam atuar nas relações jurídicas. Por isso se conclui que as incapacidades atendem também ao imperativo de segurança jurídica, neutralizando os riscos das transações negociais.⁹⁷

Contudo, o modelo de intermediação de um terceiro nos atos relativos às pessoas incapazes, apesar do propósito protetivo, revela também uma ótica excludente. Para além das merecidas críticas sobre a própria qualificação da pessoa como incapaz, o modelo tradicional de suprimimento da incapacidade mediante substituição da vontade do absolutamente incapaz, além de desconsiderar qualquer manifestação potencialmente válida dessas pessoas,⁹⁸ pressupõe a cisão entre titularidade e exercício das situações jurídicas subjetivas. Mas, essa cisão, embora compatível com as situações patrimoniais, é desafiada nas situações existenciais, nas quais nem sempre é possível transferir o exercício de um direito a terceiro, conservando-se apartado da titularidade.⁹⁹

⁹⁶ Nesse sentido, Silvio Rodrigues afirmou que “[...] o legislador, no intuito de proteger os incapazes, coloca-os debaixo da orientação de uma pessoa capaz (seus pais, tutores ou curadores), que os representa, ou os assiste em todos os atos da vida civil, de modo que a deficiência intelectual que apresentam é suprida pela inteligência do representante.” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53.)

⁹⁷ “Essas refinadas distinções eram o alicerce necessário para a ordenação do *tráfego de bens* numa época em que o velho capitalismo mercantil se transformava rapidamente em capitalismo industrial, o mercado se agigantando e adquirindo contornos de impessoalidade e massificação cujo auge agora vivenciamos. O que se requeria era um instrumental apto a conferir segurança às transações, afastando dos riscos do mercado, da assunção de dívidas e da disposição sobre patrimônios as pessoas inaptas para assumir *responsabilidade patrimonial*: os loucos, as crianças e os adolescentes, os surdos-mudos incapazes de exprimir vontade. Uma noção formalizada e abstrata de pessoa aliada à distinção entre uma capacidade geral (ser sujeito de direitos) e uma específica (agir na ordem civil, basicamente na ordem econômica juridicamente regrada, como o mercado) era, então, ideologicamente inevitável.” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 313.)

⁹⁸ A respeito, pertinente a lição de Pietro Perlingieri: “O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em conta o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, em contraste com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa.” Em conclusão, o jurista italiano conclui: “É preciso, ao contrário, privilegiar, na medida do possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz concretamente de exprimir ou em relação às quais manifesta grande propensão.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 781-782.)

⁹⁹ Nesse sentido se posicionam Joyceane Menezes e Ana Carolina Brochado, ao afirmarem que a “titularidade e exercício de situações existenciais não podem ser cindidas, sob pena de haver uma disfunção das mesmas, que emanam do projeto de vida pessoal de cada um”. (MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.)

Portanto, se é verdade que o regime de incapacidades e os instrumentos de seu suprimento serviam à proteção do incapaz, essa proteção era compreendida sob o viés patrimonial.¹⁰⁰ Com a constitucionalização do direito civil, por outro lado, as situações subjetivas existenciais¹⁰¹ passaram a receber mais intensa tutela jurídica, o que favoreceu a percepção de que a interposição de um terceiro no exercício dos direitos decorrentes dessas situações poderia acarretar a violação à dignidade humana do incapaz.

Diante disso, passou-se a distinguir as situações jurídicas existenciais das patrimoniais¹⁰² conforme a função que desempenham em concreto. A liberdade para a prática de atos existenciais não deve então ser avaliada da mesma forma que a liberdade para a prática de atos com conteúdo econômico, daí a pertinência de se diferenciar a autonomia¹⁰³ patrimonial da autonomia existencial.¹⁰⁴ Aplicada essa premissa ao regime das incapacidades, percebe-se que a pessoa incapaz pode sê-lo por não conseguir entender e querer um ato de natureza patrimonial, o que acarretaria a ela um prejuízo econômico caso a incapacidade não fosse reconhecida; mas essa mesma pessoa pode ser minimamente capaz para se autogovernar

¹⁰⁰ “Tal construção deve repercutir, significativamente, na compreensão do regime das incapacidades previsto nos arts. 3º e 4º do Código Civil. A disciplina ali prevista, por sua *ratio* voltada para a proteção do patrimônio do incapaz, mostra-se consentânea, tão somente, com as situações jurídicas patrimoniais.” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Coord.). *Direito de Família no novo milênio*: Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 417.)

¹⁰¹ Sobre a distinção entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III.

¹⁰² Elucidativa a lição de Perlingieri: “Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da maior importância constatar que nesta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado com base na categoria do ter. Na categoria do ser não existe dualidade entre sujeito e objeto, pois ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Quando o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se uma necessidade lógica reconhecer, em razão da natureza especial do interesse protegido, que é exatamente a pessoa, a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 764.)

¹⁰³ Sobre o conceito de autonomia, Ana Carolina Brochado Teixeira ensina que “consiste no autogoverno, em manifestação de subjetividade, em elaborar as leis que guiarão a sua vida e que coexistirão com as normas externas ditadas pelo Estado. Significa o reconhecimento da livre decisão individual, racional e não coagida, sobre seus próprios interesses sempre que não afete terceiros.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 168.)

¹⁰⁴ Thamís Castro apresenta os diversos critérios possíveis para se distinguir as situações existenciais das patrimoniais (p. 56-61), sintetizando, ao final: “Assim, enquanto as situações jurídicas patrimoniais devem ser funcionalizadas à realização de interesses extrapatrimoniais, as situações existenciais têm como função *direta* a realização de interesses pessoais do seu titular, especificamente a concretização dos valores da dignidade da pessoa humana. Decorre daí a diferença qualitativa da tutela da autonomia privada em ambos os casos: ao passo que a autonomia nas situações patrimoniais é protegida se e enquanto realizar interesses socialmente relevantes nem sempre coincidentes com os do titular, a autonomia nas situações existenciais, ou nas mistas com função predominantemente existencial, deve ser protegida como instrumento de concretização da função pessoal da realização da dignidade humana.” (CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 61)

nas questões atinentes à própria existência, como por exemplo, para o exercício de direitos da personalidade.¹⁰⁵ Essa distinção, portanto, revela a inadequação de se utilizar a mesma régua patrimonial para medir a autonomia existencial.

Assim, o regime de incapacidades não pode significar o total desprezo à vontade do incapaz quanto aos atos existenciais. Nesse sentido, Perlingieri já atentava para a necessidade de graduação da insuficiência mental que conduz à incapacidade e para a heterogeneidade de sua abrangência, ao afirmar que “[a] falta de aptidão para o entender não se configura sempre como absoluta, apresentando-se, no mais das vezes, por setores ou esferas de interesses”.¹⁰⁶ Como conclusão, o autor defende a recusa a preconceitos jurídicos que ignorem a variedade de déficit psíquicos e a flexibilidade da regulamentação do que é proibido ou permitido à pessoa considerada incapaz.¹⁰⁷

Desse modo, as situações existenciais colocaram à prova o regime de incapacidades moldado nas situações subjetivas patrimoniais, para a quais foi pensado e estruturado. Por isso, os *atos da vida civil* a que se referem os artigos 3º, 4º e 5º do Código Civil e que a princípio alcançavam atos patrimoniais e existenciais, à luz da dogmática civil-constitucional, correspondem aos atos de natureza patrimonial. O exercício de atos de natureza existencial não poderia ser entregue ilimitadamente a terceiros, pois, a medida do consentimento não pode ser reduzida à medida da autonomia privada¹⁰⁸ e a ninguém cabe ser árbitro na vida alheia.¹⁰⁹

Essa necessidade de critérios distintos para a validade de atos de natureza existencial foi bastante destacada na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD – também chamada de Convenção de Nova Iorque), a partir da manifesta preocupação em dar efetividade aos direitos fundamentais dos quais as pessoas com deficiência são titulares. A

¹⁰⁵ Confirmando esse raciocínio, Judith Martins-Costa afirma: “Com efeito, se operarmos a conexão entre a noção de *discernimento* (considerada como eixo da Teoria das Incapacidades) e a de *bens da personalidade humana* então poderemos perceber a existência de especificidades a tornar útil uma ideia nova, qual seja: a da ocorrência de situações em que não é apta ou suficiente a *capacidade negocial*, (assim compreendida a capacidade para deliberar acerca dos atos, atividades e negócios que impliquem avaliações econômicas ou patrimoniais), pois o que está em causa é exercício de atos atinentes ao núcleo mais irredutível da existência humana. Este núcleo está ancorado nos bens de personalidade ‘por excelência’, isto é, a vida e a saúde humanas.” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 322.)

¹⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 163.

¹⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 163.

¹⁰⁸ RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 247.

¹⁰⁹ RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 258.

CDPD ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional,¹¹⁰ nada obstante tenha permanecido ignorada pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

As previsões estatutárias da Lei 13.146/2015 minudaram e deram maior concreção aos direitos previstos na CDPD, reforçando a plena capacidade da pessoa com deficiência para a prática de atos existenciais (art. 6º) e alterando substancialmente a incapacidade como prevista no Código Civil de 2002 ao extirpar do ordenamento jurídico brasileiro qualquer referência à deficiência intelectual como causa legal de incapacidade tanto relativa, quanto absoluta.¹¹¹

Além disso, o EPD frisou a excepcionalidade da curatela, que, se instituída, deve ser i) proporcional às necessidades do curatelado,¹¹² de modo a atender a variabilidade do grau de discernimento de cada pessoa e ii) limitada aos atos de natureza patrimonial ou negocial,¹¹³ restringindo-se os poderes do curador sobre a pessoa curatelada.¹¹⁴

Apesar de se dirigirem especialmente às pessoas com deficiência intelectual, as modificações trazidas pela CDPD e pelo EPD revelam a remodelação do regime de incapacidades, não mais satisfeito com as soluções tradicionais que excluía o incapaz da participação sobre os atos de sua própria vida, sobretudo os atos de natureza existencial.¹¹⁵

¹¹⁰ A CDPD seguiu o rito de aprovação do art. 5º, §3º da Constituição Federal, razão pela qual possui *status* constitucional. Sobre o tema, v. nota 20.

¹¹¹ Segundo o texto revogado do Código Civil, consideravam-se absolutamente incapazes “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” (art. 3º, II) e, como relativamente incapazes “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (art. 4º, II) e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” (art. 4º, III). Todas essas referências foram revogadas e, conseqüentemente não estão mais vigentes no ordenamento pátrio.

¹¹² EPD, art. 84, § 3º: A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

¹¹³ EPD, art. 85: A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

¹¹⁴ Sobre o tema, confira-se: BARBOZA, Heloísa Helena. ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

¹¹⁵ Isso não significa que a pessoa com o discernimento prejudicado não possa ser beneficiada com mecanismos de apoio, a fim de protegê-la em situações existenciais, entendidos, portanto, como salvaguardas. Assim dispõe o art. 12.4 da CDPD: “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam *salvaguardas apropriadas* e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e *apropriadas às circunstâncias da pessoa*, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. *As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.*” Com relação às situações existenciais que envolvam a saúde e o corpo da pessoa com deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, embora tenha previsto a necessidade de participação da pessoa sob curatela na maior medida possível, permitiu o suprimento judicial de consentimento quando não for possível obtê-lo (arts. 11 e 12). Também já se levantam na doutrina posições a favor da extensão

Em suma, “consentir equivale a ser”¹¹⁶ e o favorecimento às manifestações existenciais reforça a dignidade humana.

Portanto, os conceitos de personalidade jurídica e capacidade sofreram as influências do personalismo, recrudescendo-se a tutela da pessoa por meio desses institutos. Muito embora o propósito protetivo já estivesse presente na teoria tradicional da incapacidade civil ao viabilizar o ingresso da pessoa incapaz no trânsito jurídico, por meio de assistente ou representante, a teoria contemporânea das incapacidades reconhece que essa fórmula somente se adequa aos direitos subjetivos patrimoniais, mas não atende inteiramente aos atos de natureza existencial, nos quais deve ser preservada a maior autonomia possível da pessoa.¹¹⁷

É importante realçar que a incapacidade de fato cessa conforme se extingue a causa que a determinou. Se a causa for a idade, segundo o artigo 5º do Código Civil, põem termo à incapacidade etária o alcance da maioridade civil ou a verificação de alguma das hipóteses do parágrafo único, designadas de causas de emancipação, as quais descrevem ou um ato dos pais ou do juiz,¹¹⁸ ou outras situações incompatíveis com a restrição da capacidade, por exigirem materialmente certo grau de maturidade.¹¹⁹

Quanto à determinação da capacidade de fato, segundo Eduardo Espínola, ela é vinculada ao estado geral da pessoa, o qual se deduz do concurso de elementos exigidos pelo direito objetivo para que se encontre a plenitude da atividade jurídica,¹²⁰ ou seja, são “os

dos poderes do curador aos atos de natureza existencial e com a possibilidade de representação, excepcionalmente, para atender às necessidades da pessoa curatelada, o que é confirmado pela aprovação do enunciado 637 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal: “Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.”

¹¹⁶ RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 45.

¹¹⁷ Sobre a personalização do sujeito de direito, afirma Rodotà que “consentir equivale a ser”, ressaltando a importância da participação da pessoa nos atos que lhe concernem. No contexto, o autor tratava da relação médico-paciente, cuja existencialidade é notória. (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 45).

¹¹⁸ Refere-se à emancipação voluntária. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosendal. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 369.

¹¹⁹ Trata-se da emancipação legal ou tácita: “que é concretizada quando o menor, com pelo menos 16 anos de idade, de regra, vem a praticar determinado ato reputado incompatível com a sua condição de incapaz. É que, em determinadas situações, entende-se que a prática de certos atos, por si só, implica no reconhecimento da plena capacidade, conferindo ao titular um grau de discernimento incompatível com a condição de incapaz. São atos, portanto, que colidem frontalmente com a incapacidade.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosendal. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 370.) Da lição exposta, ressalva-se apenas que a exigência do mínimo etário de 16 anos é expressa apenas nos incisos I e V do art. 5º, parágrafo único do Código Civil.

¹²⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. p. 342. v. 1.

principaes (*sic*) aspectos que a lei considera o indivíduo, para medir o conteúdo de seus direitos”.¹²¹⁻¹²²

Decerto, o estado a que se referia Espínola não se identifica com a concepção romanística, segundo a qual o *status* do indivíduo configurava pressuposto para a capacidade jurídica.¹²³ Naquele sistema eram conhecidos apenas três estados: o *libertatis*, segundo a qualificação do indivíduo como livre ou escravo; o *civitatis*, que indicava a posição do indivíduo como cidadão ou estrangeiro, e o *familiae*, que considerava a pessoa *alieni juris*, se estivesse subordinada ao *pater familias*, ou *sui juris*, se não estivesse.¹²⁴

No direito moderno¹²⁵ a concepção de *status* alargou-se para abranger características físicas e psíquicas que influenciavam diretamente a posição jurídica do indivíduo na vida de relações, razão por que foram denominados de *status naturalis* ou estados naturais.¹²⁶ Apesar

¹²¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. p. 345. v. 1.

¹²² “A lei considera as razões, os factores principaes (*sic*) dessa actividade que, por vários modos, se manifesta na cooperação humana; e em relação a eles considera a condição da *pessoa*, medindo a quantidade do poder jurídico que consente; ora, esta *condição* é a *posição* conferida à *pessoa*, como sujeito de direito, que pode querer e agir juridicamente; e *capacidade* (de agir) é a medida de tal poder, de acordo com aquella posição, com aquele *estado*”. (ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. p. 342-343. v. 1.)

¹²³ “Assim, quanto à capacidade jurídica, há três pressupostos: *status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*. Por isso tratando do homem como sujeito de direitos, considerar-lhes-emos distintamente a posição como membro da comunidade dos homens livres, dos cidadãos e da família. (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano: e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 40. v. 1.)

¹²⁴ “A doutrina romana da capacidade das pessoas físicas girava tôda ela em volta do tríplice *status*, de que a pessoa gozava: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*, dos quais os dois primeiros constituíam condição essencial da capacidade jurídica e o último dava lugar à distinção entre pessoas *sui juris* e pessoas *alieni juris*, determinando nos sujeitos ao poder alheio, uma incapacidade (mais ou menos ampla segundo os vários períodos históricos) na esfera do direito privado. O estado perfeito da capacidade plena era dado pelo *pater familiae*, que além do *status libertatis* e do *status civitatis* tinha também poder soberano sobre o grupo familiar.” (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 372. v. 1.)

¹²⁵ TRAPOTE, Jorge Castro. *La edad legal como presunción iuris tantum de capacidad en sentido técnico*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidad de Zaragoza. Disponível em: <http://zaguan.unizar.es>. Acesso em: 07 ago. 2018. p. 108.

¹²⁶ “Bisogna attendere il XVI secolo perché incominci a svilupparsi la dottrina che riconosce un significato tecnico-giuridico al termine persona in stretto rapporto con lo status che ogni uomo occupa. Sì che, d'ora in poi, persona indica l'uomo che, avendo uno status, prende parte alla vita giuridica. È opportuno ricordare, tuttavia, che i tre *status - libertatis, civitatis, familiae* - recepiti dalla tradizione romana non esauriscono più l'intera gamma delle posizioni che l'individuo può assumere nella vita di relazione. Dall'osservazione che talune caratteristiche fisiche e psichiche, qual il sesso, l'età, la salute mentale e così via, influiscono direttamente sulla posizione giuridica dell'uomo, s'individua un altro stato, cui vien dato il nome di status naturalis. Esso comprende tutte le suddette proprietà e su affianca, integrandoli, ai precedenti stati.” (STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino: Jovene, 1975. p. 20). Tradução livre: “É necessário aguardar pelo século XVI para começar a desenvolver a doutrina que reconhece um significado técnico-jurídico para o termo pessoa em estreita relação com o *status* que cada homem ocupa. Assim que, de agora em diante, a pessoa indica o homem que, tendo status, participa da vida jurídica. Deve-se lembrar, no entanto, que os três *status - libertatis, civitatis, familiae* - reconhecidos pela tradição romana não esgotam mais a gama completa de posições que o indivíduo pode assumir na vida de relações. A partir da observação de que algumas características físicas e psíquicas, como sexo, idade, saúde mental e assim por diante, influenciam

do reconhecido mérito dessa criação, uma vez que pretendeu adaptar o conceito de *status* à realidade social da modernidade, Castro y Bravo consigna que essa escolha foi desafortunada, uma vez que a condição natural somente tem efeito jurídico a partir de uma especial valoração, de modo que não é qualquer condição natural que integra o estado pessoal.¹²⁷ No mesmo sentido, Cunha Gonçalves defende que o estado civil¹²⁸ é “situação jurídica que deriva das leis e nem sempre corresponde ao estado natural”,¹²⁹ concluindo que “só o estado legal tem valor jurídico”.¹³⁰

A apropriação da noção de estado pessoal como fator de definição da capacidade de fato deve, então, observar a dimensão histórico-relativa dos conceitos jurídicos. Da mesma forma que descabe na sociedade contemporânea a concepção romanística resgatada pela pandectística, a definição moderna baseada nos estados naturais também se mostra insuficiente dada a sua excessiva amplitude. Diante disso, Castro y Bravo conceitua o estado civil como a qualidade jurídica da pessoa, conforme sua especial situação na sociedade, caracterizadora da capacidade de agir e do âmbito próprio de seu poder e responsabilidade.¹³¹

Na doutrina brasileira, Francisco Amaral afirma que o “[e]stado civil é a qualificação jurídica da pessoa resultante de sua posição na sociedade.”¹³² Rubens Limongi França, por sua vez, esforça-se em diferenciar a noção de estado da noção de capacidade, esclarecendo que, entre elas, existe uma relação de causa e efeito, e não uma relação de sinonímia, ou seja,

diretamente a posição jurídica do homem, encontramos outro estado, ao qual é dado o nome de *status naturalis*. Inclui todas as propriedades acima mencionadas e no topo, integrando-as aos estados anteriores.”

¹²⁷ “Todo estado de la persona, para que tenga significado en el Derecho positivo, ha de ser jurídico o civil; más aún, el ‘status’, en nuestro Derecho no está determinado en general sólo por una condición natural, sino que requiere, en ciertos casos, una especial valoración o conversión jurídica (el loco no cambia de estado jurídico hasta su incapacitación).” CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 66. v. 2. Tradução livre: Todos os estados da pessoa, para que tenham significado no Direito positivo, têm de ser jurídicos ou civis; mais ainda, o ‘status’, no nosso Direito, não está determinado no geral só por uma condição natural, de modo que requer, em certos casos, uma especial valoração ou conversão jurídica (o louco só muda de estado jurídico até sua incapacitação).

¹²⁸ Note-se que a utilização da expressão “estado civil” não significa apenas o estado familiar relativo à conjugalidade (solteiro, casado, divorciado, viúvo). O sentido é mais amplo, a compreender o estado individual, político e familiar.

¹²⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 238. v. 1. t. 1.

¹³⁰ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 238. v. 1. t. 1.

¹³¹ “[...] puede considerarse estado civil la calidad jurídica de la persona, por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica, y que como tal caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad.” (CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 70. v. 2.) Tradução livre: “[...] pode se considerar estado civil a qualidade jurídica da pessoa, por sua especial situação (e conseguinte condição de membro) na organização jurídica, e que como tal caracteriza sua capacidade de fato e o âmbito próprio de seu poder e responsabilidade.”

¹³² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 340.

o estado enquadra a pessoa em determinada posição na vida de relação, que, assim, pode ser considerada capaz ou incapaz na ordem jurídica.¹³³

Clóvis Beviláqua afirma que o “estado das pessoas é o seu modo particular de existir” e considera como “situação jurídica resultante de certas qualidades inerentes à pessoa”.¹³⁴ Em razão das diferenças com relação à sociedade romana, o autor afirma que não se tem mais estados superordenados, mas que ainda é possível distinguir-se o estado político, o estado de família e o estado físico.¹³⁵ Portanto, na concepção de Clóvis Beviláqua, segundo a qual os estados são limitados, embora não da mesma forma como no direito romano, a idade consiste em fator para a definição do estado físico ou individual, implicando a distinção entre maioridade e menoridade.¹³⁶

Nessa esteira, mostra-se relevante quanto à definição de estado, o alerta feito por Perlingieri sobre o risco de que o *status*, como qualidade da pessoa, independentemente da comunidade, perca a sua utilidade prática, dada a amplitude do alcance dessa noção, que, se vista de maneira irrestrita, englobaria a titularidade de qualquer situação adquirida pelo sujeito na sua vida de relação (credor, devedor, empresário, proprietário).¹³⁷

Assim, propõe-se que o resgate contemporâneo da noção de estado considere a dignidade humana, elevada a princípio reitor e critério de legalidade do ordenamento jurídico, conforme o artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988.¹³⁸ Nesse contexto, o conceito de estado pode contribuir para a consecução da igualdade material, a partir do reconhecimento de

¹³³ “Com efeito, a capacidade é um dos atributos da personalidade. Está estreitamente ligada à noção de estado, mas com êste também não se confunde. O estado compreende um conjunto de fatos ligados à pessoa, em virtude dos quais a mesma pessoa se enquadra ou deixa de enquadrar-se nas diversas esferas dentro das quais se desenvolvem as relações jurídicas. Êsse enquadramento determina maior ou menor capacidade, isto é, a maior ou menor possibilidade, em abstrato de exercer os diversos direitos. Por exemplo, o estado de alienado mental determina entre outras, a incapacidade da pessoa, para firmar, por si, um contrato de compra e venda. Assim, entre o estado e a capacidade há uma relação de causa e efeito.” (FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 131-132. v. 1.)

¹³⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7 ed. Atualização de Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 70.

¹³⁵ “Não temos atualmente essa organização de estados superordenados [como no direito romano], no direito privado moderno, porque todos os homens são livres, e porque a nacionalidade não tem mais a influência decisiva de outrora, sobre a aquisição e gozo dos direitos civis. Mas ainda se distinguem três ordens de estado: o *político*, o de *família* e o *físico*.” (BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7 ed. Atualização de Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 71.)

¹³⁶ “Quanto ao estado físico, há que se considerar a *idade* (maiores e menores), a *integridade mental* (sãos de espírito, alienados) e o *sexo*.” (BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7 ed. Atualização de Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 71.)

¹³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 705.

¹³⁸ Constituição Federal art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

fatores que afetam o exercício de direitos por determinadas pessoas naturais, justificando o tratamento legal diferenciado,¹³⁹ funcionalizando-o à promoção da dignidade humana.

Apesar de não parecer novidade alguma, uma vez que o regime de incapacidades já era visto pela doutrina tradicional como forma de proteção, a noção apresentada endossa a sistematicidade do ordenamento jurídico ao propiciar as conexões necessárias entre a condição de vulnerabilidade tutelável por diplomas específicos de proteção e as normas do direito civil. Em outras palavras, mesmo a concepção de proteção preexistente no código civil por meio da previsão legal das incapacidades deve ser dialogada com as demais normas protetivas dessa condição.

Especificamente quanto aos efeitos da idade na composição do complexo de direitos titularizados por uma pessoa natural, interessante indagação foi aposta por Cornu: assim como tem seus prazeres, seu espírito e seus costumes, cada idade não teria também seus próprios direitos?¹⁴⁰

Caso ilustrativo sobre a relevância jurídica da idade aconteceu na Holanda. Emile Ratelband, um homem de 69 anos iniciou uma batalha judicial para alterar a sua idade em seus documentos oficiais. A sua pretensão não reside em qualquer incerteza sobre a data de seu nascimento. Segundo Ratelband, os médicos afirmam que a idade biológica dele equivale à de uma pessoa de 45 anos e por isso o holandês requer a retificação de seu registro civil. Já aposentado, com a mudança de idade pretende voltar ao trabalho e obter mais sucesso em aplicativos de relacionamento.¹⁴¹

Ratelband, com isso, pretendia mudar o critério adotado pela lei para a definição da idade civil: em vez da idade cronológica, pugna pela idade biológica, que seria a idade com a qual ele se identifica.¹⁴² Mas, postergando a sua data de nascimento, o que fazer com as relações jurídicas entabuladas nesses vinte anos que ele quer apagar de sua idade civil?

¹³⁹ Posição semelhante é a de Pietro Perlingieri: “[a] igualdade substancial justifica estados diferenciados: do *status* como categoria abstrata e neutra chega-se a uma noção instrumental de *status*, como técnica apta a criar ou a explicar tratamentos desiguais, estatutos singulares (privilégios, dispensas e prerrogativas) e imunidades.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 706.

¹⁴⁰ No original: “Comme il a ses plaisirs, son esprit et ses mœurs, chaque âge n’aurait-il pas son droit?” CORNU, Gérard. L’âge civil. In: *L’art du droit en quête de sagesse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 45.

¹⁴¹ Dutch man, 69, who “identifies as 20 years younger” launches legal battle to change age. *The telegraph*, 7 nov. 2018. Disponível em: <<http://telegraph.co.uk/news/2018/11/07/dutch-man-69-identifies-20-years-younger-launches-legal-battle/>> Acesso em: 08 nov. 2018.

¹⁴² Por trás da discussão a respeito da idade, o caso revela o inconformismo do holandês com a possibilidade de mudança de gênero no registro de nascimento ao fundamentar a sua pretensão na analogia com os direitos da pessoa transgênero.

Não é à toa, portanto, que a lei utiliza o critério cronológico para a definição da idade civil. Servindo-se da lição de Echeverría, Aguirre afirma que a idade é o tempo que uma pessoa leva vivendo, desde o seu nascimento, até a data em que ela é computada, combinando as ideias elementares de vida e de duração.¹⁴³ O termo inicial da idade civil é fixo: conta-se do registro de nascimento com vida. Por isso, nos dizeres de Gérard Cornu, a idade nada mais é do que a “expressão numérica da vida”.¹⁴⁴

Considerando que os indivíduos nascem física e mentalmente débeis, a idade se reveste de especial importância, uma vez que ela revela também a atuação inexorável do tempo¹⁴⁵ sobre a pessoa. O pensamento, a vontade, a consciência do dever e a responsabilidade pelos próprios atos são, em regra, resultado de um desenvolvimento gradual. Os atos praticados por uma pessoa são dotados de validade e, conseqüentemente, eficácia jurídicas somente a partir de um certo grau mínimo de maturidade.¹⁴⁶ É a idade, portanto, que permite situar o indivíduo em um ponto da evolução humana natural,¹⁴⁷ iniciada com o nascimento e estendida durante o tempo da vida, acompanhando as nuances de cada estágio etário.

¹⁴³ AGUIRRE, Carlos Martínez de. La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. *Anuario de derecho civil*. Madrid, n. 4, 1992. p. 1416.

¹⁴⁴ No original: “*Expression numérique de la vie*”. A definição é de Gérard Cornu que, em trabalho sobre o tema, afirmou que a idade é uma unidade de medida biológica, um número de anos decorridos após o nascimento. (CORNU, Gérard. *L’âge civil*. In: *L’art du droit en quête de sagesse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 46.)

¹⁴⁵ Segundo Cunha Gonçalves: “Entre as causas físicas que influem no estado, nenhuma é tão geral e constante como a idade. Todo homem nasce física e mentalmente débil. A inteligência e a vontade fortalecem-se à medida do crescimento do respectivo organismo.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 252. v. 1. t. 1.)

¹⁴⁶ “El pensamiento, la voluntad, la conciencia del deber y de la responsabilidad de los propios actos son en el hombre el resultado de un desarrollo gradual. En consecuencia, el derecho sólo lo declara capaz de producir por su voluntad efectos jurídicos (capacidad de obrar), y en particular de formar voluntariamente las relaciones jurídicas mediante negocios jurídicos, o de responder de los actos ilícitos (responsabilidad, capacidad de imputación) cuando ha alcanzado un cierto grado de madurez.” (ENNECERUS, Ludwig. *Derecho Civil: Parte General*. Tradução de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935. p. 364. v. 2.)

¹⁴⁷ Parafrazeia-se a lição de Gérard Cornu: “La vie humaine étant ce qu’elle est un commencement, un développement, une fin, l’âge est primordialement un repère qui permet de situer l’homme dans sa course; l’une des coordonnées que la nature nous donne en inscrivant notre être dans la catégorie fondamentale du temps et notre vie dans une cycle.” (CORNU, Gérard. *L’âge civil*. In: *L’art du droit en quête de sagesse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 48.) Tradução livre: “Sendo a vida humana o que é, um começo, um desenvolvimento, um fim, a idade é primordialmente uma referência que permite situar o homem em sua raça; uma das coordenadas que a natureza nos dá inscrevendo nosso ser na categoria fundamental do tempo e nossa vida em um ciclo.” No mesmo sentido, menciona-se a lição de Stanzione: “Del resto, se il ciclo della vita se organizza in un inizio, in uno svolgimento e in una fine, è proprio l’età che consente di collocare l’uomo in un punto preciso di tale evoluzione, contribuendo inoltre all’esatta ricostruzione e valutazione di ogni evento prodotto dalla sua attività”. (STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino: Jovene, 1975. p. 262.) Tradução livre: Além disso, se o ciclo de vida se organiza em um começo, em um desenvolvimento e em um fim, é precisamente a idade que permite colocar o homem em um ponto preciso desta evolução, também contribuindo para a reconstrução e avaliação de cada evento produzido por sua atividade.

Enquanto critério cronológico, a idade se reveste de generalidade, pois toda e qualquer pessoa a tem; e também, de elevada abstração, dada a sua impessoalidade, tendo em vista que é o passar do tempo que define a idade, e não as condições específicas de cada indivíduo. Trata-se de critério quantitativo e não qualitativo. Não por outra razão Federico de Castro y Bravo afirmou que a idade, por si só, diz bem pouco sobre a verdadeira aptidão da pessoa¹⁴⁸ e talvez resida nisto o inconformismo do holandês: para ele, sua idade civil não revela as suas concretas características físicas e psicológicas.

Apesar da acentuada abstração, a lei categoriza os indivíduos segundo o critério etário em maiores e menores a partir de uma determinada idade, firmando presunções *propter aetem*¹⁴⁹ de maturidade e, conseqüentemente, autorizando ou denegando juridicidade às suas manifestações. Nessa visão tradicional, a idade se assume como um fator de discriminação entre as pessoas, dando lugar a direitos, obrigações, ônus e prerrogativas distintas conforme o estágio cronológico da vida do indivíduo.¹⁵⁰

A idade civil é, portanto, um fato jurídico,¹⁵¹ uma vez que mostra aptidão para a produção de efeitos jurídicos¹⁵² em diversos âmbitos do Direito. Assim é que somente pessoas

¹⁴⁸ “La edad, como medida de duración del vivir, es el lapso de tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta el momento que se considere de la vida de una persona. Es la condición jurídica más general, porque atañe a toda persona y, a la vez, la más impersonal y más abstracta, por esa su misma generalidad. Estos caracteres han hecho que la consideración de la edad haya sido distinta en las diversas épocas de la Historia. La edad, por si misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de una persona [...]” (CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 149.) Tradução livre: “A idade, como medida da duração da vida, é o período de tempo decorrido desde o nascimento até o momento em que se considera a vida de uma pessoa. É a condição jurídica mais geral, porque diz respeito a todas as pessoas e, ao mesmo tempo, às mais impessoais e abstratas, por essa mesma generalidade. Essas características fizeram com que a consideração da idade fosse diferente em diferentes períodos da história. A idade, por si só, diz muito pouco sobre a verdadeira aptidão de uma pessoa.”

¹⁴⁹ “Lorsque le législateur attache un effet de droit à un âge déterminé et parfois à une différence d’âge, il procède toujours par voie de présomption. Mais les présomptions légales *propter aetem* offrent un inégal intérêt.” Tradução livre: “Quando o legislador atribui efeito jurídico a uma certa idade e às vezes a uma diferença de idade, ele sempre procede por presunção. Mas as presunções legais *propter aetem* oferecem um interesse distinto.” (CORNU, Gérard. *L’âge civil*. In: *L’art du droit en quête de sagesse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 48)

¹⁵⁰ “L’età, in fatti, nella visione tradizionale, si atpeggia a fattore di discriminazione tra gli uomini, dando luogo a classi di soggetti caratterizzate da una notevole diversità di diritti, obblighi, oneri e prerogative.” (STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino: Jovene, 1975. p. 260.) Tradução livre: “A idade, de fato, na visão tradicional, age como um fator de discriminação entre os homens, dando origem a classes de sujeitos caracterizados por uma considerável diversidade de direitos, obrigações, ônus e prerrogativas”.

¹⁵¹ Sobre o fato jurídico, afirma Pontes de Miranda: “Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: Parte Geral. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. p. 148.) Luiz da Cunha Gonçalves, por sua vez, inclui a idade como fato jurídico necessário: “entram nesse grupo os factos pertencentes ao ciclo da vida – o nascimento, a idade, o sexo, a morte, etc. que determinam condições ou situações jurídicas (estado), e que só pelo simples facto de se realizarem dão

acima dos 35 anos podem assumir a presidência do país ou o governo de um estado, os ministros de estado necessariamente devem contar com mais de 21 anos¹⁵³ e somente as pessoas com mais de 25 anos podem se submeter à esterilização voluntária.¹⁵⁴ Esses casos refletem capacidades especiais exigidas pela lei para a prática de determinados atos, o que se tem denominado também de legitimação.¹⁵⁵

Portanto, ao se referir aos direitos de cada idade, a indagação de Cornu somente poderia ser afirmativa se levadas em consideração essas capacidades especiais, exigidas para determinados atos jurídicos. A resposta não seria a mesma se a referência for a capacidade de direito, pois toda pessoa, independentemente da idade ou do estado mental, detém essa modalidade de capacidade, simplesmente por serem pessoas naturais, dotadas de personalidade.

No âmbito do direito privado, a idade é adotada como critério de capacidade de fato. O ordenamento elege então uma idade específica a partir da qual se alcança a plena capacidade para a prática dos atos da vida civil. Ao proceder dessa forma, associa-se um dado objetivo, que é a idade, à aptidão que se crê necessária para realizar determinados atos jurídicos, portanto, a um dado subjetivo.¹⁵⁶

Nesse viés, a idade cronológica pode ser considerada um estado civil (individual ou pessoal), que determina automaticamente a capacidade ou incapacidade da pessoa, a partir da divisão entre maioridade e menoridade. Enquanto fator para a determinação da

lugar a relações de direito [...]” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 359. v. 1. t. 1.)

¹⁵² TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBD Civil)*. Belo Horizonte, v. 1, p. 8-37, jul-set. 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>> Acesso em 10 dez. 2018.

¹⁵³ Constituição Federal, art. 87.

¹⁵⁴ Art. 9º, da Lei de Planejamento Familiar (9.263/1997).

¹⁵⁵ “Da capacidade de fato distingue-se a legitimação para a prática de determinado ato. [...] Um único exemplo poderá esclarecer a distinção entre os dois conceitos: atinge-se a plena *capacidade de fato* aos 18 anos completos (CC2002, art. 5º) mas somente terá *legitimação* para eleger-se deputado federal aos 21 anos completos (CF, art.14, VI, c).” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I. p. 6.)

¹⁵⁶ “La edad es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico en tanto que la evolución de la vida humana entraña la aparición de cambios importantes en la persona que repercuten en su capacidad de obrar. La capacidad de entender y, por tanto, la de querer conscientemente, esencial para obrar, no es la misma evidentemente en la infancia que en la juventud o madurez. Por ello, la edad es tenida en cuenta por el Derecho porque asocia a este dato objetivo la posesión de la aptitud que cree exigible para realizar determinados actos y negocios.” (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 226.) Tradução livre: A idade é levada em conta pelo sistema jurídico na medida em que a evolução da vida humana envolve o aparecimento de mudanças importantes na pessoa que afetam sua capacidade de agir. A capacidade de compreender e, portanto, de querer conscientemente, essencial para agir, obviamente não é a mesma na infância, na juventude ou na maturidade. Por esta razão, a idade é levada em conta pela lei porque associa a esse dado objetivo a posse da aptidão que acredita ser necessária para realizar certos atos e negócios.

(in)capacidade, desde a edição do EPD, consiste no único critério possível para a incapacidade absoluta, pois somente os menores de dezesseis anos são assim considerados no ordenamento vigente.

Outros estados podem também repercutir sobre a capacidade do indivíduo, como é o caso da pessoa que não pode se exprimir, considerada pelo artigo 4º do Código Civil como relativamente incapaz, ou, da mesma forma, a prodigalidade.¹⁵⁷ Mas a idade legal como critério de capacidade de fato conserva a peculiaridade de independer de pronunciamento judicial para seu reconhecimento¹⁵⁸: da idade, enquanto não atingido o mínimo para a capacidade plena, decorre *ex vi legis* a incapacidade absoluta ou relativa por presunção legal *propter aetem*.¹⁵⁹

Portanto, a utilidade da fixação de uma idade legal para a maioridade civil se associa ao imperativo de segurança jurídica,¹⁶⁰ pois corrige a “impossibilidade de se examinar [a maturidade] em cada caso” e evitar “as incertezas de se confiar no arbítrio do juiz”.¹⁶¹⁻¹⁶²

¹⁵⁷ É relevante o alerta feito por Gabriel Schulman para que o estado de incapaz não implique a criação de uma categoria de pessoas de “segunda classe”: “Outra repercussão relevante a ser assinalada está na aproximação da incapacidade civil da noção de estado, vale realçar, extrapola sua função original e atribui, além da restrição aos atos da vida civil, uma etiqueta com forte impacto nas relações sociais, um *status*. [...] Uma leitura do regime das incapacidades em sua historicidade faz notar que os estigmas que circundam a incapacidade implicam que suas consequências interferem no acesso e na inclusão da pessoa curatelada (interditada).” (SCHULMAN, Gabriel. *A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas*. 2018. 368 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UERJ. Rio de Janeiro, 2018. p. 81.)

¹⁵⁸ “Incapacidade automática é a resultante de menoridade. Todas as outras são dependentes de decretação judicial”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.)

¹⁵⁹ Sobre a natureza dessa presunção, vide capítulo 3, *infra*.

¹⁶⁰ Sobre o direito espanhol, Díez-Picazo e Gullón afirmaram: “En el Código civil, en su redacción originaria éste es el sano criterio rector; no hay concesión de una capacidad de obrar en función de la aptitud de *cada* persona. Sin embargo, se está olvidando en las modernas leyes reformadoras del mismo, que se inclinan por una dependencia entre capacidad y amplitud *concreta* de la persona que se trate, prescindiendo del dato objetivo de la edad. Tal orientación parece peligrosa por arbitraria e insegura, pues deja la apreciación de la capacidad real, que se traducirá en el reconocimiento de la capacidad de obrar jurídica, a un juicio subjetivo.” (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 2000. p. 136. v. 1.) Tradução livre: “No Código Civil, em sua redação original, esse é o critério de orientação saudável; não há concessão de capacidade para agir de acordo com a aptidão de cada pessoa. No entanto, está sendo esquecido nas modernas leis de reforma do mesmo, que são inclinadas por uma dependência entre capacidade e amplitude específica da pessoa em questão, independentemente dos dados objetivos da idade. Tal orientação parece perigosa porque é arbitrária e insegura, porque deixa a apreciação da capacidade real, que resultará no reconhecimento da capacidade de agir legalmente, em um julgamento subjetivo.”

¹⁶¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. p. 356. v. 1.

¹⁶² No mesmo sentido: “El cambio de vivir social, al exigir reglas fijas que den seguridad al trafico y permitan decisiones rápidas, hace que en todas las civilizaciones se agregue, a una determinada edad, la presunción de que con ella se alcanzan unas determinadas condiciones psicopsíquicas, con lo que se da paso al fin, el requisito de una edad fijada sustituya totalmente el antiguo supuesto del desarrollo corporal o mental de la persona.” CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 150. v. 2. Tradução livre: A mudança da vida social, ao exigir regras fixas que dão segurança ao trânsito e permitem decisões rápidas, significa que em todas as civilizações, em certa idade, a presunção de que com ela se alcançam certas condições físicas e psíquicas. Por fim, a exigência de uma idade fixa substitui completamente a antiga suposição do desenvolvimento corporal ou mental da pessoa.

Evidencia-se com isso uma concepção abstrata e universalizante da incapacidade etária por meio da presunção de maturidade conforme a idade alcançada pelo indivíduo.¹⁶³

Ao se considerar os patamares etários fixados em lei como *status* apto a acarretar tratamentos jurídicos distintos conforme o grau de vulnerabilidade do indivíduo, justifica-se a presunção de incapacidade da pessoa em desenvolvimento, dada a ausência de maturidade para a manifestação de vontade jurígena.¹⁶⁴ Mas é indispensável notar que a idade que interessa para o regime de (in)capacidades civis é a juventude, e não a senilidade. Como bem observado por Cornu, a capacidade não se submete a um termo, a um tempo certo de validade. Ao contrário, a idade como critério de capacidade marca sempre o fim da incapacidade e nunca o começo, pois a idade avançada não retira, por si só, a força jurígena da manifestação de vontade da pessoa idosa.¹⁶⁵⁻¹⁶⁶

Outra observação importante é que a presunção da capacidade civil decorrente da idade baseia-se na superação da imaturidade intelectual a partir da maioridade civil, não se

¹⁶³ “Há uma idade em que se reputa como sendo aquela em que o corpo adquire a plenitude de seu desenvolvimento; e essa idade foi pelos legisladores adoptada como sendo a da capacidade legal, estabelecendo para todos a mesma bitola, para que tão importante questão não ficasse dependente das variadas condições individuais.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 252. v. 1. t. 1.)

¹⁶⁴ Eduardo Espínola explica que, apesar da variação em cada indivíduo, a fixação de uma idade legal atende à segurança jurídica ao evitar as incertezas de se deixar ao juiz o exame concreto do discernimento: “[é] verdade que esse desenvolvimento varia de indivíduo a indivíduo; mas na impossibilidade de se examinar em cada caso, e afim (sic) de evitar as incertezas de se confiar no arbitrio do juiz essa apreciação, o direito objetivo estabelece uma norma geral, baseada na observação da idade em que mais commummente as faculdades psychológicas chegam a um estado satisfactorio de madureza”. (ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. p. 356. v. 1.)

¹⁶⁵ Para Cornu, “[t]out le monde sait ainsi que le législateur des incapacités s'intéresse à la juvénilité, non à sénilité. Les limites d'âge que la loi établit pour frontières à la capacité sont, en réalité, les bornes d'une incapacité. Elles marquent toujours la fin, jamais le début d'une période d'incapacité. Limites inférieures et non supérieures d'âge, elles signalent des avènements, des promotions, non des déchéances, des éliminations.” (CORNU, Gérard. *L'âge civil*. In: *L'art du droit en quête de sagesse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 50.). Tradução livre: “todos sabem que o legislador das incapacidades está interessado na juventude, não na senilidade. Os limites de idade que a lei estabelece como fronteiras para a capacidade são, na realidade, os marcos de uma incapacidade. Eles sempre marcam o fim, nunca o começo de um período de incapacidade. Limites inferiores e não superiores de idade, eles sinalizam o advento, a promoção, não a degradação, a eliminação.”

¹⁶⁶ Nada obstante, a idade avançada pode repercutir também nos direitos da pessoa idosa. No Código Civil, a autonomia para a escolha do regime de bens do casamento à pessoa septuagenária é suprimida, fixando-se o regime de separação obrigatória como regra cogente (art. 1.641, II). O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), por outro lado, reconhece a vulnerabilidade da pessoa idosa, assim considerada aquela maior de 60 anos de idade, e estabelece direitos específicos decorrentes dessa condição. Interessante notar que nesse diploma, que também possui caráter protetivo, a idade qualifica a pessoa como idosa ao se alcançar os 60 anos, mas são estabelecidas algumas distinções, como a prioridade especial àqueles com 80 anos (art. 3º, §2º) e direitos específicos para maiores de 65 anos de idade, como a gratuidade de transporte público (art. 39) e o recebimento de benefício social (art.34). Contudo, o tratamento legal diferenciado não implica a redução da capacidade de fato.

utilizando o critério da puberdade, ou seja, da maturidade física para a procriação,¹⁶⁷ pertinente ao direito romano.¹⁶⁸

1.3 A condição evolutiva da criança e do adolescente

Em 1985, *A House of Lords* deparou com o caso da Senhora Gillick. Mãe de cinco filhas, todas com idade inferior a dezesseis anos, ela se insurgiu contra orientação emanada do Departamento de Saúde e Seguridade Social britânico que permitia a prescrição de métodos contraceptivos a meninas na faixa etária de suas filhas, ainda que sem o consentimento dos pais, fundada na confidencialidade da relação médico-paciente. Gillick alegava que a orientação violava os direitos dos pais sobre os filhos além de estimular a relação sexual precoce.

A decisão da *House of Lords* foi emblemática: rejeitou os argumentos da demandante e manteve a orientação do Departamento de Saúde, incumbindo ao médico verificar concretamente se o paciente com idade inferior aos dezesseis anos possui discernimento suficiente para compreender o tratamento ministrado. Em seu voto, Lord Scarman afirmou que o direito dos pais de determinar se o filho com menos de dezesseis anos terá um tratamento médico termina se e quando a criança atinge suficientes compreensão e inteligência para habilitá-la a entender integralmente o que lhe é proposto.¹⁶⁹

O *leading case* conduz à teoria do “menor maduro”,¹⁷⁰ que tem sido desenvolvida para fundamentar a possibilidade de escolhas relativas à saúde por pessoas que ainda não tenham

¹⁶⁷ “Nas legislações primitivas, em que predominava a animalidade, o critério da capacidade era o da maturidade sexual ou puberdade. Quem era capaz de procriar era também capaz de se administrar; e, assim, no primitivo direito romano, os homens atingiam a plena capacidade aos 14 anos e as mulheres aos 12. Com o andar dos tempos, porém, viram-se inconvenientes de se atribuir a capacidade a pessoas de tão tenra idade; e já na época imperial foi fixada para a capacidade a idade de 25 anos [...]” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 252. v. 1. t. 1.)

¹⁶⁸ “Quanto à idade, os romanos dividiam as pessoas físicas em *impúberes* e *púberes*. No direito clássico discutia-se quando ocorria puberdade, isto é, a capacidade de procriar, que, para os romanos, implicava, também, a plena capacidade intelectual.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014. p. 131-132.)

¹⁶⁹ No original: “[...] the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed.” (Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm> Acesso em: 18 dez. 2018.)

¹⁷⁰ O “menor maduro” é aquele capaz de compreender o alcance de uma atuação ou intervenção médica e, portanto, capaz de prestar o consentimento informado. (BLÁZQUEZ, Francisco Oliva. El menor maduro ante el derecho. *Revista EIDON*. Madrid, n. 41, jun/2014. <Disponível em: http://www.revistaeidon.es/public/journals/pdfs/2014/41_junio.pdf> Acesso em: 07 jan. 2019. p. 30.)

atingido a maioria civil, para que não fiquem à mercê de decisões heterônomas, sejam dos pais, do responsável ou do Estado.

Enquanto a idade conduz à qualificação da pessoa em capaz ou incapaz situando-a em uma categoria preexistente altamente abstrata, a maturidade concreta tem ganhado espaço como critério para definição da capacidade de fato da criança e do adolescente. Diante disso, a doutrina contrapõe a idade legal à idade real.¹⁷¹ A primeira, estabelecida pelo legislador como um limite juridicamente relevante, a partir de uma valoração abstrata, não está sujeita a variações por parte do intérprete. A segunda constitui elemento deliberadamente apreciável casuisticamente, deixando-se a sua fixação a cargo de quem deva defini-la em concreto.¹⁷²

Essa construção doutrinária tenciona aproximar a maturidade presumida da maturidade real, pois as pessoas se desenvolvem de formas e em tempos diferentes. Na impossibilidade de atender as especificidades de cada um, a lei prevê um gráfico homogêneo para a aquisição da capacidade, que se exprime em degraus. A pessoa é absolutamente incapaz até os dezesseis anos, quando então ela sobe ao próximo degrau, que é a incapacidade relativa, até que ela chegue ao último degrau, que é a plena capacidade. Mas o desenvolvimento pessoal não opera dessa forma. Em vez disso, um gráfico que melhor exprimiria a aquisição da maturidade real seria uma linha ascendente constante.¹⁷³

Por meio da idade presume-se então a concreta maturidade da criança e do adolescente – ou como diz a doutrina, a sua capacidade natural.¹⁷⁴ Embora necessário diante da impraticabilidade de definição casuística da maturidade, esse sistema revela a substituição de uma realidade qualitativa, que é o amadurecimento, por uma realidade quantitativa, que é o simples decorrer do tempo.¹⁷⁵

¹⁷¹ CORNU, Gérard. *L'âge civil*. In: *L'art du droit en quête de sagesse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. Passim.

¹⁷² MUNARI, Francesca Menegazzi. *L'abassamento dela maggiore età nelle più recenti riforme dei paesi membri del Consiglio d'Europa*. In: CRISTOFARO, Marcello de; BELVEDERE, Andrea (Coord.). *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 648.

¹⁷³ “Per capire meglio la differenza tra il concetto extra-giuridico di ‘maturità’ e quello, giuridicamente rilevante, di ‘capacità’ si potrebbero tracciare due grafici. Il primo rappresentato da una semplice linea ascendente, più o meno curva; il secondo, invece, da una scala. Infatti, mentre alla ‘maturità psicofisica’ si arriva con un’evoluzione di tipo lineare, per lo più continua e costante, alla ‘piena capacità d’agire’ si arriva per gradi, seguendo un percorso predeterminato e più o meno frazionato in tappe (o scalini).” (MUNARI, Francesca Menegazzi. *L'abassamento dela maggiore età nelle più recenti riforme dei paesi membri del Consiglio d'Europa*. In: CRISTOFARO, Marcello de; BELVEDERE, Andrea (Coord.). *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 647.)

¹⁷⁴ AGUIRRE, Carlos Martínez de. *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad*. *Anuario de derecho civil*. Madrid, n. 4, 1992. p. 1418.

¹⁷⁵ “Pero que presumir la capacidad natural a partir de la edad sea razonable, no debe hacernos olvidar el hecho que, por medio de este sistema, se sustituye (utilizando las acertadas palabras de Goubeaux) una realidad cualitativa (la efectiva adquisición de la capacidad natural) por otra meramente cuantitativa (el paso del tiempo, a

Diante disso, o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança (CSDC) garantiu às pessoas menores de 18 anos, o direito de ter sua opinião levada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, conforme a criança esteja capacitada a formular seus próprios juízos em razão da idade e da maturidade. Essa norma introduz a maturidade concreta na avaliação da capacidade para expressar opiniões, ao mesmo tempo em que não desconsidera a (i)maturidade presumida decorrente da idade.

A interpretação e alcance dessa disposição normativa pode parecer nebulosa dada a vagueza dos conceitos jurídicos por ela utilizados. Quando a criança pode ser considerada capacitada (e não necessariamente capaz) a formular seus próprios juízos?

Uma diretriz possível para a interpretação desse artigo é considerar que o ECA distingue crianças e adolescentes, conferindo maior grau de participação aos maiores de doze anos. Tanto assim que a colocação do adolescente em família substituta depende do expresso consentimento dele, colhido em audiência, enquanto a participação da criança é garantida por meio da oitiva por equipe profissional (artigo 28, ECA). Ou seja, a lei considera que o maior de doze anos tem maturidade suficiente para se manifestar – e, diga-se, decidir, uma vez que a colocação em família substituta e, especialmente a adoção (art. 45, ECA), dependem do consentimento expresso do adolescente – nos assuntos a eles concernentes.

A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças¹⁷⁶ (CEEDC) adota expressamente a orientação de buscar na lei interna os elementos para se interpretar os limites e alcance da suficiência de discernimento que autoriza a criança a participar das decisões que lhes afetam.¹⁷⁷ Nela são também esclarecidos os direitos titularizados pelas crianças com discernimento: a) receber toda a informação pertinente; b) ser consultado e expressar a sua

contar desde un momento determinado). En ese sentido, es claro que la edad no mide más que eso: el paso del tiempo en relación a la vida; y no como parece pretender Stanzione, el desarrollo físico y psíquico de esa misma persona, con respecto al que sólo puede servir como punto de referencia aproximativo, con base en *id quod plerumque accidit*, según he indicado.” (AGUIRRE, Carlos Martínez de. La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. *Anuario de derecho civil*. Madrid, n. 4, 1992. p. 1418.) Tradução livre: Mas, presumir que a capacidade natural da idade é razoável, não deve nos fazer esquecer o fato de que, por meio desse sistema, uma realidade qualitativa (a aquisição efetiva da capacidade natural) é substituída (usando as palavras corretas de Goubeaux) por outra meramente quantitativa (a passagem do tempo, contando a partir de um momento específico). Nesse sentido, fica claro que a idade não mede mais do que isso: a passagem do tempo em relação à vida; e não como Stanzione parece pretender, o desenvolvimento físico e psíquico dessa mesma pessoa, com respeito àquele que só pode servir como um ponto de referência aproximado, baseado no *id quod plerumque accidit*, como indicado.

¹⁷⁶ UNIÃO EUROPEIA. Convenção sobre o Exercício dos Direitos da Criança. Disponível em:

<<http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/ConvEurExercDirCri.pdf>> Acesso em: 09 jan. 2019.

¹⁷⁷ A doutrina argentina tem também defendido essas diretrizes para a interpretação do art. 12 da CSDC, da qual a Argentina é signatária. Nesse sentido: HUSSONMOREL, Rodolfo. La libre opinión del niño. In: WEINBERG, Inés M. *Convención sobre los derechos de los niños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 192.

opinião; c) ser informado das consequências do ato.¹⁷⁸ Embora essa Convenção não tenha força de norma interna no direito brasileiro, tratando de direitos fundamentais, as diretrizes trazidas por ela auxiliam a interpretação do artigo 12 da CSDC e do regime de incapacidade civil etária respeitando-se o valor central da dignidade humana.

Assim, a CSDC revela o direito fundamental da criança e do adolescente à livre expressão e opinião que é positivamente valorado e reconhecido no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal. Portanto, sua função é primordial na interpretação e consecução da tutela prioritária da infanto-adolescência.¹⁷⁹

Nessa linha, esclarece a doutrina que o conteúdo do direito à liberdade de opinião e expressão contido no artigo 12 da CSDC implica aos pais, à família e também à comunidade a incumbência de “prover as informações necessárias ao pleno conhecimento dos fatos, bem como educar as crianças para o pleno desenvolvimento de suas capacidades mentais.”¹⁸⁰

A incapacidade civil etária não passou ilesa a essas mudanças, tendo em vista a necessidade de conformação das normas infraconstitucionais com a orientação axiológica constitucional. A maturidade concreta passa a ter valor jurídico na tomada de decisão pelas crianças e adolescentes. Segundo Stanzione, a capacidade de discernimento não aparece como uma nova categoria dogmática, mas como uma valoração casuística da situação global do “menor” em relação a cada ato, a cada escolha existencial que ele deva fazer.¹⁸¹

¹⁷⁸ Convenção sobre o Exercício dos Direitos pela Criança, art. 3º: À criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: a) Obter todas as informações relevantes; b) Ser consultada e exprimir a sua opinião; c) Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão.

¹⁷⁹ As normas da CSDC possuem caráter materialmente fundamental e, portanto, constitucional, a despeito da tese da supralegalidade adotada pelo STF quanto aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004. No que tange aos direitos das crianças e dos adolescentes, constata-se que não há antinomias entre a norma constitucional e a CSDC, portanto, é viável a interpretação dialogada entre as fontes, sem com isso recorrer à estrutura hierárquica do ordenamento interno. Nesse sentido: “[...] é de se compreender que os direitos oriundos dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sendo *materialmente constitucionais* se somam e equiparam aos direitos fundamentais sediados formalmente na Constituição. Todos eles, no entanto, podem e devem, por força do disposto no art. 5º, §2º CRFB, serem considerados direitos *materialmente constitucionais*.” (FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. O caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (Coords.). *Separação de poderes: aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 294.)

¹⁸⁰ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 139.

¹⁸¹ No original: “È opportuno, invece, ribadire l'utilità del ricorso alla capacità de discernimento, non come nuova categoria dogmatica, ma come valutazione casistica della situazione globale del minore in relazione al singolo atto, alla singola scelta esistenziale che questi deve compiere.” (STANZIONE, Pasquale. *Scelte esistenziale e autonomia del minore*. In: AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale. *Diritto civile e situazione esistenziale*. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 216.) Tradução livre: As novas propostas que traçam

É importante consignar que o termo inicial da adolescência orienta e confirma a necessidade de participação dos maiores de doze anos, mas não afasta a necessidade de participação das crianças, que devem também ser ouvidas, mesmo que por intermédio de equipe multidisciplinar. Em todos os casos, deve-se observar o melhor interesse da criança e do adolescente como princípio reitor de qualquer decisão autônoma ou heterônoma que os atinja, sobretudo em aspectos existenciais. Nesse sentido foi aprovado o Enunciado 138 nas III Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “[a] vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do artigo 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”¹⁸²

Tem-se, portanto, uma redução do domínio da incapacidade etária, mesmo absoluta, não se podendo mais tomar pela literalidade do termo “incapacidade” a necessidade de intervenções heterônomas, por meio de assistente ou representante nos atos praticados pelos adolescentes. Se decerto o estopim para a remodelação da incapacidade civil etária foram os atos existenciais, também os atos patrimoniais sofrem o influxo do direito fundamental à participação.

Quando a gestão dos bens da criança ou do adolescente estiver incumbida a seus pais ou responsável, conforme consignou Thaís Sêco, a consideração sobre as questões patrimoniais dentro do paradigma do melhor interesse da criança e do adolescente, resolve-se, *a priori*, de forma relativamente simples, pois se verifica na preservação ou incremento patrimonial.¹⁸³ Mas nem sempre o juízo sobre o cumprimento do melhor interesse decorrerá tão facilmente.

Em recente julgamento, o STJ entendeu pelo dever dos pais de prestar contas sobre a administração dos bens dos filhos em usufruto legal, quando o pedido se fundar no exercício disfuncional da autoridade parental.¹⁸⁴ Embora o usufruto legal esteja previsto no artigo 1.689

classes fixas de idade, deduzindo o limite mínimo da disciplina do código civil ou das regras constitucionais, não parecem escapar às objeções formuladas na época. Ao contrário, é oportuno reiterar a utilidade do recurso à capacidade de discernimento, não como uma nova categoria dogmática, mas como uma avaliação casuística da situação geral do menor em relação ao ato único, à única escolha existencial que ele tem que fazer.”

¹⁸² A referida hipótese do artigo 3º, I do Código Civil era a incapacidade absoluta da pessoa menor de 16 anos, assim prevista na redação original do diploma legal, antes das modificações promovidas sobre o regime das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e que atualmente corresponde ao *caput* do mesmo artigo.

¹⁸³ SÊCO, Thaís. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez./2014. Disponível em: < <http://civilistica.com/por-uma-nova-hermeneutica-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 09 jan. 2019. p. 18-19.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.623.098/MG, da Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 13 mar. 2018.

do Código Civil e tenha por justificativa a solidariedade familiar, a administração pelos pais encontra limites na função de promover os interesses da criança e do adolescente.¹⁸⁵ Nesse sentido, o direito fundamental à participação coloca o adolescente como sujeito ativo do direito de ter conhecimento sobre a sua situação patrimonial, reforçando o seu interesse legítimo ao controle do exercício do *múnus* da autoridade parental.

Segundo Jean-Jacques Lemouland, o critério do discernimento permite modular a incapacidade civil da criança e do adolescente também no domínio dos atos patrimoniais conforme a natureza e gravidade do ato.¹⁸⁶ Desse modo, estar-se-ia reforçando a legitimidade para a prática, pelos incapazes etários, de atos correntes da vida civil, necessários à inserção da criança e do adolescente nas interações sociais,¹⁸⁷ o que sempre se revelou um desafio para a doutrina civil tradicional.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹

¹⁸⁵ “Contudo, se o poder de usufruir e administrar os bens dos filhos menores não é absoluto, quais seriam seus limites e qual o meio adequado de fiscalização? Os limites são externos e internos. O limite externo é exceção a privar o titular do exercício da situação subjetiva. No caso do usufruto e administração dos bens dos filhos menores, por exemplo, constituem limites externos a exclusão de todos os bens previstos no art. 1.693 do Código Civil: os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão. O limite interno corresponde ao exercício da situação subjetiva em conformidade com o interesse a que visa tutelar o ordenamento jurídico. Em outras palavras, os limites internos se relacionam ao exercício segundo a finalidade ou função daquela situação subjetiva. Nesse sentido, o Ministro Bellize afirma que “esse *múnus* deve ser exercido sempre visando atender ao princípio do melhor interesse do menor”. Com efeito, os poderes-deveres intrínsecos ao poder familiar são funcionalizados e, assim, somente alçam tutela, se exercidos no melhor interesse da criança. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Ação de exigir contas pelo exercício do usufruto legal e administração dos bens dos filhos: análise da decisão proferida pelo STJ no RESP 1.623.098/MG. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCIVIL)*. Belo Horizonte, v. 17, p. 155-167, jul/set. 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/276>> Acesso em: 05 jan. 2019.

¹⁸⁶ “Enfin, et comme pour les actes personnels, la nature et la gravité de l’acte ont une influence sur le degré d’autonomie. Les actes usuels ou les actes conservatoires sont des actes que le mineurs peut faire seul.” (LEMOULAND, Jean-Jacques. L’assistance du mineur, une voie possible entre l’autonomie et la représentation. *Revue trimestrielle de droit civil*. n. 1, a. 96, jan-mars/1997, p. 8.) Tradução livre: Enfim, e como para os atos pessoais, a natureza e a gravidade do ato [patrimonial] têm uma influência sobre o grau de autonomia. Os atos usuais ou os atos de conservação são os atos que os menores podem exercer sozinhos.

¹⁸⁷ De acordo com o direito português, Ascensão afirma que “[d]epende só da capacidade natural a prática de atos da vida corrente que apenas impliquem despesas, ou disposição de bens de pequena importância (art. 127/1 b). É uma exceção muito significativa. Ninguém estranha que o menor pague o bilhete de autocarro a caminho da escola. Ou vá comprar ovos a mando da mãe. Só é relevante que naturalmente entenda o que faz.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147.)

¹⁸⁸ Sobre isso, cf. LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio do comportamento social típico. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 56-64, jan-jun/2006; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. e TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)*. Belo Horizonte, v. 1, p. 8-37, jul-set. 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>> Acesso em: 10 dez. 2018.

¹⁸⁹ Mais recentemente, ao propor uma análise funcional das invalidades negociais, Eduardo Nunes de Souza concluiu: “A solução prevista legislativamente para a regulação dos efeitos negociais deve ter sua adequação posta à prova à luz do caso concreto, incumbido ao julgador investigar se a disciplina legal pode conduzir a resultados contrários à axiologia do ordenamento diante de valores e interesses que estejam em jogo no ato

Portanto, impõe-se reconhecer que a condição evolutiva da criança e do adolescente além de atrair a aplicação de diversas normas protetivas reduz gradativamente a interferência de terceiros, assistentes ou representantes, em assuntos a elas relacionados e conduz à capacitação progressiva para a prática dos atos da vida civil, existenciais ou patrimoniais.

Corroborar esse entendimento o artigo 5º da Convenção sobre os Direitos da Criança ao reconhecer a evolução da capacidade de exercício da criança quanto aos direitos nela reconhecidos:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. (grifou-se)

Diante disso, tornou-se imperioso superar a rígida separação entre capacidade e incapacidade no que tange ao regime jurídico da menoridade,¹⁹⁰ a qual, enquanto fator cronológico para a definição da incapacidade, constitui um *status* com caráter instrumental à realização da dignidade humana. A incapacidade comporta então modulações, conforme a natureza e gravidade dos atos praticados, de modo que o regime de incapacidades etárias ganha, com a dogmática civil constitucional, novos contornos, assim como ressalta a função parental de orientar o exercício da capacidade progressiva da criança e do adolescente.

analisado. Se for esse o caso, não se estará diante de uma quebra sistemática, pois a aplicação da integralidade da ordem jurídica ao caso concreto autoriza o intérprete a modular de forma diferenciada as consequências do reconhecimento da nulidade ou da anulação do negócio, inclusive ao ponto de considerar certo ato em concreto funcionalmente válido, a despeito de conter uma causa de invalidade, por força do equilíbrio dos interesses tangenciados.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 386.)

¹⁹⁰ “É necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre minoridade e maioridade, entre incapacidade e capacidade. A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer, são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 260.)

2 A EMANCIPAÇÃO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Perfil estrutural da emancipação

Ao tratar a emancipação civil, a doutrina remete ao fenômeno jurídico previsto no artigo 5º, parágrafo único do Código Civil, cujo teor enuncia que “cessará, para os menores a incapacidade” se verificado algum dos suportes fáticos descritos nos incisos: I) concessão dos pais, ou do juiz, em caso de tutela, II) casamento, III) exercício de emprego público efetivo, IV) colação de grau em ensino superior, ou, por fim, V) estabelecimento civil ou comercial, ou relação de emprego que forneça ao menor economia própria. Por consequência, a emancipação é definida pela doutrina majoritária, seguindo o conceito de Clóvis Beviláqua,¹⁹¹ como a aquisição da plena capacidade civil antes da idade legal.¹⁹² Essas hipóteses são, a princípio, taxativas e, portanto, não podem ser ampliadas por interpretação ou analogia.¹⁹³

O direito romano conheceu a *emancipatio*. Naquela sociedade, os indivíduos eram divididos, segundo o *status* familiar, em pessoas *sui juris* e pessoas *alieni juris*.¹⁹⁴ O *pater*

¹⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: RED Livros, 2001. p. 156.

¹⁹² Seguem essa definição: “Antes da maioridade o agente poderá adquirir plena capacidade pela emancipação.” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 1. p. 150.); “Clóvis define emancipação como a aquisição da capacidade civil antes da idade legal. Consiste, desse modo, na antecipação da capacidade civil de fato ou de exercício (aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil). (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 134.). “Ocorre que é possível a antecipação da capacidade plena, em virtude da autorização dos representantes legais do menor ou do juiz, ou pela superveniência de fato a que a lei atribui força para tanto.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.) “A emancipação, a que se refere o art. 5º, parágrafo único, n. I e que consiste na aquisição da capacidade civil antes da idade legal, extingue o pátrio poder ou poder familiar (1.635, n. II), fazendo cessar igualmente a condição de pupilo na tutela (art. 1.763, n. I).” (MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: parte geral*. 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 92). “Em suma-síntese: a emancipação representa a aquisição da capacidade civil antes da idade legalmente prevista.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosendal. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 368)

¹⁹³ CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 386. v. 1. t. 1.

¹⁹⁴ “Las personas consideradas en la familia se dividen en dos clases, según que sean *alieni juris* o *sui juris*. Se llaman *alieni juris* las personas sometidas a la autoridad de outro. Por tanto, en el derecho clásico, hay quatro poderes (Gayo, I §49): 1. – La autoridad del señor sobre el esclavo. 2. – La *patria potestas*, autoridad paternal. 3. – La *manus*, autoridad del marido, y a veces de un tercero sobre la mujer casada. – 4. El *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre. [...] Las personas libres de toda autoridad, dependiendo de ellas mismas, se llaman *sui juris*. El hombre *sui juris* es llamado *paterfamilias* o jefe de familia. Este titulo implica el derecho de tener um patrimonio, y de ejercer, sobre otro, las cuatro clases de poderes. El ciudadano *sui juris* los disfruta, sea cual fuera su edad, y aunque no tenda de hecho persona alguna sobre su autoridad.” (PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de José Ferrandéz González. Madrid:

familias era o titular do pátrio poder – ou *patria potestas*, assim considerado pessoa *sui juris*, ou seja, não submetida ao poder de outra. Os demais membros da família, incluídos, portanto, os *filius familias*, eram pessoas *alieni juris*, pois estavam sob o jugo do *pater familias*. Essa relação era vitalícia:¹⁹⁵ em regra, a *patria potestas*, que se exercia sempre em favor dos interesses do *pater familias*,¹⁹⁶ extinguiu-se somente com a morte do seu titular. Porque exigência dessa sociedade, a emancipação surgiu como um expediente excepcional apto a liberar o *filius familias* do poder do *pater familias* antes da morte deste.¹⁹⁷

Saturnino Calleja, 1900. p. 95.) Tradução livre: “As pessoas consideradas na família se dividem em duas classes, segundo sejam *alieni juris* o *sui juris*. Chamam-se *alieni juris* as pessoas submetidas a autoridade parental de outro. Portanto, no direito clássico, existem quatro poderes: 1. – a autoridade do senhor sobre o escravo, 2. – A *patria potestas*, autoridade paternal; 3. A *manus*, autoridade do marido, e às vezes, de um terceiro sobre a mulher casada; 4. – O *mancipium*, autoridade especial de um homem livre sobre uma pessoa livre. [...] As pessoas livres de toda autoridade, dependendo de elas mesmas, se chamam *alieni juris*. O homem *sui juris* é chamado *pater familias* ou chefe de família. Este título implica o direito de ter um patrimônio, e de exercer, sobre outro, as quatro classes de poderes. O cidadão *sui juris* deles desfruta, seja qual for a sua idade, e ainda que não tenha de fato nenhuma pessoa sobre sua autoridade.

¹⁹⁵ “O pátrio poder, ao contrário do que ocorria na Grécia e sucede nos tempos modernos, era, por via de regra, *potestas* vitalícia do *pater familias*. Assim, qualquer que fosse a idade dos *filius familias*, estavam eles sujeitos ao *pater familias*: o direito romano não conheceu o instituto da maioridade.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014. p. 630)

¹⁹⁶ “El carácter principal de esta autoridad es que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia. De este principio derivan las consecuencias siguientes: a) No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos; ni por la edad ni por el matrimonio se les puede libertar; b) Sólo pertenece ao jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le está sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno; c) Y, por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal.” (PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de José Ferrandéz González. Madrid: Saturnino Calleja, 1900. p. 101.) Tradução livre: “A principal característica dessa autoridade é que ela tem menos para proteger o filho do que o interesse do chefe da família. Desse princípio derivam as seguintes consequências: a) Não se modifica à medida que se desenvolvem as faculdades daqueles que estão submetidas a ela: nem pela idade nem pelo casamento eles podem ser libertados; b) Só pertence ao chefe de família, embora nem sempre seja o pai quem a exerce; enquanto ele está sujeito, sua autoridade é apagada diante da do avô paterno; c) E, finalmente, a mãe nunca pode ter autoridade parental.”

¹⁹⁷ A emancipação é criação do direito romano a partir da interpretação da Lei das XII Tábuas. Uma breve remissão histórica pode ser feita a partir da lição de Moreira Alves: “Anteriormente à Lei das XII Tábuas, não se admitia a emancipação, ela só foi possível [...] graças a expediente imaginado pelos juristas romanos com base na interpretação do princípio constante na Lei das XII Tábuas, de que, se o pai vendesse o filho três vezes, por ocasião da terceira venda, o filho ficaria livre do pátrio poder. Esse dispositivo, que se destinava a diminuir os poderes absolutos do *pater familias*, foi utilizado pelos juriconsultos romanos para possibilitar ao pai a emancipação do filho, por três *mancipationes* (vendas solenes) fictícias [...]. Quanto às filhas, netos, netas, bisnetos e bisnetas – já que a Lei das XII Tábuas exigia três vendas solenes somente para o *filius* (filho) -, bastava para a emancipação, uma só *mancipatio*. Assim, realizadas três vendas (ou, se fosse o caso, apenas uma), o *filius familias* ficava livre do pátrio poder, mas se tornava pessoa *in mancipio* [...] do adquirente. Podia, então, ocorrer uma de duas situações: ou o adquirente por meio da *manussio vindicta* [...] libertava o filho emancipado, tornando-se, em consequência, seu patrono (até com os direitos sucessórios daí decorrentes); ou remancipava (o revendia solenemente) ao seu antigo *pater familias*, que, recebendo o filho emancipado como pessoa *in mancipio*, o *manumittit vindicta*, passando assim a ser patrono dele. Esse formalismo somente foi posto de lado pelo imperador Anastácio, ao estabelecer, em 502 d. C., que a pedido do *pater familias* e com o consentimento do *filius familias* (ou *filia familias*), podia emancipar-se este, embora não presente, por rescrito do príncipe, o qual se depositava nos arquivos públicos, a essa emancipação denomina-se *emancipação anastasiana*. Ainda no direito pós-clássico, na parte oriental do Império Romano, se realizava, segundo parece, a emancipação mediante simples declaração escrito do pai diante do magistrado competente: é o que, em grego, se chama *apoceryxis* (*abdicatio*, em latim). No tempo de Justiniano, a antiga forma de emancipar foi abolida, mas, além da *emancipação anastasiana*, que subsiste, permitiu-se que o *pater familias* emancipasse o *filius familias* (ou a *filia*

Essa breve remissão histórica não pode, contudo, conduzir a uma equivocada conclusão de que é do direito romano que emana o conceito da emancipação civil concebido pela doutrina jurídica contemporânea. O primeiro motivo reside na não correspondência entre o fenômeno romano e a descrição do artigo 5º, parágrafo único do Código Civil. A emancipação romana tinha por efeito a mudança do *status familiae*, sem com isso afetar a capacidade do emancipado, que poderia inclusive ser colocado sob tutela ou curatela. Ao contrário disso, o cerne da emancipação civil construída pela doutrina jurídica brasileira é a aquisição da capacidade plena, antes da maioridade.

A emancipação no direito civil brasileiro mais se aproxima de outro instituto do direito romano: a *venia aetatis*, comumente identificada como suplementação de idade,¹⁹⁸ essa sim a afetar o estado individual da pessoa. Na *venia aetatis* romana, possibilitava-se às pessoas *sui juris* que tivessem cumprido vinte anos, no caso dos homens, ou dezoito anos, no caso das mulheres, e que fossem comprovadamente de “bons costumes”, a administração de seu próprio patrimônio, sem interferência de terceiros, curadores ou tutores.¹⁹⁹ Em crítica contundente, Pontes de Miranda chegou a lamentar a utilização do termo “emancipação” pela doutrina e pela lei brasileiras:

Alguns juristas se enganaram na caracterização dos dois institutos: a emancipação, ato divestitivo do titular do pátrio poder, que permite continuar a pessoa sob a tutela de outrem, e a *venia aetatis*. Essa não é instituto de direito de família; mas de Parte Geral do direito civil, originariamente de direito público, como privilégio, por serviço militar, ou outro mérito. Faz pena comparar a precisão dos velhos escritores de outrora, que tanto discutiam essas coisas, e os de hoje, pouco atentos à lição anciã e à terminologia dos povos de alta cultura.²⁰⁰

familia), com o consentimento deste, mediante declaração do magistrado competente, devidamente registrada nos arquivos públicos. Note-se, ainda, que nas duas formas de emancipar existentes no direito justinianeu, o *pater familias*, embora não mais seja patrono do emancipado (pois não há mais *mancipationes*, nem manumissão), conserva o direito de ser seu tutor, e de lhe herdar os bens; por outro lado – e, ao contrário do que ocorria anteriormente, quando o emancipado saía de sua família de origem, perdendo todos os seus direitos nela, inclusive o sucessório -, no direito justinianeu, a emancipação apenas liberta o *filius familias* da *pátria potestas*, não acarretando para o emancipado a perda dos seus direitos sucessórios com relação ao antigo *pater familias*, ou aos outros membros da família de origem, razão por que, em certos casos, o *pater familias* pode ser obrigado a emancipar o filho, no interesse deste.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014. p. 632)

¹⁹⁸ Para Carvalho Santos: “o instituto que Clóvis Beviláqua adotou foi a declaração da maioridade, a *venia aetatis* dos romanos, tal como se dá no Código Civil alemão, e não a *emancipatio*, que é a voluntária destituição ou renúncia do pátrio poder.” (SANTOS, J.M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. XX. p. 11)

¹⁹⁹ “Muy distinto significado y alcance tiene la ‘*venia aetatis*’, institución jurídica que sólo modernamente se relaciona con la emancipación. Es la posibilidad concedida a los ‘*sui juris*’ que hayan cumplido los veinte años (hombres) o dieciocho (mujeres) y sean probadamente de buenas costumbres para obtener el beneficio de la administración de su patrimonio, sin otra restricción que la de necesitar un decreto especial autorizándolos para enajenar o hipotecar predios o cosas inmuebles.” (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. v. 2. p. 205)

²⁰⁰ MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 305. v. III, t. II.

O jurista resgatou a lição do direito romano para concluir que a cessação da incapacidade civil antes da idade legal não poderia ser tecnicamente denominada de emancipação.²⁰¹ O Código Civil,²⁰² reforça-se, não emprega essa terminologia na descrição do instituto previsto no artigo 5º, parágrafo único, o que é resultado da atribuição da doutrina, mas com base em diversas outras referências esparsas que a lei civil faz à “emancipação” e aos “emancipados”.²⁰³ Some-se a isso que, desde o Código de Processo Civil de 1939 até o diploma vigente, a lei processual serve-se do termo “emancipação” para dispor sobre o procedimento judicial para a aquisição antecipada da capacidade plena.²⁰⁴

Apesar da crítica de Pontes de Miranda, a emancipação contemporânea, além de investir o adolescente em plena capacidade civil, alterando o seu *status* individual, é também causa de extinção do poder familiar (*rectius* autoridade parental), conforme dispõe o artigo 1.635, II do Código Civil²⁰⁵ e, por isso, afeta também o *status* do emancipado dentro da família. Por essa razão se poderia concluir que a emancipação dos dias atuais resulta de uma fusão dos institutos romanos da *emancipatio* e da *venia aetatis*,²⁰⁶ pois de uma só vez altera o estado familiar e o estado individual do emancipado. Além disso, não se restringe apenas ao ato concessivo dos titulares da autoridade parental,²⁰⁷ como era entendida a *emancipatio*, podendo ocorrer por outros meios, como por sentença judicial ou até mesmo por fatos jurídicos considerados incompatíveis com a incapacidade.

²⁰¹ Trigo de Loureiro explica, com base no direito pré-codificado, as diferenças entre os institutos: “[v]ulgarmente confunde-se a *emancipação* com o *supprimento de idade*: são porém cousas essencialmente distintas; porquanto regularmente não se concede o supprimento de idade ao filho, que está sob o poder de seu pai; e somente se costuma conceder, assim por direito patrio, como romano, ao órfão de pai chegado á (*sic*) idade de vinte annos, se é varão, e de dezoito (*sic*), se é femea; [...] Além disso, o supprimento de idade não confere ao impetrante tão amplo poder, quanto a emancipação, como diremos no §209 e se póde ver no §2 da citada Ord.” (LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. 2. ed. Recife: Tipografia Universal, 1857. p. 59-60.)

²⁰² O Código Civil de 1916, assim como o Código Civil de 2002, também não empregava o termo “emancipação” para descrever a aquisição da capacidade plena antes da idade legal.

²⁰³ Veja-se, por exemplo, os arts. 9º, II, 666, 976, 1.614, 1.635, II, 1.690, 1.754, IV, 1.758, 1.763 do Código Civil.

²⁰⁴ No Código de Processo Civil de 1939: arts. 621 a 624; no Código de Processo Civil de 1973: art. 1.112, I e, por fim, no Código de Processo Civil de 2015, no art. 725, I.

²⁰⁵ Código Civil, art. 1.635: Extingue-se o poder familiar: [...] II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único. [...]

²⁰⁶ SANTOS, J.M. de Carvalho. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. XX. p. 10.

²⁰⁷ Alguns juristas, apegados ao conceito de emancipação derivado da outorga dos pais, semelhante ao direito romano (no qual a *emancipatio* era ato privativa do *pater familias*), identificam-na apenas no inciso I do art. 5º, parágrafo único do Código Civil. Tanto assim que Paulo Lôbo trata das outras hipóteses de cessação da incapacidade civil do adolescente em apartado ao que ele denomina de emancipação. Cf. LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 128-131). Da mesma forma: LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: teoria geral do direito civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264-267.

Mas outro motivo talvez mais relevante para se estreimar ambos os institutos romanos (*venia aetatis* e *emancipatio*) da emancipação contemporânea reside na historicidade dos conceitos: “por detrás da continuidade das palavras, se verificaram rupturas decisivas de conteúdo”²⁰⁸ que evidenciam a sua descontinuidade substancial.²⁰⁹ Esse afastamento de sentido de um mesmo instituto jurídico situado em conjunturas histórico-sociais distintas não pode conduzir à deslegitimação do que é novo, como se houvesse uma vinculação irrenunciável ao direito antecedente. As categorias jurídicas se constroem e interagem com as contingências sociais de dada sociedade.²¹⁰

Por isso, mais do que tentar identificar na experiência histórica a noção conceitual do instituto, faz-se necessário construí-lo de acordo com as peculiaridades e demandas sociais contemporâneas,²¹¹ assim como em respeito à unidade do ordenamento, conformado com a legalidade constitucional.²¹² Segue-se, portanto, uma releitura crítica do instituto da emancipação civil.

2.2 Emancipação expressa ou voluntária

²⁰⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 126.

²⁰⁹ Cabível a crítica de Carlos Nelson Konder: “A deturpação da tradição romanista é uma das grandes causas dessa perversão da abordagem histórica. Enquanto os verdadeiros romanistas estudavam os institutos do direito romano inseridos naquela complexa comunidade que os originou, esforçando-se para resgatar e compreender sua lógica naquele contexto específico, como genuínos comparatistas, muitos civilistas descuraram desse esforço e, ao estudar institutos atuais, limitam-se a atribuir-lhe alguma raiz histórica no direito romano, sem levar em conta a drástica distinção entre as duas sociedades.” (KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de, RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. [Direito UERJ]. p. 34.)

²¹⁰ “É fundamental construir a dogmática sem recair no dogmatismo e isto implica reconhecer as diversas rupturas que ocorrem na função de um instituto jurídico durante a sua utilização na história. Afinal, se um mesmo instituto foi capaz de estar presente em sociedades tão díspares como a Roma clássica, a França revolucionária e o Brasil do século XX, é inevitável que não desempenhasse a mesma função em cada um desses contextos. Até mesmo porque, como observado, o significado funcional do instituto somente se constrói na interação com os demais elementos do sistema jurídico e, principalmente, com os elementos extrajurídicos pertinentes à experiência social como um todo.” (KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de, RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. [Direito UERJ]. p. 43-44.)

²¹¹ “É a confirmação da historicidade da lógica jurídica, q ainda mais da sua função prática, isto é, de um instrumentário de conceitos e serviço do jurista e da sociedade na observância dos interesses e dos valores juridicamente relevantes.” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 91.)

²¹² “O princípio da legalidade, na presença de uma constituição rígida, só pode ser constitucional. Isto não somente pelo respeito à hierarquia das fontes do ordenamento unitariamente considerado, sem divisões e setores variáveis independentes em uma lógica especialista e atomista criticável, mas também porque é justamente a Constituição a legitimar a própria praxe, a interpretação dos ‘atos que têm força de lei’ e as eventuais iniciativas e peculiaridades do setor. Sua diversidade encontra justificativa somente enquanto responder a interesses e valores constitucionalmente diversificados em termos de favor ou de desfavor e tendentes assim a realizar, tanto formal quanto substancialmente, o princípio da igualdade.” (PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.)

A emancipação expressa decorre de atos inequívocos praticados com a finalidade específica de atribuir a capacidade plena do emancipando maior de dezesseis anos. São os casos previstos no inciso I do artigo 5º, parágrafo único do Código Civil: a concessão dos pais e a decisão judicial. Essas hipóteses são também denominadas de “voluntárias” porque, nos dizeres de Serpa Lopes, “[n]a emancipação voluntária, trata-se de um ato de vontade decorrente da pessoa que se encontra por lei investida na qualidade necessária para concedê-la.”²¹³

O art. 90 da Lei de Registros Públicos determina que a emancipação seja registrada mediante transladação da sentença ou do instrumento, se judicial ou extrajudicial, respectivamente. Em qualquer dos casos dispensa-se a presença de testemunhas, mas impõe-se a assinatura do apresentante.

Serpa Lopes, assevera de forma bastante categórica que o apresentante “[c]laro que deve ser o próprio emancipado, ou o que o houver emancipado”.²¹⁴ Em sentido diverso, Carvalho Santos defende que apresentante é somente o próprio emancipado. A opinião restrita desse autor se justifica na posição por ele adotada de que a emancipação voluntária depende do consentimento do adolescente, de modo que a apresentação seria então o meio para o emancipado manifestar-se favoravelmente ao ato.²¹⁵

Essa divergência doutrinária serve para evidenciar quão problemática é a ausência de previsão expressa de participação do emancipando no ato emancipatório, tema que será desenvolvido no capítulo 3 adiante. Por ora, basta mencionar que, conquanto a posição defendida por Carvalho Santos revele uma louvável preocupação com o então considerado

²¹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*: em comentário ao decreto nº. 4.857, de 9 de novembro de 1939 com as alterações introduzidas pelo Decreto nº. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro. 6 ed. rev. e atual. por José Serpa de Santa Maria. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995. p. 342. v. I.

²¹⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*: em comentário ao decreto nº. 4.857, de 9 de novembro de 1939 com as alterações introduzidas pelo Decreto nº. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro. 6 ed. rev. e atual. por José Serpa de Santa Maria. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995. p. 347. v. I.

²¹⁵ “O consentimento do menor é apenas implícito. A emancipação, é do Código (art. 36), deve ser registrada. Antes do registro, dispõe o art. 102, parágrafo único do dec. n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, a emancipação, em qualquer caso, não produzirá efeitos. A apresentação da escritura ao registro deve ser feita pelo emancipado, pois o referido decreto exige que o apresentante assine o registro (art. 101). Logo, é a conclusão natural a que se chega, a emancipação só produzirá efeito, ou melhor – a concessão do pai só valerá como emancipação se o menor concordar com ela, pois, de outra forma, não a levará a registro e nenhum efeito jurídico produzirá. Poder-se-á objetar que o pai pode ser o apresentante e neste caso a emancipação será registrada e produzirá os devidos efeitos jurídicos, sem a audiência do menor. A objeção, porém, não procede. Apresentante ou declarante – são assim designados, na doutrina e na lei, as próprias partes, a quem interessa pessoalmente o ato, como também se verifica o teor do art. 47 do dec. n. 18.542. É o conceito universalmente aceito.” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*: introdução e parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 300. v. 1.)

“menor”, deduzir o consentimento da apresentação do ato ao ofício civil pode não ser suficiente para garantir o direito fundamental à participação, conforme determinado pela CSDC, diante das profundas implicações patrimoniais e existenciais oriundas da emancipação. Sendo assim, se o consentimento for colhido no próprio ato emancipatório, desnecessário restringir a apresentação ao emancipando, até porque os pais sofrem também os efeitos da emancipação pela extinção da autoridade parental e poderiam, assim, ser considerados interessados para esse efeito específico perante o registro civil.

Ademais, segundo o Código Civil, é condição da emancipação expressa ou voluntária o alcance da idade mínima de dezesseis anos pelo emancipando, portanto, somente os adolescentes relativamente incapazes podem ser alçados à condição de plenamente capazes por essa via.

A emancipação por concessão dos pais é inerente à autoridade parental e dela decorre.²¹⁶ Nessa hipótese, verifica-se que “os titulares do poder familiar reconhecendo ter seu filho a maturidade necessária para reger sua pessoa e seus bens, o proclamam plenamente capaz”,²¹⁷ por meio de ato jurídico em sentido estrito irrevogável.²¹⁸

O Código Civil de 2002 preceituou expressamente no texto do art. 5º, parágrafo único, inciso I a necessidade de instrumento público, diferentemente do Código Civil de 1916.²¹⁹ Não se exige, portanto, a homologação judicial, mas como ato solene, a sua validade depende de escritura pública, elaborada perante o serviço notarial. O posterior registro do ato em livro especial do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais²²⁰ é fator condicionante de eficácia²²¹ da emancipação, a fim de que passe a produzir efeitos perante terceiros.²²²

²¹⁶ Segundo Vicente Ráo, “a faculdade de emancipar é inerente ao exercício do pátrio poder e dêle decorre.” (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2. p. 216.)

²¹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

²¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 246. v. 1.

²¹⁹ Em razão da omissão textual do Código Civil de 1916, o Decreto nº 4857 de 09 de novembro de 1939, determinou a necessidade de homologação judicial para o registro da escritura de concessão da emancipação, conforme art. 16, § 2º, *in verbis*: “Não se compreende nas anotações *ex-officio* a de emancipação por outorga de pai ou mãe, que deverá ser homologada pelo juiz togado a que estiver sujeito o oficial competente para a anotação.” Posteriormente, a Lei 2.375 de 21 de dezembro de 1954 dispôs em seu art. 1º: “A inscrição no Registro Público da emancipação por outorga do pai ou da mãe (Código Civil, artigo 12, nº 2) não depende de homologação judicial” e revogou expressamente a disposição em contrário da norma anterior em seu art. 2º: “Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, inclusive o § 2º do art. 16 do Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939.

²²⁰ É o que determinam os artigos 9º, II do Código Civil e 29, IV da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).

²²¹ Entenda-se por “fator de eficácia” o fator extrínseco ao ato, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.). A ineficácia significa, portanto, a não produção de qualquer efeito pelo ato, ou a ausência de repercussão juridicamente apreensível (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio*

O Código Civil de 2002 previu a possibilidade de concessão da emancipação extrajudicial por apenas um dos progenitores no caso de *falta* do outro. É interessante notar que o diploma revogado, diferentemente da lei vigente, utilizava termo mais restritivo: possibilitava-se à mãe a concessão da emancipação somente no caso de *morte* do pai.²²³ A opção deliberada de substituir o léxico *morte* por *falta* acompanha a tendência que já se verificava na doutrina de ampliar por via interpretativa as hipóteses de concessão exclusiva da emancipação pela mãe²²⁴ – o que, na lei atual, é tratado como concessão exclusiva de qualquer dos genitores.

Mas a vagueza semântica do termo empregado no texto vigente indica uma indeterminação apriorística do alcance da norma.²²⁵ Por isso, a doutrina diverge. Farias e Rosenvald exemplificam a falta como ausência judicialmente declarada, a morte ou a destituição da autoridade parental.²²⁶ Venosa, por outro lado, flexibiliza ainda mais a amplitude do termo compreendendo as situações em que o progenitor não está presente por abandono, separação ou divórcio.²²⁷ Apesar disso, o autor frisa que “não há que se confundir

jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017. p. 164.). Embora as colocações dos autores se refiram aos negócios jurídicos, as lições são aplicáveis aos atos jurídicos lícitos, por força do art. 185 do Código Civil.

²²² Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), art. 90, parágrafo único: Antes do registro, a emancipação, em qualquer caso, não produzirá efeito.

²²³ Recorde-se que o Código Civil de 1916 atribuía ao marido o exercício do “pátrio poder” dos filhos menores: “art. 380: Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.”

²²⁴ Ainda de acordo com o texto do Código Civil de 1916, o termo *morte* era interpretado de forma mais ampliada para compreender as situações de perda ou não gozo pelo pai do então denominado “pátrio poder”: “A redacção do paragraho unico (*sic*) do artigo 9º levantaria duvidas (*sic*), se não fossem os methodos de interpretação que se fundam nos motivos e razão da lei, indispensaveis (*sic*), como ensina Paula Baptista, ‘para saber-se o verdadeiro espírito que a anima’. Não se deve entender que o legislador excluiu a faculdade da mãe conceder a emancipação na hypothese de perder o pae (*sic*) o patrio (*sic*) poder ou ter usado das expressões – ‘por concessão do pae ou, *se fôr morto*, da mãe’, pois que o direito attribuido aos conjuges (*sic*) na ordem mencionada não decorre da pessoa, e sim do exercicio (*sic*) do poder paterno. Interpretação contrária crearia (*sic*) para os filhos uma singular situação juridica (*sic*), de não alcançarem a emancipação em vida do pae, quando tivesse perdido o patrio poder, ou não estivesse no gozo de taes (*sic*) direitos.” (FREIRE, Milcíades Mario de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro*: Parte geral, disposição preliminar e das pessoas e dos bens. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro, 1930. v. 2. p. 140.)

²²⁵ Pela lição de Judith Martins-Costa, poder-se-ia concluir que o referido enunciado normativo é genérico, pois nele cabem uma miríade de situações que implicam em seu bojo a “não-presença” autorizadora de atribuição exclusiva para emancipação a apenas um dos genitores: “Um enunciado é genérico quando não refere a presença de *especificação*, isto é, quando a expressão se referir indiferentemente a uma pluralidade de situações diversas. Para que um enunciado seja considerado genérico, basta que valha para qualquer caso da classe considerada.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 147.)

²²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 369.

²²⁷ “Note que o dispositivo transcrito possibilita a um só dos genitores a outorga, na hipótese da *falta do outro*. Não se refere mais a vigente lei à ‘*morte*’ do outro progenitor, como é expresso no Código antigo. A expressão *falta do outro* pode ser examinada com elasticidade. A lei não se refere à ausência técnica do pai ou da mãe, tal como disciplinada nos arts. 22 ss. A falta do outro progenitor, a par da morte, que é indiscutivelmente a falta

falta com recusa”²²⁸ e, no caso de dúvida, “haverá necessidade de suprimento judicial de vontade do progenitor faltante”.²²⁹ A investigação sobre o exato alcance da norma passa pela análise dos perfis estrutural e funcional da autoridade parental, pois é a esse instituto a que a falta se refere.

Sob um perfil estrutural, a autoridade parental constitui a consequência jurídica da relação de filiação, refletida no múnus atribuído aos pais em prol dos filhos incapazes em razão da menoridade, com o objetivo de prestar-lhes os cuidados necessários para o livre desenvolvimento da personalidade, assim como para zelar pelos seus bens. Portanto, a autoridade parental consiste em situação complexa que compreende cumulativamente aspectos existenciais e patrimoniais.

Como em todas as situações dúplices, no ordenamento jurídico personalista predomina o interesse existencial sobre o patrimonial, em virtude da função promocional da autoridade parental. Por essa razão, afirma-se que “na autoridade parental é mais relevante sua função educativa do que a de administração patrimonial”²³⁰, sobressaindo “desta forma, sua função existencial, visto que se configura em ofício cujo escopo é a promoção das potencialidades criativas do filho.”²³¹

Apesar do caráter existencial, enquanto situação jurídica relacional, a titularidade e o exercício da autoridade parental são juridicamente cindíveis, pois se trata de uma situação complexa que envolve poderes jurídicos cuja investidura é decorrente de lei, mas o exercício depende concretamente da ação dos seus titulares. Esclarecedora a lição de Denise Comel:

Reconhecido o poder familiar como uma função atribuída tanto ao pai quanto à mãe, em igualdade de condições, insta procurar estabelecer a distinção entre os termos exercício e titularidade do poder familiar. Com efeito, a titularidade do poder familiar se refere à prerrogativa em si, em abstrato, dos pais estarem investidos das faculdades e deveres a ele inerentes, ocupando a posição que lhes cabe. É o pertencer ou possuir abstratamente. É elemento formal, de atribuição da função ao titular, que se complementa com o exercício, por meio do qual, efetivamente, a titularidade se realiza. O exercício, então, é a realização da titularidade, o aspecto

maior, pode ocorrer por vários prismas: o pai ou mãe faltante poderá se encontrar em paradeiro desconhecido, tendo em vista, por exemplo, o abandono do lar ou a separação ou divórcio. Caberá, sem dúvida, ao juiz e ao membro do Ministério Público averiguar quando essa ‘falta’ mencionada na lei seja autorizadora da outorga da emancipação por um único progenitor.” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 152. v. 1.)

²²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 152. v. 1.

²²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 152. v. 1.

²³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 228.

²³¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 228.

ativo e prático, que vai se traduzir numa intervenção de decisão e participação em todos os assuntos referentes à vida do filho. Exercer o poder familiar, então, é realizá-lo no plano da existência, desempenhando-o efetivamente, desenvolvendo as funções que o integram, praticando todos os atos necessários à proteção e defesa dos interesses dos filhos a ele submetido.²³²

Como corolário do princípio da parentalidade responsável – que, aliás, fundamenta o direito ao planejamento familiar – irradiante do dever constitucional de assistir, criar e educar os filhos na infância e adolescência (art. 229, CF), o exercício da autoridade parental não é uma faculdade dos pais. Desse modo, os casos em que não há correspondência entre a titularidade e o exercício exprimem situações patológicas, ou seja, ou o titular da autoridade parental não a está exercendo ou a função parental está concretamente sendo suprida por terceiro que não o titular abstrato do *múnus legal*.²³³

Portanto, a função concreta da autoridade parental pode ser excepcionalmente exercida de forma exclusiva por apenas um dos progenitores, a despeito da atribuição conjunta da titularidade.

Na iminência da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Conselho Nacional da Magistratura do Estado de São Paulo teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema. Assim foi constatado:

São comuns, infelizmente, os casos de completa falência do núcleo familiar e de inviabilidade da colheita do consentimento expresso de um ou de outro genitor, dada a total perda de contato com a sua prole. O pátrio poder é exercido, então, efetivamente, por apenas um dos pais, que mantém contato direto com o filho menor e, concretamente, pode avaliar o seu discernimento e sua aptidão para a aquisição da capacidade civil plena.²³⁴

Diante dessa fundamentação, os Desembargadores assim decidiram:

O texto do art. 5º, § único, inciso I do novo Código Civil, cuja vigência está prevista para se iniciar em 11 de janeiro de 2003, não destoa e confere a legitimidade negocial a ambos os pais, ou “a um deles na falta do outro”, cabendo entender significar o vocábulo “falta”, não apenas a ausência ou a morte, mas a “não-presença”.

Em suma, a regra a ser observada é a da manifestação conjunta de ambos os pais, mas diante da “falta” de um destes, devidamente declarada no instrumento de emancipação, é conferida a legitimidade, isoladamente, a um dos pais.²³⁵

²³² COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.77.

²³³ O reconhecimento da filiação socioafetiva (admitida pelo STF no julgamento do RE898.060-SP) baseada no exercício de fato da função parental é exemplo de situação em que o exercício da autoridade parental é realizado por quem não detém abstratamente a atribuição jurídica decorrente da titularidade. O reconhecimento jurídico da filiação baseada no afeto exprime então uma forma de correção dessa distorção, atribuindo-se a titularidade a quem de fato já exerce os cuidados inerentes à autoridade parental.

²³⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível 96.914-0/9, Conselho Superior da Magistratura, Des. Rel. Luiz Tâmbara. São Paulo, SP, 28 nov. 2002. DJE: 18 dez. 2002.

²³⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível 96.914-0/9, Conselho Superior da Magistratura, Des. Rel. Luiz Tâmbara. São Paulo, SP, 28 nov. 2002. DJE: 18 dez. 2002.

A posição adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo consiste na ampliação interpretativa do termo *falta* para abarcar qualquer situação impeditiva da participação de um dos progenitores, desde que seja expressamente declarada pelo outro na escritura pública de concessão da emancipação. Essa mesma orientação foi incorporada nas normas da Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) dos Tribunais do Paraná²³⁶, do Rio Grande do Sul²³⁷ e de Rondônia.²³⁸ Em recente modificação, a norma paranaense, assim como a de Rondônia, acresceu à exigência da declaração expressa a presença de duas testemunhas que atestem o fato,²³⁹ cabendo ao notário recorrer ao juízo corregedor competente para a solução do caso se houver dúvida.

Contudo, a concessão da emancipação por apenas um dos progenitores acarreta a mudança de *status* não apenas ao emancipado, mas também e reflexamente ao outro progenitor que não participou do ato, uma vez que um dos seus efeitos típicos é justamente a extinção da autoridade parental, cujas causas – além da emancipação – estão previstas nos artigos 1.635 e 1.638 do Código Civil.

Por isso, em uma interpretação sistemática, a *falta* pode ser extraída a partir do estado civil do progenitor que não esteja presente porquanto determinados *status* afetam necessariamente o exercício efetivo da autoridade parental. É o caso da declaração judicial de ausência e da suspensão ou perda da autoridade parental. Todos esses fatos devem ser registrados ou averbados²⁴⁰ no registro civil competente,²⁴¹ razão por que são comprováveis

²³⁶ Provimento 249/2013 da CGJ-PR, art. 697: “art. 697. As escrituras de emancipação somente poderão ser lavradas se concedidas por ambos os genitores, em consonância com a lei civil. §1º Poderá, todavia, ser concedida por somente um dos pais, se ausente o outro e constar tal declaração na própria escritura, na presença de duas testemunhas que atestem o fato. §2º Havendo dúvida, o Notário submeterá o ato à apreciação do Juiz Corregedor do Foro Extrajudicial.”

²³⁷ Provimento 32/2006 da CGJ-RS, art. 176: “art. 175 – Em cada comarca, em relação aos menores nela domiciliados, registrar-se-ão no Livro “E” do Ofício, ou no 1º Ofício, se houver mais de um, as sentenças de emancipação e os atos dos pais que a concederem. Parágrafo único: O Oficial poderá registrar emancipação mediante escritura pública, concedida por apenas um dos progenitores, instruída com a declaração da falta ou impedimento do outro, prevista nos arts. 4º, I; 5º, I; 1.570 e 1.631 do CCB.”

²³⁸ Provimento 26/2013 da CJG-RO: Art. 482. As escrituras de emancipação somente poderão ser lavradas se concedidas por ambos os genitores, em consonância com a lei civil. (art. 226, § 5º, da Constituição Federal/88 e art. 5º, § único, inc. I, do Código Civil). Parágrafo único. Poderá, todavia, ser concedida por somente um dos pais, se ausente o outro e constar tal declaração na própria escritura, na presença de duas testemunhas que atestem o fato.

²³⁹ Provimento 249/2013 da CGJ-PR, conforme modificações do Provimento 269/2017, art. 697: As escrituras de emancipação somente poderão ser lavradas se concedidas por ambos os genitores, em consonância com a lei civil. §1º Poderá, todavia, ser concedida por somente um dos pais, se ausente o outro e constar tal declaração na própria escritura, na presença de duas testemunhas que atestem o fato. §2º: Havendo dúvida, o Notário submeterá o ato à apreciação do Juiz Corregedor do Foro Extrajudicial.

²⁴⁰ Conforme a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), i) a sentença declaratória de ausência deve ser registrada (art. 29, VI). Já a suspensão ou perda da autoridade parental são averbados no registro de nascimento do filho, segundo o art. 102 da mesma lei. O registro civil do óbito, embora não se esteja propriamente alterando

mediante documentos autênticos, isto é, exarados por oficial ou funcionário público ou com sua intervenção, mas no desempenho da sua função.²⁴²

Nesses casos, a constatação extrajudicial da *falta* exigida no art. 5º, parágrafo único, inciso I do Código Civil se aperfeiçoa com a apresentação da respectiva certidão,²⁴³ sendo a presunção de veracidade²⁴⁴ do documento público suficiente para a comprovação do não exercício ou perda da titularidade da autoridade parental.

Seria possível concluir, então, que a *falta*²⁴⁵ se esgota nas hipóteses de prejudicialidade da titularidade ou do exercício da autoridade parental pela mudança de estado civil²⁴⁶ do progenitor ou pela morte?

o estado civil da pessoa, uma vez que a morte extingue a personalidade e seus atributos, trata-se de atos cuja imperatividade do registro consta do art. 9, I do Código Civil e do art. 29, III da Lei de Registros Públicos.

²⁴¹ Para Espínola: “É do maior interesse para o indivíduo e para a colectividade, que os elementos fundamentaes da condição política e familiar de uma pessoa sejam estabelecidos de modo indiscutível, e que todos possam conhecê-los. Tal é a importância dessa determinação, que todas as legislações modernas adoptaram os registros civis, que têm por fim assignalar o nascimento, o estado e a morte da pessoa.” Essa é a importância do registro dos atos civis, que é conceituado pelo jurista como sendo “as inscrições feitas nos registros públicos, destinadas a fornecer uma prova segura da existência e do estado da pessoa. Estes registros são dominados *civis* e são escripturados e mantidos por funcionarios, que têm o nome de officiaes do registro civil ou do *estado civil*.” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. v. 1. p. 382-383)

²⁴² “Os documentos podem ser autênticos: são os exarados por oficial ou funcionário público ou com sua intervenção, mas no desempenho da respectiva função.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 271. v. 1. t. 1.)

²⁴³ “Prova-se o estado da pessoa com as certidões de Registro Civil em que se registram os atos que o direito considera mais importantes na vida da pessoa. O registro civil é a instituição administrativa que tem por objetivo immediato a publicidade dos fatos jurídicos de interesse das pessoas e da sociedade. Sua função é dar autenticidade, segurança e eficácia aos fatos jurídicos de maior relevância para a vida e os interesses dos sujeitos de direito. [...] O registro dos atos de estado constitui, em regra, o único meio probatório do estado das pessoas. Na falta desse registro, poder-se substituí-lo por uma sentença judicial prolatada para esse fim.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 348-349.)

²⁴⁴ Segundo Luiz da Cunha Gonçalves, os documentos autênticos “fazem prova plena quanto à verdade dos factos practicados pela autoridade ou funcionário público respectivo e dos factos que se passaram na sua presença ou de que êle se certificou e podia certificar-se, salvo se demonstrar a falsidade do documento.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 272-273. v. 1. t. 1.)

²⁴⁵ No ECA, a falta, omissão ou abuso dos pais enseja a aplicação de medidas de proteção em favor dos filhos (art. 98). Construindo o significado desses termos, Tepedino asseverou: “A utilização dessas três expressões sugere a tipificação de três situações distintas. Na primeira hipótese, a falta, tem-se um ato comissivo do pai ou responsável, um comportamento positivo e danoso ao desenvolvimento da personalidade do filho. A segunda situação prevista pelo inciso II é a omissão do pai ou responsável, traduzindo comportamento negligente, negativo e daninho, violador de dever legal, decorrente, portanto, da inexecução de comportamento exigido pelo legislador para o bem-estar do filho e o desenrolar satisfatório do processo de educação.” (TEPEDINO. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 580-581). O abuso, ainda segundo o autor, representa a acolhida do abuso do direito nas relações extrapatrimoniais. Apesar do mérito dessa distinção no âmbito do ECA, a teleologia do art. 5º, I do Código Civil indica que a utilização do termo “falta” foi uma forma de ampliar o alcance do termo anterior “morte”. Portanto, o sentido adotado no Código Civil não parece ter sido o mesmo adotado no ECA. Ao contrário, pela construção doutrinária formulada por Tepedino, a “falta” do Código Civil mais se assemelha em conteúdo semântico à “omissão”.

Decerto, a vagueza semântica do termo *falta* somada à interpretação funcional da autoridade parental permitem uma interpretação ampliativa do vocábulo empregado pela lei, a fim de caracterizá-lo a partir de outras situações que implicam o afastamento do progenitor da função parental em sua concretude, como as situações de abandono.²⁴⁷

No entanto, observa-se que também entre as causas de extinção da autoridade parental por decisão judicial, o Código Civil sancionou o pai ou mãe que “deixar o filho em abandono” (art. 1.638, II), razão pela qual a emancipação voluntária não pode converter-se em uma forma de burlar a lei e desvincular pela via extrajudicial a autoridade parental do progenitor supostamente desidioso, cuja destituição haveria de ser feita pela via judicial.²⁴⁸

Apesar do efeito semelhante quanto à extinção da autoridade parental, a destituição e a emancipação discrepam quanto ao meio de proteção do adolescente: na primeira, retira-se a autoridade do pai ou da mãe que não está ministrando os cuidados adequados ao filho, mantendo-o sob a assistência ou representação do outro progenitor ou de um tutor. Por outro lado, na emancipação, o filho é alçado à condição de plenamente capaz, desprendendo-se da intervenção de terceiros na sua atuação civil.

Portanto, deve-se observar a função concreta de cada instituto orientando-se casuisticamente pelo princípio do melhor interesse do adolescente. Nesse sentido, a *falta* em sentido amplo autoriza a concessão da emancipação por apenas um dos progenitores, na medida em que incumbe primordialmente aos pais avaliar a maturidade concreta do filho para arcar com as consequências da emancipação,²⁴⁹ contudo, sem afastar a possibilidade de suprimento judicial de consentimento em caso de dúvida.²⁵⁰ Se houver exercício disfuncional

²⁴⁶ Por estado civil compreenda-se a qualificação jurídica da pessoa, que inclui o *status* individual, familiar e político. Cf. capítulo 1, *supra*.

²⁴⁷ Recorde-se que essa é a posição adotada em: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 152. v. 1.

²⁴⁸ Nesse sentido: “Poderá ocorrer que o progenitor tente outorgar a emancipação isoladamente, mascarando a ‘falta’, quando na verdade houver recusa de consentimento para o ato. A melhor solução, porém, quando houver dúvidas sobre a dimensão dessa ausência do progenitor ausente, é no sentido de o interessado recorrer à sentença judicial, a exemplo do que é necessário para o tutor.” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 152. v. 1.)

²⁴⁹ Segundo o art. 18 da CSDC, “Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.” Por isso, afirma-se que “[...] as pessoas mais aptas a avaliar a maturidade efetiva de um jovem serão sempre os adultos que estão mais próximos dele (e que os amam e conhecem como ninguém), ou seja, seus pais”. (SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 f. Dissertação [Mestrado em Direito] – Faculdade de Direito, UERJ. Rio de Janeiro, 2013. p. 83.)

²⁵⁰ “As ações de suprimento de consentimento, tôdas ações constitutivas, podem ser a) por indevida denegação ou b) por falta. Não são as mesmas. Ali, a tutela dos interesses fica em reexame, de modo que a ação é para destruir a eficácia da declaração de vontade de quem deveria consentir, ou não; aqui, a lei atribui ao juiz, diretamente, essa tutela. Ali, há sempre contenciosidade; aqui, não há, pelo menos na primeira instância, pois só

da autoridade parental, o ato emancipatório estará sujeito às sanções legais cabíveis, podendo ser invalidado.²⁵¹

Ainda sobre a concessão exclusiva, é bastante criticável a orientação adotada pelas CGJs de Mato Grosso do Sul, Roraima e Acre,²⁵² cujas normas autorizam a lavratura da escritura de emancipação exclusivamente pelo progenitor que detiver a “guarda” ou a “posse” do emancipando.

Essa previsão normativa colide frontalmente com o enunciado legal sobre a emancipação voluntária no Código Civil, o qual impõe como regra a concessão por ambos os pais, tendo em vista o exercício igualitário da autoridade parental.²⁵³ A guarda apenas significa que o progenitor guardião mantém a companhia permanente²⁵⁴ com o filho, mas sem que isso prejudique a convivência familiar com o outro progenitor, que, aliás, é direito fundamental do adolescente.²⁵⁵ Conseqüentemente, tanto a titularidade quanto o exercício da

discordância eventual, ou o recurso, e. g., pelo órgão do Ministério Público, cria a contenção. Não se pense, portanto, que, nos casos b), a jurisdição seja, sempre, voluntária.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. 1 ed. atual por Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 86. Tomo III.)

²⁵¹ Sobre o tema, Cf. Capítulo 3, *infra*.

²⁵² Provimento 01/2003 da CGJ do TJ/MS: “art. 676. No cartório do primeiro ofício ou da primeira subdivisão judiciária de cada comarca serão registrados, no Livro “E”, as sentenças de emancipação e os atos dos pais que a concederem, em relação aos menores nela domiciliados. Parágrafo único. Se os pais são separados ou divorciados, os tabeliães ficam autorizados a lavrar escrituras de emancipação concedida apenas pelo cônjuge que detiver guarda e posse do emancipando.” Provimento 01/2017 da CGJ do TJ/RR, art. 607: Serão registrados no Livro “E” do 1º Registro Civil das Pessoas Naturais as sentenças de emancipação e os atos dos pais que a concederem, em relação aos menores nela domiciliados. Parágrafo único. Se os pais forem separados ou divorciados, os tabeliães ficam autorizados a lavrar escrituras de emancipação concedida apenas pelo cônjuge que detiver a guarda e posse do emancipado.” Provimento 10/2016 da CGJ do TJ/AC, art. 717: “Serão registrados no Livro “E” do 1º Registro Civil das Pessoas Naturais as sentenças de emancipação e os atos dos pais que a concederem, em relação aos menores nela domiciliados. Parágrafo único. Se os pais forem separados ou divorciados, os tabeliães ficam autorizados a lavrar escrituras de emancipação concedida apenas pelo cônjuge que detiver a guarda e posse do emancipado.”

²⁵³ Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “o mais relevante é admitir-se *que a autoridade parental atribui a ambos os pais a titularidade, o exercício, o poder e o dever de gerenciar a educação dos filhos*, de modo a moldar-lhes a personalidade, a proporcionar-lhes um crescimento com liberdade e responsabilidade, sem falar no dever de zelo do seu patrimônio.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 111.) (grifou-se)

²⁵⁴ Segundo a melhor doutrina, o termo “companhia”, utilizado pela lei, faz referência à companhia permanente e não prejudica a convivência familiar: “No Brasil, o art. 1.632 do CCB/2002 estabelece que as relações entre pais e filhos não se alteram com a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, ou seja, tanto a titularidade quanto o exercício da autoridade parental não sofrem modificações. A única mudança limita-se ao direito de um dos pais ter seus filhos em sua companhia – é claro que a referência é à companhia permanente, pois a criança tem o direito fundamental à convivência familiar, mediante a qual o filho tem o direito de conviver com o genitor não guardião.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 104.)

²⁵⁵ Constituição Federal, art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à *convivência familiar* e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

autoridade parental do não guardião permanece intocada,²⁵⁶ mesmo com a atribuição da guarda ao outro.

Sobre a distinção entre guarda e autoridade parental, explica Ana Carolina Brochado Teixeira:

Diferentemente do que é proposto pela maioria da doutrina, o poder-dever de proteção e provimento das necessidades, sejam elas materiais ou espirituais, encontram abrigo muito mais na autoridade parental do que na guarda, pois ambos os pais têm a função promocional da educação dos filhos, em sentido amplo, que envolve criação, orientação e acompanhamento. Tais tarefas não incumbem apenas ao genitor guardião.²⁵⁷

Ao permitir a concessão da emancipação voluntária apenas pelo progenitor que detém a guarda, essas normas administrativas estão de tal forma ampliando o alcance do termo *falta* que, segundo elas, bastaria a não companhia permanente para que apenas um dos progenitores pudesse outorgá-la sem o outro. Essa posição não se sustenta, pois confunde o exercício da guarda com a titularidade e o exercício da autoridade parental – esses últimos persistem mesmo ao progenitor não guardião.

Conclui-se que para a concessão da emancipação voluntária é necessário que os pais sejam titulares da autoridade parental e estejam em seu pleno exercício.²⁵⁸ Por não afetar a autoridade parental, a guarda não é suficiente para afastar o progenitor não guardião do ato emancipatório. Por outro lado, situações de abandono, morte ou alterações de estado civil do pai ou mãe faltante configuram o não exercício ou a perda da titularidade da autoridade parental e caracterizam suficientemente a falta.

Restam, então, analisar a morte, a declaração judicial de ausência, a perda e a suspensão da autoridade parental e a declaração de incapacidade civil. Esses casos resultam da extinção da própria personalidade ou da prejudicialidade decorrente de estado civil.

Segundo o brocardo jurídico, a morte tudo resolve e com ela extingue-se a própria personalidade: *mors omnia solvit*. Essa é a hipótese de *falta* por excelência, pois a morte,

²⁵⁶ Nesse sentido: “O que importa é delimitar o significado do poder/dever dos genitores de participar na educação dos filhos, cuja função é, evidentemente, promocional ao seu melhor interesse. E tal binômio está desvinculado da circunstância de ter ou não o filho em sua companhia. Ele decorre tão somente da parentalidade.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 111.)

²⁵⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 109.)

²⁵⁸ Afirma Carvalho Santos que “[p]ara conceder a emancipação é imprescindível que o pai esteja no gozo pleno do pátrio poder”, não bastando, portanto, a mera titularidade. Disso, o jurista conclui que não pode o genitor, na pendência de ação para a suspensão da autoridade parental, emancipar o filho para se exonerar da ação judicial que possa prejudicá-lo. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado: introdução e parte geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 299. v. 1.)

ainda que presumida, extingue também a autoridade parental. Como não apenas é necessária a titularidade, mas também o exercício da autoridade parental no momento da emancipação, não é juridicamente viável a concessão por testamento, ato jurídico cuja eficácia é *post mortem*,²⁵⁹ pois a emancipação ocorreria por quem não mais detém a titularidade nem o exercício da autoridade parental.

Com relação à ausência, no sentido jurídico do termo, ausente é a pessoa que desaparece de seu domicílio sem deixar notícia de seu paradeiro nem procurador ou representante para administrar-lhes os bens.²⁶⁰ Tradicionalmente, entendia-se a existência de bens como pressuposto da ausência, pois o instituto voltava-se mais à proteção do patrimônio do ausente, o que denotava seu nítido caráter patrimonial.²⁶¹

Seguindo esse entendimento o Tribunal de Justiça do Distrito Federal chegou a afirmar que “[a] ação declaratória de ausência tem por escopo a preservação dos bens do ausente. Inexistindo a comprovação de bens a serem arrecadados, impõe-se a extinção do processo pela falta de interesse de agir.”²⁶² Essa decisão foi revertida pelo STJ, em acórdão lavrado pela Terceira Turma, sob relatoria da Ministra Nancy Andriighi, que firmou entendimento pela desnecessidade de comprovação da titularidade de bens como pressuposto para a propositura de ação judicial declaratória da ausência.²⁶³

O aresto reforça a tendência de despatrimonialização do direito civil, a partir da inegável subversão valorativa promovida pela elevação da dignidade humana como eixo central do ordenamento jurídico. Impõe-se então reconhecer os efeitos da ausência não apenas

²⁵⁹ “A emancipação não pode ser feita por testamento. Como se disse, a emancipação do menor, sujeito ao pátrio poder, só poderá ser concedida por quem se achar no exercício do pátrio poder. [...] Assim sendo, como admitir-se a emancipação por testamento, que somente é cumprido depois da morte, quando não mais preexiste o pátrio poder do outorgante?” (SANTOS, J.M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. p. 12. v. XX.)

²⁶⁰ Código Civil, art. 22: Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

²⁶¹ “Além disso, para ser declarada ausente, a pessoa não pode ter deixado, na dicção do artigo em análise, ‘representante’ (como, por exemplo, um tutor) ‘ou procurador’ (representante convencional) constituído para ‘administrar-lhe os bens’. Nota-se desta última referência que a preocupação do legislador, no instituto civil da ausência, é tradicionalmente patrimonialista, dirigida à transferência a outrem da administração (e eventualmente do domínio) de um determinado conjunto de bens, deixados sem administrador por seu titular.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I. p. 67.)

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1298963/SP, da Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 nov. 2013.

²⁶³ “O entendimento salutar para a defesa dos interesses do ausente e de seus herdeiros deve perpassar pela afirmação de que a comprovação da propriedade não é condição *sine qua non* para a declaração de ausência nos moldes dos arts. 22 do CC/02 e 1.159 do CPC.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1298963/SP, da Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 nov. 2013.)

sobre os bens eventualmente pertencentes ao ausente, mas principalmente sobre as situações subjetivas existenciais que repercutem na esfera jurídica de terceiros e que são por ele titularizadas.

Nessa seara, o ausente que deixou prole não exerce de fato a autoridade parental,²⁶⁴ razão pela qual a emancipação não poderia ser obstada pela falta do progenitor juridicamente ausente, diante do princípio do melhor interesse do adolescente. Mesmo antes da declaração de morte presumida,²⁶⁵ portanto, é possível imputar somente ao pai ou à mãe presente a incumbência de outorgar a emancipação voluntária, se o outro for judicialmente declarado ausente.²⁶⁶

Já a destituição judicial, assim como a morte, é forma de extinção da autoridade parental,²⁶⁷ de modo que o progenitor destituído perde a legitimidade para conceder a emancipação, justificando-se, assim, a sua não participação no ato concessivo.

Outra situação que deve ser enfrentada é a condição do progenitor que sofreu a suspensão – e não ainda a perda – da autoridade parental.²⁶⁸ Nesse caso, o pai ou a mãe está impedido do exercício da autoridade parental, embora por ato judicial não definitivo.²⁶⁹ Deve-se entender, portanto, que, enquanto perdurar a suspensão, o progenitor suspenso não está apto à concessão da emancipação, configurando-se então a *falta* exigida pelo Código Civil e consequente atribuição exclusiva ao outro progenitor.²⁷⁰

²⁶⁴ O Código Civil de 1916 trazia previsão expressa com relação aos efeitos da emancipação nas relações familiares que não foi reproduzida no Código atualmente vigente. Trata-se do art. 484, *in verbis*: Se o ausente deixar filhos menores, e o outro cônjuge houver falecido, ou não tiver direito ao exercício do pátrio poder, proceder-se-á com esses filhos, como se fossem órfãos de pai e mãe.

²⁶⁵ Segundo o art. 1.635, I do Código Civil a morte extingue a autoridade parental, logo, mesmo a morte presumida serviria para gerar o efeito da extinção da autoridade parental com o exercício exclusivo pelo progenitor sobrevivente ou, submetendo-se a criança ou adolescente à tutela.

²⁶⁶ Nesse sentido, Francisco Amaral enfrenta o efeito da ausência quanto ao poder familiar: “Quanto aos direitos de família, se o ausente deixou filhos menores, o poder familiar será exercido pelo outro progenitor, exclusivamente, salvo no caso de esse ter falecido ou estar privado do exercício desse direito, quando então se nomeará um tutor (CC, art. 1.728).” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 330.)

²⁶⁷ Conforme art. 1.635, V e 1.638, do Código Civil.

²⁶⁸ A perda do poder familiar está prevista no art. 1.635, V e 1.638 do Código Civil, enquanto a suspensão do poder familiar está prevista no art. 1.637 do mesmo diploma.

²⁶⁹ Destituição e suspensão do poder familiar são diferentes: “A distinção entre os dois institutos estabelece-se pela graduação da gravidade das causas que as motivam e pela duração de seus efeitos. Se, por um lado, a suspensão é provisória e fixada ao criterioso arbítrio do juiz, dependendo do caso concreto e no interesse do filho menor de idade, a perda do poder familiar pode revestir-se de caráter irrevogável, como na transferência do poder familiar pela adoção.” (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 256)

²⁷⁰ Carvalho Santos percebe que a emancipação voluntária poderia ser utilizada para livrar o progenitor das consequências de uma ação judicial cujo objeto fosse o exercício do “pátrio poder”. Embora o exemplo dado pelo autor seja a pendência de ação de destituição do poder familiar, o mesmo se aplicaria para a ação de suspensão. Por isso, é imprescindível que os pais estejam no exercício pleno da autoridade parental para que

Com relação à incapacidade de algum dos titulares da autoridade parental,²⁷¹ a análise deve ser mais cautelosa, tendo em vista a alteração do regime de incapacidades promovida pela CDPD e pelo EPD sobre as disposições do Código Civil. A incapacidade absoluta, segundo a lei, ficou adstrita às pessoas com idade inferior a dezesseis anos (CC, art. 3º), excluindo-se qualquer referência à deficiência intelectual e transferindo para a incapacidade relativa a hipótese da pessoa que, por causa temporária ou permanente, não possa exprimir a própria vontade (CC, art. 4º, III). Diante disso, a única espécie de incapacidade possível de acometer o titular da autoridade parental do emancipando é a incapacidade relativa.²⁷²

Além disso, o EPD, de forma inovadora, estatuiu expressamente a restrição da curatela aos atos de natureza patrimonial ou negocial²⁷³ e reforçou a plena capacidade da pessoa com deficiência para o exercício de direitos fundamentais,²⁷⁴ como o direito à família, à guarda, à tutela e à adoção.²⁷⁵

Apesar de se tratar de norma dirigida à proteção da pessoa com deficiência, o alcance das modificações inauguradas pelo EPD em consonância com a CDPD, transcendeu esse

tenham titularidade para outorgar a emancipação ao filho. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado: introdução e parte geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 299. v. 1.)

²⁷¹ Segundo a doutrina de Rubens Limongi França, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, a morte deveria ser interpretada extensivamente, para efeitos de atribuição exclusiva da titularidade para concessão da emancipação voluntária, de modo a abranger os casos de incapacidade absoluta de um dos progenitores. Contudo, à época, além do critério etário de incapacidade absoluta, eram assim considerados os “loucos de todo o gênero”, os “surdos-mudos que não pudessem se exprimir” e os ausentes (CC/1916, art. 5º). Nesse sentido: “A expressão do art. 9º, referente à emancipação por mãe, quando é morto o pai, exige a interpretação extensiva de modo a abranger os casos de incapacidade absoluta ou perda do pátrio poder.” (FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 131-132. v. 1. p. 140.)

²⁷² Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), no Brasil a taxa de gravidez na adolescência é de 68,4 para cada 1000 meninas entre 15 e 19 anos. (Taxa de gravidez adolescente no Brasil está acima da média latino-americana e caribenha. *Organização das Nações Unidas*, 28 fev. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/taxa-de-gravidez-adolescente-no-brasil-esta-acima-da-media-latino-americana-e-caribenha/>>. Acesso em: 27 jan. 2019.) Em 2016, estima-se que 23,9 mil dos bebês nascidos no país são filhos de meninas entre 10 e 14 anos de idade (PALHARES, Isabela. De risco, gravidez até 14 anos persiste no País. *Estadão*, 08 jan. 2018. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,de-risco-gravidez-ate-14-anos-persiste-no-pais,70002142242>>. Acesso em: 27 jan. 2019.). Portanto, não se ignora que absolutamente incapazes possam ser pais e as consequências da paternidade e maternidade nessa faixa etária são tema complexo que escapa à finalidade do presente estudo. Contudo, a afirmação apresentada leva em consideração que, logicamente, a idade do pai deve ser superior à idade do filho. Assim, se o adolescente, para a emancipação voluntária, deve contar com, no mínimo, 16 anos (art. 5º, parágrafo único, I, CC), seus genitores terão mais idade do que ele e, portanto, não poderão ser absolutamente incapazes pela idade, já que a incapacidade absoluta é reservada aos menores de 16 anos (art. 3º, CC).

²⁷³ EPD, art. 85: A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. [...]

²⁷⁴ Utiliza-se o verbo “reforçar” porque a plena capacidade da pessoa com deficiência já era reconhecida na CDPD, art. 12.2: “Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.” Apesar do *status* de emenda constitucional, a disposição era, no entanto, ignorada na prática jurídica.

²⁷⁵ EPD, art. 6º: A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: [...] VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

grupo vulnerável, promovendo profundas alterações no regime de incapacidades civis.²⁷⁶ Por essa razão, ainda que não se trate de progenitor com deficiência, conforme a definição da lei,²⁷⁷ a qualificação como relativamente incapaz ou o deferimento de curador em favor dele, nas hipóteses legalmente autorizadas, basta para a aplicação do regime protetivo adequado ao caso. Trata-se de se desvencilhar dos limites semânticos do termo *deficiência*, para, em uma análise funcional das incapacidades civis, promover efetiva proteção da pessoa vulnerada por qualquer circunstância que atinja a sua saúde mental.²⁷⁸

Como consequência para a emancipação civil voluntária, não se poderá deduzir que a incapacidade do progenitor necessariamente afetará o exercício da autoridade parental. Ao contrário, tendo o EPD assegurado o exercício do direito à adoção, ato jurídico em sentido estrito do qual decorrem todos os efeitos da parentalidade,²⁷⁹ inclusive a autoridade parental, à pessoa com comprometimento de sua saúde mental não deve ser automaticamente vedada a concessão da emancipação.

Contudo, deve-se reconhecer que a limitação da curatela aos atos de natureza patrimonial pode ser excepcionada, a bem da pessoa considerada relativamente incapaz, para a efetiva proteção de seus direitos fundamentais,²⁸⁰ com fundamento no artigo 84, §3º do

²⁷⁶ Sobre o tema das incapacidades civis, remeta-se o leitor ao capítulo 1, *supra*.

²⁷⁷ O art. 1 da CDPD assim como o art. 2º do EPD definem pessoa com deficiência da seguinte forma: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

²⁷⁸ Segue-se a orientação sustentada por Gabriel Schulman: “De modo similar, a eficácia da CDPD não deve ser considerada como restrita às pessoas com deficiência, em um sentido mais acanhado. A melhor interpretação é que seus princípios se aplicam de modo amplo na saúde mental. As limitações semânticas do conceito de *deficiência* não podem servir para desatentar aos princípios que a própria Convenção proclama.” (SCHULMAN, Gabriel. *A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas*. 2018. 368 f. Tese [Doutorado em Direito] – Faculdade de Direito, UERJ. Rio de Janeiro, 2018. p. 110)

²⁷⁹ Segundo Paulo Lôbo, “[a] adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração (art. 39, ECA).” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 279.)

²⁸⁰ A considerar que a representação legal depende de prévia determinação na lei e que as pessoas com deficiência psíquica e/ou intelectual foram retiradas do rol dos absolutamente incapazes, assinalado no art.3o. do Código Civil, a curatela não poderia assumir poderes de representação. Mas importa destacar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência previu a possibilidade de delinear uma curatela aberta à demanda do curatelando, inclusive, para atender às necessidades daquela pessoa absolutamente faltosa de juízo crítico e autonomia. Assim, é possível que nos autos do processo, o juiz reconheça a necessidade de confiar ao curador mais amplos poderes (art. 84, § 3o.) – fixando os limites da curatela na proporção das necessidades e das circunstância (*sic*) do caso sob exame. Por uma questão formal, no entanto, esses poderes não serão nominados de representação legal.” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.)

EPD²⁸¹ e 755 do Código de Processo Civil, atendendo às necessidades específicas do curatelado. O diploma processual prevê também que, se ao tempo da definição da curatela houver pessoa incapaz sob a guarda e responsabilidade do curatelando, o juiz deverá atribuí-la a quem melhor possa atender ao interesse de ambos.²⁸²

Conclui-se, com isso, que a) eventual deficiência intelectual não afeta automaticamente a capacidade civil do progenitor que, portanto, conserva sua titularidade para a concessão da emancipação voluntária; b) a incapacidade relativa do progenitor somente afetará o exercício da autoridade parental se assim constar expressamente na sentença do processo para a definição dos termos da curatela, com vistas ao melhor interesse do curatelado e do filho cuja idade seja inferior aos dezoito anos, caso em que, se outro progenitor exercer também a curatela, terá ele titularidade exclusiva para a concessão da emancipação voluntária, sob o fundamento da *falta* do outro, previsto no art. 5º, parágrafo único, I do Código Civil.

O adolescente tutelado, por outro lado, depende de sentença judicial de natureza constitutiva²⁸³ para ser considerado emancipado, que, de acordo com o artigo 725, I do Código de Processo Civil deverá ser proferida nos autos de ação de jurisdição voluntária na qual é ouvido o tutor. Concedida a emancipação, a sentença deverá ser registrada no primeiro oficial de registro civil do domicílio do emancipado,²⁸⁴ para que produza efeitos perante terceiros.²⁸⁵

A criança e o adolescente são submetidos à tutela quando ambos os pais forem ausentes, falecidos, ou, ainda, se decaírem da autoridade parental. Trata-se de instituto, portanto, protetivo, que os coloca sob o cuidado de um tutor que lhes dirigirá a educação, cuidará de seus interesses e cumprirá os demais deveres que normalmente incumbem aos pais.

²⁸¹ EPD, art. 84: A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

²⁸² Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. § 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado. § 2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.

²⁸³ “A chamada sentença constitutiva pode criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 465.)

²⁸⁴ Lei de Registros Públicos (6.015/1973), art. 89: No cartório do 1º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária de cada comarca serão registrados, em livro especial, as sentenças de emancipação, bem como os atos dos pais que a concederem, em relação aos menores nela domiciliados.

²⁸⁵ Lei de Registros Públicos (6.015/1973), art. 91: Quando o juiz conceder emancipação, deverá comunicá-la, de ofício, ao oficial de registro, se não constar dos autos haver sido efetuado este dentro de 8 (oito) dias. Parágrafo único: Antes do registro, a emancipação, em qualquer caso, não produzirá efeito.

Contudo, o tutor não exerce autoridade parental, que é múnus decorrente exclusivamente da relação paterno-materno-filial, motivo pelo qual ele não detém a prerrogativa de conceder a emancipação.²⁸⁶ Nesse caso, então, o adolescente terá legitimidade para pleitear judicialmente a emancipação, que será concedida, por meio de sentença judicial constitutiva, verificada a sua maturidade concreta em dilação probatória.²⁸⁷

2.3 Emancipação tácita ou legal

A emancipação do adolescente, conforme já visto, visa a atender às especificidades concretas da pessoa que, nada obstante a presunção legal de incapacidade decorrente da idade, revela maturidade suficiente para reger a si e aos próprios bens e, por isso, faz jus à aquisição da capacidade plena antes da maioridade legal.²⁸⁸

Além da concessão dos pais e da emancipação judicial do adolescente tutelado, outras situações comportam o suporte fático para a emancipação civil: o casamento, a colação de grau em ensino superior, o exercício de emprego público efetivo, o estabelecimento civil ou comercial ou relação de emprego que forneça ao adolescente economia própria.

Nesses casos, não existe uma vontade qualificada do adolescente, de seus pais ou do tutor no sentido de produzir a emancipação civil. As hipóteses descritas na lei operam, portanto, como fatos jurídicos, que têm como efeito anexo a aquisição da capacidade plena.²⁸⁹

²⁸⁶ “O tutor não pode emancipar diretamente, pois é desprovido de poder familiar. Somente o juiz pode fazê-lo, ouvido o tutor.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 129.)

²⁸⁷ Segundo o projeto primitivo de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua, “se o menor estiver sob tutela, será feita a declaração judicialmente, a requerimento do menor, autorizado pelo tutor”. Todavia, durante as discussões na Câmara dos Deputados, o então deputado Alfredo Pinto apresentou emenda para substituir o termo “autorizado” por “ouvido”. Segundo Freire, a justificativa seria que não deveria ser dada ao tutor a faculdade de restringir a emancipação, pois “tutores ha para os quaes a função que exercem é uma grande fonte de interesses e que, portanto, deixar dependente de uma autorização, que pôde ser denegada, a effectividade de um direito garantido ao menor que complete dezoito annos [idade para a emancipação voluntária à época], é uma anomalia perigosa na prática.” (FREIRE, Milcíades Mario de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro: Parte geral, disposição preliminar e das pessoas e dos bens*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro, 1930. p. 123-125. v. 2.) A emenda foi aprovada, constando no texto definitivo do Código Civil de 1916 o termo “ouvido o tutor”, expressão que foi mantida no Código Civil de 2002. Essa remissão histórica auxilia a compreensão do papel do tutor na emancipação, e no delineamento da legitimidade do adolescente, uma vez que não depende de prévia autorização do tutor, podendo postular a medida diretamente.

²⁸⁸ Para um aprofundamento sobre o perfil funcional da emancipação, Cf. capítulo 3.

²⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 205. Tomo I.

Segundo Serpa Lopes, “[o]s casos de emancipação legal, por isso que surgem automaticamente, como um efeito direto da lei, independem de registro”.²⁹⁰

Cumprido observar que a Lei do Serviço Militar (Lei 4.375/1964) prevê que para efeito do Serviço Militar, cessará a incapacidade civil do menor, na data em que completar dezessete anos, em seu artigo 73.²⁹¹

Embora à primeira vista possa parecer tratar-se de emancipação, o objetivo do dispositivo é evitar possíveis conflitos com as relações jurídicas decorrentes da autoridade parental. Por essa razão entendem Vicente Ráo²⁹² e Carvalho Santos²⁹³ que a incapacidade, nesses casos, é levantada unicamente para o efeito do serviço militar. No mesmo sentido posiciona-se contemporaneamente Farias e Rosenvald, para quem a situação “cinge-se a esta finalidade especial, não se aplicando em outras áreas”.²⁹⁴

Diante dessa posição, que parece ser a mais acertada em razão da *ratio* da norma, não se teria, portanto, propriamente uma hipótese de emancipação, mas tão somente de cessação de incapacidade para o fim específico do serviço militar.

As hipóteses de emancipação tácita estão previstas nos incisos II a V do Código Civil e são elas: o casamento, o exercício de emprego público efetivo, a colação de grau em ensino superior, e o estabelecimento civil ou comercial ou relação de emprego com economia própria.

²⁹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*: em comentário ao decreto nº. 4.857, de 9 de novembro de 1939 com as alterações introduzidas pelo Decreto nº. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro. 6 ed. rev. e atual. por José Serpa de Santa Maria. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995. p. 342. v. I.

²⁹¹ Regra semelhante havia sido acrescentada ao Código Civil de 1916 pelo Decreto 20.330/1931, que acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 9º (que dispunha sobre a emancipação civil), determinando que “[p]ara efeito do alistamento militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 anos de idade”. Contudo, ainda sob a vigência do Código Beviláqua, o dispositivo foi eliminado por outro decreto subsequente (Decreto-Lei 9500/1946), que, tratando do serviço militar, trouxe a hipótese unicamente na legislação extravagante.

²⁹² Para Ráo, “não é lícito entender-se que tenham criado mais uma causa de emancipação integral dos menores, pois a sua incapacidade é levantada, só e unicamente (*sic*) para o efeito do serviço militar, ou da habilitação para o exercício do direito de voto”. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 222. v. 2.

²⁹³ “A cessação da incapacidade, como bem expressa a lei, é tão somente (*sic*) para efeito do serviço militar. O menor sorteado, desde que entra para o serviço militar, fica sujeito à disciplina contida em suas leis e regulamentos e só deve prestar obediência aos seus superiores hierárquicos. Essa disciplina não pode sofrer restrições e a lei em questão, decretando a cessação da incapacidade nos moldes figurados, procurou pô-la a salvo de possíveis conflitos decorrentes do pátrio poder.” (SANTOS, J.M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. XX. p. 15.)

²⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 372.

Com relação ao *casamento*, trata-se de ato jurídico²⁹⁵ solene, por meio do qual é constituída uma das modalidades possíveis de família.²⁹⁶ Em razão da solenidade, somente o casamento civil ou religioso com efeitos civis acarreta a emancipação.²⁹⁷⁻²⁹⁸

A idade núbil é a partir dos dezesseis anos²⁹⁹ – portanto, podem casar os relativamente incapazes em razão da idade, mediante autorização dos pais.³⁰⁰⁻³⁰¹ O Código Civil excepciona esse mínimo etário quando houver gravidez,³⁰²⁻³⁰³ autorizando, então, o casamento de pessoa com idade inferior aos dezesseis anos.

Como consequência do casamento da pessoa incapaz, absoluta ou relativamente, o artigo 5º, parágrafo único, II, atribui plena capacidade ao nubente que não atingiu ainda a maioridade, pois presume-se que a inauguração de núcleo familiar próprio é fato incompatível com a incapacidade civil.³⁰⁴

²⁹⁵ A natureza jurídica do casamento é matéria das mais controvertidas no direito civil e escapa aos lindes do presente trabalho. Sobre o tema, cf. GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²⁹⁶ “O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado.” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 93.)

²⁹⁷ Nesse sentido: AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *Código Civil comentado: das pessoas e dos bens*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33. v. 1.

²⁹⁸ A união estável, apesar de não ser causa de emancipação de acordo com esse inciso II do art. 5º do Código Civil, poderá caracterizar o estabelecimento civil com economia própria (inciso V). O tema será tratado mais adiante, nesta seção.

²⁹⁹ Código Civil, art. 1.517: O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

³⁰⁰ O parágrafo único do art. 1.517 do Código Civil prevê expressamente a solução jurisdicional da controvérsia, no caso de dissenso entre os pais, mediante remissão ao art. 1.631 do mesmo diploma.

³⁰¹ A necessidade de autorização dos pais não converte a emancipação de legal para voluntária, uma vez que “[o]s pais concedem licença para o filho casar-se e não para emancipar-se”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *Código Civil comentado: das pessoas e dos bens*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 34. v. 1.)

³⁰² Segundo o texto do art. 1.520 do Código Civil, não somente em razão da gravidez, mas também para evitar a imposição de pena criminal seria possível excepcionar o mínimo etário e permitir o casamento de pessoa com menos de dezesseis anos. Isso porque o Código Penal previa o casamento da vítima com o ofensor como causa de extinção de punibilidade (art. 107, VII e VIII). Sobreveio, entretanto, a Lei 11.106/2005 que revogou expressamente os referidos incisos, motivo por que não mais subsiste, na lei penal, o casamento como causa de extinção da punibilidade. Considera-se, conseqüentemente, revogada também a primeira parte do art. 1.520, na qual se refere a “evitar a imposição de pena criminal”.

³⁰³ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 56 de 2018, de autoria da deputada federal Laura Carneiro, que pretende a proibição do casamento, em qualquer caso, de pessoa que ainda não atingiu a idade núbil. Caso seja aprovado, por conseguinte, imporá à hipótese de emancipação pelo casamento também uma idade mínima de dezesseis anos, assim como na emancipação voluntária, a despeito de o mínimo etário não constar expressamente no inciso referente ao casamento (art. 5º, parágrafo único, II).

³⁰⁴ “Todo menor que casa, qualquer que seja a sua idade é tacitamente emancipado pelo fato do casamento. A sua qualidade de chefe de família, que adquire com o casamento, a isso força, por não ser compreensível que pudesse dirigir a família que constituiu com o casamento e continuasse sob o pátrio poder ou sob tutela de outrem.” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado: introdução e parte geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 304. v. 1.)

O fim do casamento pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges não restabelece a incapacidade.³⁰⁵ Mas situação distinta refere-se à anulação. De maneira geral, se a emancipação é derivada do casamento, a sua desconstituição, por via reflexa, desconstitui também a emancipação. Segundo Pontes de Miranda, “[s]e ao casamento foi declarada nulidade, ou anulação, é como se não tivesse havido: a cessação da menoridade não se deu.”³⁰⁶

Bulhões de Carvalho³⁰⁷ e Carvalho Santos³⁰⁸ defendem que a emancipação produz efeito até que seja decretada judicialmente a anulação (e não a nulidade) do casamento. Ambos afirmam persistir a emancipação no caso da declaração de putatividade do casamento do adolescente que casou de boa-fé.³⁰⁹⁻³¹⁰ Contemporaneamente, Gagliano e Pamplona também defendem a manutenção da emancipação ao cônjuge adolescente de boa-fé no caso de casamento putativo e afirmam a desconstituição da emancipação no caso de nulidade ou anulação.³¹¹

Farias e Rosenvald são mais específicos: defendem que o casamento nulo não gera a emancipação, mas o casamento anulado produz efeitos até que sobrevenha decisão judicial, o que faz do adolescente definitivamente capaz³¹² já que a emancipação altera o estado individual de maneira irreversível. Entretanto, entre as causas específicas de anulação do casamento estão a infringência à idade núbil e a ausência de autorização dos pais para o ato. A abordagem estrutural das invalidades, que parece ter conduzido os autores à conclusão de que a anulação do casamento não restitui a incapacidade ao adolescente, pode então se revelar

³⁰⁵ Segundo Clóvis Beviláqua, “se o casamento se dissolve por morte do cônjuge, ou se sobrevem desquite; esses fatos não alteram a situação adquirida.” (BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: RED Livros, 2001. p. 158.)

³⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I. p. 202-203.

³⁰⁷ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. II. p. 963.

³⁰⁸ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado: introdução e parte geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. P. 304-305. v. 1.

³⁰⁹ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. II. p. 963.

³¹⁰ Código Civil, art. 1.561: Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º: Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º: Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

³¹¹ “Em caso de nulidade ou anulação, entendemos que a emancipação persiste apenas se o matrimônio fora contraído de boa-fé (casamento putativo). Em caso contrário, retorna-se à situação de incapacidade.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 165.)

³¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 371.

insuficiente diante disso, pois implicaria a aquisição da plena capacidade civil por quem casou sem a autorização dos pais ou sem observância ao mínimo etário imposto pelo Código Civil.

Ademais, em vez de vincular os efeitos da emancipação à declaração judicial de putatividade do casamento e, conseqüentemente, condicioná-los à boa-fé do nubente, o princípio do melhor interesse do adolescente deve também ser observado quanto à decisão judicial sobre a persistência ou não da emancipação no casamento inválido, uma vez que a medida não deve ter caráter punitivo, sob pena de disfunção do instituto.³¹³ Em suma, o merecimento de tutela quanto à conservação da emancipação decorrente do casamento inválido deve ser analisado à luz dos valores constitucionais do ordenamento, dos quais a tutela prioritária dos interesses do adolescente se destaca.³¹⁴

Quanto à *colação de grau em ensino superior*, já dizia Vicente Ráo que não se leva em conta o fator econômico, e, sim, apenas o fator cultural, estabelecendo como presunção absoluta a aptidão para os atos da vida civil³¹⁵ da pessoa que concluiu os seus estudos universitários. Freire é ainda mais incisivo: segundo ele, não faria sentido outorgar ao médico a responsabilidade pela vida de uma pessoa e lhe negar o direito de reger a sua própria pessoa e bens.³¹⁶

Todavia, a redução da maioridade civil dos vinte e um para os dezoito anos de idade promovida pelo Código Civil de 2002 prejudicou a aplicabilidade dessa hipótese de emancipação, pois raras vezes uma pessoa com idade inferior aos dezoito anos completará o

³¹³ Sobre a função da emancipação, Cf. capítulo 3, *infra*.

³¹⁴ Ao propor uma análise funcional das invalidades negociais, assevera Eduardo Nunes de Souza: “A tutela da vulnerabilidade, portanto, acaba atuando sobre a modulação de todas as conseqüências da invalidade negocial a um só tempo. Nesse sentido, caberá ao intérprete perguntar se a vulnerabilidade concretamente observada será protegida, na medida mais proporcional a ela, por meio da desconstituição de efeitos do negócio; se essa desconstituição deve ser total ou parcial; se deve ser retroativa ou operar apenas a partir do provimento judicial, e assim por diante.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 358.) A lição do autor é aplicável à análise dos efeitos do casamento inválido da pessoa menor de dezoito anos pois a idade é fator de vulnerabilidade. Por isso, manter ou não a emancipação decorrente de casamento inválido deve ser decidido concretamente, à luz da axiologia constitucional.

³¹⁵ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 221. v. 2.

³¹⁶ “A colação de gráo científico em curso de ensino superior prova capacidade, certifica que o indivíduo cultivou a inteligência, aprendeu a viver, e não seria logico admittir que o Estado outorgasse ao medico a faculdade de se responsabilizar pela vida de outrem, ao advogado, a de defender a propriedade, a honra e a liberdade alheias, e lhes negasse o direito de reger sua própria pessoa e bens.” (FREIRE, Milcíades Mario de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro: Parte geral, disposição preliminar e das pessoas e dos bens*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro, 1930. p. 143. v. 2.)

ensino superior, cuja duração, segundo a Resolução 2 de 2007 do Ministério da Educação,³¹⁷ é de no mínimo três anos.³¹⁸

Em relação ao *exercício de emprego público efetivo*, Marco Aurélio Viana justifica a emancipação “porque não haveria explicação possível para o fato de uma pessoa estar apta a assumir uma responsabilidade desse alcance, representar o poder público sem ter a necessária maturidade e conseqüente discernimento.”³¹⁹ Paulo Lôbo frisa que essa modalidade de emancipação depende do caráter efetivo do emprego público, o que não ocorre em cargos temporários ou não efetivos, como os de livre nomeação e exoneração os quais, portanto, não geram emancipação.³²⁰⁻³²¹ Por outro lado, Vicente Ráo filia-se à orientação de que o suporte fático para a verificação dessa hipótese de emancipação é o *status* de servidor público, pouco importando o modo de investidura.³²²

Ademais, apesar da terminologia empregada, a hipótese abriga não apenas os casos de vínculo celetista do adolescente com órgão da administração pública direta ou indireta, mas também o cargo público sob regime estatutário.³²³

Decerto, em ambas as hipóteses – o exercício de emprego público efetivo e a colação de grau em ensino superior, o Código Civil não estabelece uma idade mínima, razão pela qual, ao menos teoricamente, seria possível que um adolescente absolutamente incapaz alcançasse a capacidade plena sem passar pela incapacidade relativa. Contudo, essas são

³¹⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Resolução 2, de 18 de junho de 2007. Dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial.

³¹⁸ A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) prevê em seu art. 47 §2º, contudo, que “[o]s alunos que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos, demonstrado por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas dos sistemas de ensino.” Isso favorece, embora em escassas exceções, a emancipação civil pela colação de grau em ensino superior.

³¹⁹ VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156.

³²⁰ “Excluem-se os cargos de provimento em comissão, de livres nomeação e exoneração, e os empregos de caráter temporário, nas hipóteses autorizadas por lei. Mas a possibilidade de investidura em cargo público com menos de dezoito anos depende de lei que expressamente a autorize. No âmbito federal, a Lei n. 8.112/1990 estabelece que a idade mínima de dezoito anos é requisito básico indispensável.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 130)

³²¹ Em sentido contrário, Marco Aurélio Viana defende: “Apontamos divergência doutrinária no exame do direito anterior, pois uma corrente sustentava que a lei só contemplava aqueles que exerciam cargo público efetivo, afastando os interinos, contratados, diaristas, mensalistas, extranumerários e investidos em comissão; outra corrente entendia que devia prevalecer o *status* de servidor público, exercendo qualquer serviço ou função administrativa, seja qual for o modo de sua investidura. Ficavam afastadas apenas as hipóteses de encargos meramente transitórios. Filiamo-nos à segunda corrente, porque o que se persegue é auferir a capacidade do menor para reger sua pessoa e bens. Se o próprio poder público reconhece-lhe o *status* de servidor público, pouco importando o modo se sua investidura, evidente que tem maturidade.” (VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.)

³²² RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 221. v. 2.

³²³ Nesse sentido: LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 130.

situações raríssimas mesmo com relação ao relativamente incapaz, com mais razão ainda o são quanto aos adolescentes com menos de dezesseis anos.

A excepcionalidade do exercício de emprego público por adolescente advém ainda da Lei 8.112/1990, a qual prevê como condição para a investidura em cargo público em âmbito federal a idade mínima de dezoito anos, norma que é comumente reproduzida nas leis municipais e estaduais³²⁴ e em editais de concurso público. Nada obstante, em julgado de 2016, o STJ franqueou a adolescente que contava com dezessete anos e dez meses de idade o direito a tomar posse do cargo de auxiliar de biblioteca, por entender que a idade da pleiteante era compatível com a natureza das atribuições do cargo.³²⁵

Segundo o Ministro Herman Benjamin, a emancipação prevista no inciso III do parágrafo único do artigo 5º do Código Civil autoriza o acesso da pessoa com idade inferior aos dezoito anos no emprego público. Todavia, essa conclusão parece assaz contraditória com o próprio julgado, pois o ministro deduziu a maturidade da adolescente através da concessão da emancipação *voluntária* realizada pelos pais, poucos meses antes da data da posse. Ou seja, neste caso não foi o emprego público que emancipou a adolescente, mas sim a outorga voluntária dos pais.

De qualquer forma, tem-se pelo entendimento do STF que a imposição de limites de idade mínimo e máximo para exercício de cargo público é lícita, desde que compatível com a natureza das atribuições da função.³²⁶ É graças a esse entendimento, portanto, que se mostra

³²⁴ Assim são os art. 47, II da Lei 10.261/1968 do Estado de São Paulo; art. 8º, do Decreto 2479/1979 do Estado do Rio de Janeiro; art. 13, II da Lei 869/1952 do Estado de Minas Gerais; art. 7º, III da Lei Complementar 10.098/1994, do Estado do Rio Grande do Sul; art. 13, II da Lei 6174/1952 do Estado do Paraná; art. 7º, IV da Lei 6.745/1985 do Estado de Santa Catarina; art. 8º, V da Lei 6677/1994 do Estado da Bahia; art. 6º, V da Lei Complementar 13/1994 do Estado do Piauí, art. 14, §1º, I da Lei 9826/1974 do Estado do Ceará; art. 7º, V da Lei Complementar 122/1994 do Estado do Rio Grande do Norte; art. 20, II da Lei Complementar 39 de 1985 do Estado da Paraíba; art. 10, §3º da Lei 2148/1977 do Estado de Sergipe; art. 5º, V da Lei 5247/1991 do Estado de Alagoas; art. 8º, V da Lei 6.107/1994 do Estado do Maranhão; art. 17, II da Lei 5810/1994 do Estado do Pará; art. 42, II da Lei 1762/1986 do Estado do Amazonas; art. 5º, §1º, V da Lei Complementar 53/2001 do Estado de Roraima; art. 4º, V da Lei 66/1993 do Estado do Amapá; art. 6º, V da Lei Complementar 39/1993 do Estado de Acre; art. 8º, V da Lei Complementar 68/1992 do Estado de Rondônia; art. 9º, V da Lei 1102/1990 do Estado do Mato Grosso do Sul; art. 8º, V da Lei Complementar 4/1990 do Estado de Mato Grosso; art. 9º, IV da Lei 10460/1998 do Estado de Goiás; art. 6º, V da Lei 1818/2007 do Estado de Tocantins, art. 6º, III da Lei Complementar 46/1994 do Estado do Espírito Santo e art. 7º, V da Lei Complementar 840/2011 do Distrito Federal. Dos estados pesquisados somente Pernambuco deixa a cargo do edital estabelecer a idade mínima para a investidura em cargo público.

³²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1462659/RS, da Terceira Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 01 dez. 2015.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 683. O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

viável, embora não frequente, a posse de adolescente em cargo público, acarretando, por via de consequência a emancipação.³²⁷

Mais problemática é a hipótese de emancipação prevista no inciso V do artigo 5º do Código Civil.

Em junho de 2016, o TRT da 18ª Região negou provimento a recurso interposto por reclamante que questionava a validade do seu pedido de demissão, requerendo a reintegração ao emprego que mantinha como vendedora de uma loja de calçados.³²⁸ A demandante fundamentou-se em dois argumentos: ela estaria grávida no momento em que pediu demissão,³²⁹ embora não tivesse ciência disso, e porque a demissão não contou com assistência de seus responsáveis legais, a despeito de contar com dezessete anos à época dos fatos.³³⁰

Segundo o acórdão, “configurou-se a emancipação pelo estabelecimento de relação de emprego, auferindo [a reclamante] rendimento do seu trabalho, demonstrando autonomia com relação aos pais, o que se confirma também pela constituição da família, com a união estável”, razão pela qual estaria afastada a alegação de invalidade da rescisão. Concluiu-se que “a reclamante passou a deter, com o rendimento de seu emprego, a autossuficiência financeira para gerir a sua vida, alcançando a emancipação econômica frente aos seus pais”.

A hipótese que embasou o aresto vem descrita no art. 5º, parágrafo único, inciso V do Código Civil, segundo o qual cessa a incapacidade civil o *estabelecimento civil ou comercial ou relação de emprego, desde que, em função deles, o adolescente com dezesseis anos completos tenha economia própria*. Impõe-se, nesses casos, a idade mínima de dezesseis anos ao adolescente emancipando.

O inciso reúne três situações bastante distintas: o a) estabelecimento civil, b) o estabelecimento comercial e a c) a relação de emprego. Todas elas, para gerarem a

³²⁷ Foram encontrados julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que refutam a possibilidade de exercício de cargo público por pessoa com idade inferior aos dezoito anos em razão da inimputabilidade penal. Nesse sentido: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível* 0000977-95.2015.8.26.0315, 5ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Maria Laura de Assis Moura Tavares. São Paulo, SP, 25 jul. de 2016. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível* 4000399-28.2012.8.26.0361, 10ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Paulo Galizia. São Paulo, SP, 25 ago. 2014.

³²⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (18 Região). *Recurso Ordinário* 0010272-69.2015.5.18.0012. Rel. Gentil Pio de Oliveira, GO, 17 jun. 2016.

³²⁹ A empregada gestante goza de estabilidade provisória, nos termos da legislação trabalhista (art. 391-A da CLT).

³³⁰ O art. 439 da CLT determina: “É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.

emancipação, devem ser capazes de fornecer ao adolescente economia própria. O dispositivo reproduz a hipótese do artigo 9º, V do Código Civil de 1916, com a diferença de constar expressamente o mínimo etário de dezesseis anos e acrescentar a relação de emprego entre as hipóteses de emancipação.

Aliás, a exigência de *economia própria*, presente nas três situações condensadas no inciso V do parágrafo único do artigo 5º do Código Civil (estabelecimento civil, comercial, relação de emprego), destaca o componente patrimonial dessa hipótese de emancipação. A explicação de Freire é elucidativa:

É indispensável que, pelo exercício da atividade própria, pelo trabalho, pelo esforço, consiga o menor essa *economia*, para poder gozar das vantagens da lei. Assim procedendo, mostra-se capaz de reger sua pessoa e administrar seus bens, e não seria logico manter sob o regimen de incapacidade aquelle que, por si mesmo, creando (*sic*) os meios necessarios á (*sic*) vida, afirma claramente a sua personalidade.

Desse modo, o adolescente com relação de emprego, ou que se estabelece civil ou comercialmente, mantendo-se sem a necessidade dos recursos financeiros dos pais ou responsável, é legalmente considerado emancipado, pois dessa situação fática se deduz o alcance de suficiente grau de discernimento para a prática dos atos da vida civil. A finalidade dessa hipótese, contudo, revela a intenção de se proteger os terceiros com quem o adolescente firme negócios,³³¹ o que parece nítido no caso julgado pelo TRT de Goiás. A adolescente já havia inaugurado o seu próprio núcleo familiar, por meio da união estável e trabalhava com vínculo empregatício para angariar recursos financeiros para sua manutenção e de sua família. Em razão disso, dispensou-se a formalidade da assistência de seus pais – modo de suprimento da incapacidade – para o pedido de rescisão, que foi aceito e processado pela empregadora.

Como decorre de fato jurídico,³³² a emancipação, nesses casos, diferentemente da emancipação voluntária, não depende de um ato jurídico praticado pelos pais da adolescente.

³³¹ Essa função de proteção dos terceiros é asseverada por Silvio Rodrigues ao se referir à emancipação pelo estabelecimento civil ou comercial ou relação de emprego com economia própria. Segundo o jurista, “[o] legislador, neste caso, tem, principalmente, por escopo proteger tais pessoas, que, de boa-fé, estabelecem relações comerciais com o menor”. (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59. v. I.) Mas, considerando que a emancipação alça o adolescente à condição de pessoa plenamente capaz, qualquer ato jurídico por ele praticado não poderá ser invalidado por incapacidade, de modo que, reflexamente, será conferida maior segurança às relações jurídicas e aos terceiros que entabularem negócios com o emancipado.

³³² “A norma jurídica atua no mundo jurídico pela *incidência* (que constitui sua única eficácia na dimensão dogmática do direito) que, por sua força, *jurisdiciza a parte relevante de seu suporte fático*, transformando-o em fato jurídico. Ser fato jurídico, portanto, é a qualificação que a norma atribui a fatos da vida nela valorados, por força de sua incidência.” (MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre a adequação da categoria negócio jurídico ao mundo atual. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição*: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 388.)

A emancipação surge como um efeito direto da lei e independe de registro.³³³ Segundo Martins Ferreira, trata-se de situação de fato, regularizada pela lei, tornando-a situação de direito,³³⁴ a qual “pode ser comprovada por todos os meios, quando contestada ou negados os seus efeitos.”³³⁵

Isso pode gerar dúvidas com relação ao termo inicial e ao alcance da emancipação. A partir de quando a adolescente é considerada emancipada? A emancipação alcança todos os atos da vida civil, ou, nesse caso, atinge somente a relação empregatícia que estava *sub-judice*?

Seria tentador afirmar que a data do alcance da capacidade plena se daria quando da assinatura do contrato de trabalho, mas essa afirmação não poderia ser admitida porque o que emancipa é a *relação de emprego* e não o *contrato formal emprego*.³³⁶ Além disso, exige-se também a economia própria e o adolescente pode ter conquistado a independência financeira posteriormente ao início do trabalho, pois são pressupostos diferentes e cumulativos.

Nesses casos, por não alterar o registro civil do emancipando, a emancipação serve como um instrumento de avaliação em concreto da maturidade, a partir dos critérios elencados pela lei. Como a idade civil estabelece uma presunção de imaturidade, a emancipação por economia própria é capaz de elidir essa presunção, que se torna, portanto, relativa, desde que verificados objetivamente os critérios legais: o estabelecimento comercial, civil ou relação de emprego, como fontes da renda própria do adolescente.

A situação se harmoniza com o artigo 1.693, II, do Código Civil, segundo o qual estão excluídos do usufruto e administração dos pais os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos.

³³³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*: em comentário ao decreto nº. 4.857, de 9 de novembro de 1939 com as alterações introduzidas pelo Decreto nº. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro. 6 ed. rev. e atual. por José Serpa de Santa Maria. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995. p. 342. v. I.

³³⁴ “O estabelecimento civil ou comercial com economia própria, independe de título (*sic*) ou documento possível de ser arquivado. É situação de fato. Regulariza-a a lei, transformando-a em situação de direito. Póde ser comprovada por todos os meios quando contestado ou negados os seus efeitos.” (FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito mercantil brasileiro*: O comerciante. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. p. 273. v. 2.) Não se deve ignorar, contudo, que contemporaneamente, sob a égide da dogmática civil constitucional, rompe-se essa distinção estanque entre fatos naturais e fatos jurídicos. Sobre o tema, cf. TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBD Civil)*. Belo Horizonte, v. 1, p. 8-37, jul-set. 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>> Acesso em: 10 dez. 2018.

³³⁵ FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito mercantil brasileiro*: O comerciante. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. p. 273. v. 2.

³³⁶ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

Isso porque esses valores, administrados pelo próprio filho, dão margem ao reconhecimento da emancipação legal se, com isso, ele conseguir estabelecer-se independentemente dos pais.

Quanto à relação empregatícia, o adolescente pode exercer trabalho remunerado a partir dos quatorze anos, de acordo com o artigo 227, §3º, I da Constituição Federal. Entre os quatorze e os dezesseis anos, ele somente poderá exercê-lo na condição de aprendiz e a partir dos dezesseis, pode então manter relação de emprego. Enquanto adolescente, é vedado o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, seja como aprendiz ou como empregado, em observância ao artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal. Embora o Código Civil faça referência expressa à relação de emprego como causa de emancipação tácita, se o adolescente mantiver vínculo de outra natureza, poderá ser considerado plenamente capaz pelo estabelecimento civil com economia própria.

De acordo com Barbosa de Magalhães, *estabelecimento comercial* é expressão que pode ser tomada em sentido econômico ou jurídico. Sob o primeiro ponto de vista, consiste em “organização técnica constituída por todos os factores que servem para o exercício de uma actividade comercial”.³³⁷ Juridicamente, estabelecimento comercial seria “o conjunto ou complexo de coisas corpóreas e incorpóreas organizado para o exercício do comércio por determinada pessoa, singular ou colectiva”.³³⁸ Em complemento, Darcy Arruda recorda que “do ponto de vista jurídico, a noção de estabelecimento não inclui necessariamente a do lugar, uma vez que o comerciante pode exercer a atividade sem fixar-se em parte alguma.”³³⁹

O Código Civil de 2002 conceitua “estabelecimento”³⁴⁰ no artigo 1.142, segundo o qual “[c]onsidera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” Portanto, ao determinar que o estabelecimento comercial é causa de emancipação, o Código Civil se refere ao adolescente que exerce a atividade empresária.

No entanto, o estabelecimento comercial somente era viável como causa de emancipação no ordenamento jurídico anterior ao Código Civil de 2002, tendo em vista que o Código Comercial (Lei 556/1850) autorizava o exercício de atividades de comércio pelo filho

³³⁷ MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial*: estudo de direito privado. Lisboa: Ática, 1951. p. 13.

³³⁸ MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial*: estudo de direito privado. Lisboa: Ática, 1951. p. 13.

³³⁹ MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. *Curso de direito comercial*: parte geral. 3 ed. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 96. v. 1.

³⁴⁰ Embora o Código Civil se refira a estabelecimento comercial no art. 5º, no livro de empresa foi adotado o termo “estabelecimento”, ao contrário do antigo Código Comercial (Lei 556/1850), onde se utilizava ainda a expressão “estabelecimento comercial” (art. 1.3).

com 18 anos completos,³⁴¹ mediante autorização dos pais, provada por escritura pública, o que tinha por efeito secundário a emancipação para todos os atos da vida civil.³⁴²

Atualmente o próprio Código Civil – que, aliás, revogou essas disposições do Código Comercial, veda o exercício da empresa pela pessoa incapaz, exceto apenas quando continuar atividade iniciada pelos seus pais. Nesse caso, a empresa depende de autorização judicial, que fica sujeita ao exame das circunstâncias, do risco e da conveniência em continuá-la, podendo o juiz revogar a autorização a qualquer tempo.³⁴³ Assim, a emancipação por estabelecimento comercial evidencia hipótese anacrônica, cuja aplicabilidade se mostra prejudicada, a menos que se entenda pela possibilidade de constituição de estabelecimento comercial de fato pelo menor, e não em registro.³⁴⁴

O *estabelecimento civil*, por outro lado, nos dizeres de Bulhões Carvalho consiste na “vida independente e estável”,³⁴⁵ ou seja, reporta-se à situação em que o filho se desvincula da

³⁴¹ Recorde-se que a maioridade civil, segundo o Código Civil de 1916, atingia-se aos 21 anos de idade. Portanto, a idade de 18 anos imposta pela lei para a emancipação pelo estabelecimento comercial equivaleria, hoje, ao mínimo de dezesseis anos.

³⁴² Código Comercial, art. 1 - Podem comerciar no Brasil:[...] 3 - Os filhos-famílias que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis.

³⁴³ Código Civil, art. 974: Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

³⁴⁴ A esse respeito, assim se posiciona Gladston Mamede: “Especificamente no que se refere à incapacidade relativa dos menores de 18 anos e maiores de 16 anos, colocam-se as possibilidades de emancipação. Entre elas, impressiona o artigo 5º, parágrafo único, inciso V, do Código Civil, prevendo que cessará a incapacidade civil pelo *estabelecimento comercial do menor com economia própria*. A previsão guarda relações com o artigo 9º, V do Código Civil de 1916, que também previa a emancipação pelo *estabelecimento comercial com economia própria*. Todavia, tinha-se disposto, no art. 1º, número 3, do Código Comercial (Lei 556/1850), a possibilidade de os pais autorizarem o filho relativamente incapaz, menor de 21 anos, mas já maior de 18 anos de idade, a comercializar. Essa norma não tem correspondência no Código Civil de 2002, sendo proveitoso questionar como se daria o *estabelecimento comercial com economia própria*, se o menor de 18, não emancipado por outra razão, simplesmente não pode inscrever-se como empresário individual. Acredito que a solução está na consideração da expressão *estabelecimento comercial* por aspecto dos fatos e não pelo ângulo jurídico. Provando o menor de 18 anos e maior de 16 que, com economia própria, titulariza uma empresa (‘atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’, segundo o texto do art. 966 do Código Civil), ainda que de fato, isto é, sem o respectivo registro, poderá pedir judicialmente a declaração de sua emancipação, levá-la a registro, destarte, preenchendo o requisito da capacidade civil, inscrever-se como empresário individual, cumprindo a obrigação listada no art. 967 do Código Civil, fazendo jus ao regime jurídico empresarial, com suas benesses, inclusive fiscais, com a equiparação à pessoa jurídica (art. 150 do Regulamento do Imposto de Renda, de 1999), cuja alíquota de tributação para o imposto de renda é menor.” (MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 75-76. v. 1.)

³⁴⁵ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. II. p. 990.

dependência familiar, estabelecendo vida em separado.³⁴⁶ No direito romano, visto que a *patria potestas* era vitalícia, essa forma de emancipação se desenvolveu para reconhecer como *sui juris* o filho que deixasse a subordinação paterna e passasse a viver de forma independente com o consentimento tácito do *pater familias*.³⁴⁷

Nada obstante tenha adotado como premissa a extinção da autoridade parental a partir da maioridade, o Código de 2002 manteve a hipótese de emancipação pelo estabelecimento civil com economia própria. Nesse caso, então, considera-se emancipado e, portanto, plenamente capaz, o adolescente que mantenha vida independente, separada de seus pais. Lafayette bem sintetiza: “[d]esde que o filho institui economia separada, com intenção de governar-se à parte, a emancipação entende-se verificada, não contradizendo o pai logo.”³⁴⁸

Na legislação estrangeira, poucos são os países que adotaram a emancipação a partir do estabelecimento civil, tal como feito pela legislação brasileira. Com uma técnica legislativa mais apurada, a Espanha mantém vigente o artigo 319 do Código Civil, segundo o qual se reputará para todos os efeitos como emancipado o filho maior de dezesseis anos que com o consentimento dos pais viva independentemente deles, podendo esse consentimento ser revogado.³⁴⁹ Castro y Bravo explica:

Por vida independente deve-se entender, mais do que o possuir o próprio domicílio ou separação física, o levar uma vida econômica separada da vida familiar; o exercício de uma profissão, emprego, comércio ou indústria, que é administrado por si e para si. E, como uma situação de fato, deve ter, para ser eficaz, uma

³⁴⁶ Constata-se na doutrina jurídica posições contrárias a esse entendimento. Para Maria Helena Diniz, são exemplos de estabelecimento civil “a exposição de obra de arte numa galeria, por artista plástico menor, que, por isso, recebe remuneração”, contrapondo-se ao estabelecimento empresarial, que ocorreria pela “compra de produto feita pelo menor para revenda, obtendo lucro” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 224.) No mesmo sentido, manifesta-se Coelho: “Imagine que o rapaz é artista (pintor ou escultor) e cuida pessoalmente da negociação de suas obras junto às galerias; obtendo remuneração por elas, ele estará *civilmente* estabelecido. Se compra e revende algum produto, garantindo lucros para si, está *comercialmente* estabelecido” (grifos no original). (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 181-182.)

³⁴⁷ Já no terceiro século, entretanto, admitia-se uma espécie de emancipação, tácita resultante do fato de ter o pai deixado o filho viver ‘como se estivesse de direito emancipado’, ‘ut paterfamilias quasi jure emancipatus’, ou ‘por longo tempo tolerado que como pai de família administrasse seus bens’, ‘quum diu passus sis ut patrifamilias res ejus agi per eos’. Mas somente (sic) no décimo século o Imperador bizantino Leão, o Filósofo, editou regra expressa a êsse respeito, determinando que além das outras formas de emancipação acrescentava a de que: ‘se o filho parecesse viver dono de si mesmo, já que seu pai a isso o tivesse autorizado verbalmente, já que, embora não o autorizasse, admitisse tácitamente (sic) que êle se estabelecesse e vivesse em separado, embora não fosse casado, sua independência deveria ser aprovada e confirmada’ [...].” (CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 980. t. II.)

³⁴⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 295.

³⁴⁹ No original: “Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.”

externalização objetiva, alguma maneira pela qual possa ser claramente conhecida.³⁵⁰

A lei espanhola impõe um requisito que não é reproduzido na lei brasileira: a aquiescência dos pais. Para que a vida independente gere a emancipação, é necessário que eles consentam com o estabelecimento de vida em separado do filho, ainda que tacitamente. Considera-se, portanto, que o mero conhecimento da situação independente do filho sem oposição dos pais é suficiente para a emancipação.³⁵¹

Outra particularidade é que esse consentimento é revogável, o que faz com que a emancipação não gere um estado perene, mas sim precário, podendo ser alterado a qualquer momento. Consequentemente, Castro y Bravo assevera que essa modalidade de emancipação – que sequer poderia a rigor ser chamada de emancipação³⁵² – não gera estado civil.³⁵³ Díez-Picazo e Gullón, afirmando se tratar de uma emancipação de fato criticam a extinção da *patria potestad*, pois então não haveria em que fundamentar a possibilidade de revogação.³⁵⁴ Ademais, todos eles concordam que a negativa dos pais quanto à vida independente do filho não pode ser arbitrária.³⁵⁵

O que se pode extrair da experiência estrangeira é a objetividade daquela lei para exprimir a emancipação do adolescente que, de fato, vive de forma independente. Aliás, a expressão “vida independente” aliada ao requisito da “economia própria” seria suficiente para abrigar os casos de emancipação tácita previstas no inciso V do artigo 5º do Código Civil,

³⁵⁰ No original: “Por *vida independiente* se ha de entender, más que el tener propio domicilio o la separación física, el llevar una vida económica separada de la familiar; el ejercitar una profesión, empleo, oficio, comercio o industria, que es administrado por sí y para sí. Y, como situación de hecho, ha de tener, para ser eficaz, una exteriorización objetiva, algún modo por el que pueda ser conocida claramente.” (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 196. v. 2.)

³⁵¹ “El *consentimiento* significa la aquiescencia expresa o tácita del padre y habrá de considerarse que existe por el mero conocimiento de la vida independiente del hijo, no seguido de oposición.” (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 196. v. 2.) Tradução livre: O consentimento significa a aquiescência expressa ou tácita do pai e considera-se existente pelo mero conhecimento da vida independente do filho, sem oposição.

³⁵² “La eficacia de la vida independiente del hijo tiene muy distinto alcance que la emancipación del menor. [...] No hay una emancipación, sino que se le equiparará la situación del emancipado, en un ámbito especialmente restringido, respecto a ciertos bienes.” (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 197. v. 2.) Tradução livre: A eficácia da vida independente do filho tem um alcance muito distinto da emancipação do menor. Não há uma emancipação e sim uma equiparação à situação do emancipado, em um âmbito especialmente restringido, relativo a certos bens.

³⁵³ “La llamada emancipación tácita (art. 160 C.c.) no constituye estado civil, por carecer de la permanencia propia de éste.” (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 77. v. 2.) Tradução livre: A chamada emancipação tácita não constitui estado civil por faltar a permanência própria deste.

³⁵⁴ “Es dudoso que, pese las expresiones legales, la patria potestad quede por completo extinguida. Si así fuera, ¿en qué basar entonces la revocación de la situación del menor?” (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 233.)

³⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 233. e CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 196-197. v. 2.

sendo desnecessária a remissão do Código à relação e emprego e deveras anacrônico referir-se ao estabelecimento comercial.

Uma última consideração a ser feita é que a vagueza da expressão “estabelecimento civil” permite alcançar as hipóteses do adolescente que passou a constituir núcleo familiar próprio, conquanto não tenha casado. O objetivo é atender a parametrização constitucional pautada na pluralidade das modalidades de família, pois não apenas a família matrimonializada implica responsabilidades aos seus integrantes e tutela jurídica.

Apesar disso, seguindo o texto adotado anteriormente pelo Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 prevê expressamente tão somente o casamento como hipótese de emancipação. Isso evidencia certo descompasso com a realidade brasileira, na qual crescem os arranjos familiares baseados em uniões estáveis. Segundo o último balanço censitário realizado pelo IBGE e divulgado em 2010, 36,4% das pessoas declararam-se em uniões consensuais, o que representou um aumento de aproximadamente 8% com relação ao decênio anterior.³⁵⁶ O número de casamentos, por outro lado, embora ainda ocupe um lugar privilegiado na escolha dos brasileiros, naquela mesma pesquisa sofreu decréscimo em todas as modalidades.

Essa interpretação, portanto, visa a corrigir essa omissão da lei, uma vez que a informalidade da união não poderia ser óbice ao reconhecimento da emancipação, quando há outras hipóteses legais dependentes tão somente de fatos jurídicos para se considerar um adolescente como emancipado. Além disso, não havendo uma remissão expressa à fonte de rendimento (como ocorre com a relação de emprego e com o estabelecimento comercial), bastaria o sustento próprio, para caber a emancipação de fato.

Por fim, enquanto percebe-se uma tendência das legislações estrangeiras de reduzir as hipóteses de emancipação,³⁵⁷ a lei brasileira seguiu em sentido oposto. O que se questiona com a manutenção de tantas hipóteses, ainda mais as legais (com exceção do casamento), é a quem interessa a emancipação. Justifica-se a tutela do interesse de terceiros por meio da emancipação civil?

³⁵⁶ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010: famílias e domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf> Acesso em: 03 jan. 2019.

³⁵⁷ Na Espanha a vida independente é causa de emancipação, mas no direito argentino, somente o casamento é causa de emancipação, assim como no direito português. Sobre o tema, v. capítulo 3.

Certamente o interesse de terceiros não pode ser desconsiderado, mas outras disposições pontuais do Código Civil permitem a sua tutela sem afetar o estado individual do adolescente. Apenas a título exemplificativo, mencionam-se os artigos 180 e 589, V do Código Civil. O primeiro prevê que “[o] menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”. O segundo determina que o mútuo pode ser reavido se o adolescente entre dezesseis e dezoito anos de idade obteve o empréstimo maliciosamente.

Sem qualquer pretensão analítica sobre os determinados dispositivos, específicos para a celebração de negócios jurídicos e para o contrato de mútuo, nota-se que o Código Civil lança instrumentos de tutela aos interesses juridicamente relevantes de terceiros sem, com isso, afetar a capacidade jurídica do adolescente. Conclui-se, portanto, que a alteração da capacidade civil do adolescente, por alterar o seu estado individual e familiar, deve orientar-se primordialmente pelo interesse dele, resguardando-se os interesses de terceiros para a tutela mediante os mecanismos legais apropriados.

3 A EMANCIPAÇÃO VOLUNTÁRIA À LUZ DA TUTELA CONSTITUCIONAL DO ADOLESCENTE

3.1 Perfil funcional da emancipação civil na dogmática civil-constitucional

Em outubro de 2017, a atriz Larissa Manoela, à época com 16 anos, compareceu sozinha à festa do Prêmio Multishow de Música, o que causou estranhamento na mídia em razão de sua idade. Questionada, a atriz revelou: “[s]ou emancipada, mas não bebo álcool e também não vou muito a festas. Só algumas. Tenho responsabilidade.” O portal de notícias UOL acrescentou ainda a seguinte justificativa: “[m]uita gente estranhou o fato da jovem de 16 anos estar sozinha numa balada proibida para menores de idade. Isso aconteceu porque a atriz do SBT está emancipada desde o ano passado, em decisão conjunta tomada com a família em vista à sua carreira artística.”³⁵⁸

A emancipação foi também tratada em reportagem de 2010 produzida pelo portal de notícias G1, sobre modelos menores de dezoito anos, na qual se afirma:

Poder assinar um contrato sozinha, adquirir um cartão de crédito em seu nome e até frequentar baladas para maiores de 18 anos. Essas são algumas facilidades que a modelo pernambucana Étila Santiago, de 17 anos, conseguiu por ser emancipada. Ao pedir a emancipação, um jovem adquire direitos civis como os de um adulto. Na profissão dela, essa situação é muito comum.³⁵⁹

Em outra situação, também no ano de 2010, foi vetada pela Justiça paulista a participação da atriz Malu Rodrigues, à época com 16 anos de idade, em peça teatral sobre os dilemas da adolescência, pois, durante a apresentação, a atriz exibiu um dos seios e interagiu com outro ator na simulação de um ato sexual. A peça teatral ocorreu várias vezes antes da proibição, inclusive em outros estados da federação, e a escusa dos organizadores da peça foi a prévia emancipação concedida pelos pais da adolescente.³⁶⁰

Depois de tratar sobre a importância da idade como critério cronológico da capacidade civil e sobre o perfil estrutural da emancipação, os casos relatados trazem à lume questões

³⁵⁸ Aos 16 anos, Larissa Manoela curte balada na madrugada e explica: está emancipada. *Na telinha*, 25 out. 2017. Disponível em: <<https://natelinha.uol.com.br/celebridades/2017/10/25/aos-16-anos-larissa-manoela-curte-balada-na-madrugada-e-explica-esta-emancipada-111637.php>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

³⁵⁹ ISKANDARIAN, Carolina; BONADIO, Luciana. Emancipação ‘facilita a vida’, dizem modelos menores de 18 anos. *G1*, São Paulo, 05 maio 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/05/emancipacao-facilita-vida-dizem-modelos-menores-de-18-anos.html>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

³⁶⁰ TOMAZ, Kleber. Justiça proíbe garota de 16 anos de exibir seio em peça de teatro em SP. *G1*, São Paulo, 08 jul. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/07/justica-proibe-garota-de-16-anos-de-exibir-seio-em-peca-de-teatro-em-sp.html>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

práticas sobre o instituto jurídico. Quais os influxos do paradigma da proteção integral do adolescente sobre a emancipação? Quais os efeitos jurídicos que ela gera? Uma resposta jurídica satisfatória a essas perguntas depende primeiramente do estabelecimento de uma premissa: afinal, para que serve a emancipação?

A atriz Larissa Manoela justificou a emancipação concedida por seus pais “com vistas na carreira artística” que ela exercia. Segundo o artigo 5º do Código Civil, emancipada, ela poderá praticar todos os atos da vida civil prescindindo de assistência. O exercício da profissão desde cedo forneceu à jovem meios próprios de subsistência, ao mesmo tempo em que ela se revelou madura o suficiente para antecipar a capacidade civil, segundo o juízo de seus pais.

A presunção legal *propter aetem* de imaturidade que embasa a incapacidade civil – absoluta ou relativa, a depender da idade – é bastante conveniente no ordenamento jurídico: atende ao imperativo de segurança das relações jurídicas ao mesmo tempo em que insere o incapaz no tráfego de bens por meio de representante ou assistente.³⁶¹

Por meio dela, é possível estabelecer automaticamente o estado individual conforme se esteja na maioridade ou na menoridade, com repercussões na capacidade de agir da pessoa. Quem tiver atingido a idade legal, alcança também a capacidade plena, se despojando da presumida vulnerabilidade que agasalhava as suas relações jurídicas.

Nessa perspectiva, o estado civil, que já havia sido responsável por particularizar em demasiado a capacidade jurídica,³⁶² funcionaliza-se à realização da dignidade humana. Mais do que identificar a posição social do indivíduo, passa a ser um instrumento de detecção de fatores de vulneração, impondo tratamentos jurídicos distintos, não para conceder privilégios, mas para intensificar a tutela da personalidade humana.

Mas o estado civil somente se coloca como instrumento de proteção da pessoa incapaz na medida em que a presunção de imaturidade se revela minimamente consentânea com a

³⁶¹ Sobre o tema, veja-se o capítulo 1.

³⁶² Para Martins-Costa, “[o] direito romano conheceu a capacidade como status, ou ‘estado’. No medievo, o princípio do particularismo, próprio à estratificada organização sociojurídica medieval, deu contornos próprios à questão: como categoria jurídica, a capacidade vinha então revestida por variadíssimos *elementos de especificação* que revestiam o *status*, isto é, a posição do indivíduo na ordem social, com o que se atava a capacidade de cada um à concretude as suas efetivas condições familiares, pessoais, religiosas, profissionais e de casta.” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 310.)

realidade.³⁶³ Isto é, privar uma pessoa de sua plena capacidade somente é justificável em uma ordem civil-constitucional quando efetivamente se está a protegê-la da própria inexperiência ou da falta de discernimento.³⁶⁴ Se, ao contrário, a pessoa se mostra concretamente capaz, condicionar a validade de seus atos à assistência ou substituí-la por meio da representação pode significar, em vez de proteção, violação à dignidade humana.³⁶⁵

Ainda assim, o *status* como critério para a capacidade jurídica da pessoa natural sobrevive no que tange à incapacidade etária, em virtude da presunção *propter aetem* de imaturidade. Convém notar, no entanto, que a abordagem do *status* foi superada como critério de incapacidade da pessoa com deficiência, justamente porque privava o indivíduo da atuação na vida civil sem considerar as suas potencialidades reais.³⁶⁶ Nesse contexto, o *status* mais representava um rótulo estigmatizante do que uma forma de proteção das vulnerabilidades.

Com relação à idade, o sistema de incapacidades opera de forma diferente e os estados civis de maioridade e menoridade auxiliam na operabilidade das normas jurídicas, tendo em

³⁶³ Segundo Judith Martins-Costa, “a atribuição da capacidade jurídica é uma construção dogmática que esconde atrás de si deslizamentos conceituais e axiológicos nem sempre percebidos pelo jurista. Sendo testada pela *práxis* a dogmática jurídica não é neutra – pois é permanentemente construída e reconstruída, sendo informada por opções de valor e infiltrada por percepções sociais – *revelando a sua utilidade quando apta a caminhar de mãos dadas com a experiência social concreta e com as escolhas valorativas traduzidas deontologicamente em princípios e em regras.*” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 305.) (grifou-se)

³⁶⁴ Nesse sentido a colocação de Eberle: “Nem mesmo a segurança jurídica e a celeridade do mundo negocial podem contrapor-se a esse reclamo essencial da individualidade humana. A ordem jurídica que não garanta o instrumental necessário ao pleno desenvolvimento humano torna-se rota por sua própria incoerência.” (EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006. p. 152.)

³⁶⁵ Referindo-se à necessidade de reconhecimento da capacidade jurídica da pessoa com deficiência, Joyceane Menezes constata os riscos da incapacidade: “No atual estado da arte, entende-se que: sem a capacidade jurídica plena, a pessoa perde a chance de desenvolver e exercer as suas potencialidades e, com ela, o acesso aos direitos humanos, sobretudo a liberdade de eleição e o direito de realizar seu próprio plano de vida.” (MENEZES, Joyceane Bezerra. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/7990/pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.)

³⁶⁶ Segundo Joyceane Menezes, de acordo com a abordagem do *status*, “o próprio estado da deficiência seria o critério incapacitante. A simples ocorrência de uma deficiência específica (notadamente aquela de ordem psíquica e intelectual) seria suficiente para privar a pessoa da capacidade jurídica, independentemente das suas capacidades concretas e reais.” Recorda a autora que “[o] Código Civil de 1916 utilizou o status approach, arrolando entre os absolutamente incapazes ‘os loucos de todos os gêneros’” e conclui que “[r]otular a pessoa com a ‘incapacidade’ pode trazer prejuízos irreparáveis ao seu desenvolvimento e constituir uma profecia ‘auto-realizável’. Lançado à condição de incapaz, o sujeito não será estimulado a aprender e a desenvolver determinadas tarefas. Privado do continuado exercício de decidir, ver-se-á confinado à perene passividade.” (MENEZES, Joyceane Bezerra. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/7990/pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.)

vista a impraticabilidade de se aferir em cada caso concreto a medida da capacidade de cada criança ou adolescente.

Em termos mais técnicos, a idade é, então, o fato jurídico objetivamente considerado para a formação da *presumptio iuris*³⁶⁷ ou presunção legal de imaturidade da qual decorre uma política de proteção baseada na aptidão natural mediana dos indivíduos, contingente aos padrões sociológicos esperados em dado contexto histórico-social.³⁶⁸ Reafirma-se, então, que a incapacidade etária transforma uma realidade quantitativa (idade) em um dado objetivo qualitativo (capaz ou incapaz), que operacionaliza as relações jurídicas mediante uma disciplina abstrata e homogênea.

A fixação da maioria civil durante a elaboração do Código de 2002 suscitou amplos debates quanto à valoração da idade pelos legisladores brasileiros. No Projeto original, a maioria civil atingia-se aos 21 anos. A primeira insurgência partiu do então Deputado Federal Fernando Coelho, que propôs a Emenda 14, visando à redução para os 18 anos de idade. Segundo os dizeres do deputado:

Não se justifica a orientação adotada pelo Projeto. Se aos dezoito anos o homem já está capacitado para exercer pessoalmente os direitos e obrigações previstos na legislação trabalhista e para exercer o direito do voto, impõe-se que se estabeleça o término da menoridade aos dezoito anos. A medida apenas refletirá a realidade social.³⁶⁹

No mesmo sentido foi proposta a Emenda 15, pelo Deputado Jorge Abarge, contudo, ambas foram rejeitadas no primeiro turno de votação na Câmara dos Deputados. Em parecer final o Deputado Ernani Satyro justifica:

O problema da maioria no campo do direito privado é diverso do que ocorre no terreno do direito público. No direito privado, a maioria deve atingir-se em idade

³⁶⁷ “No que concerne às primeiras (*presumptio iuris*), entretanto, porque abrigadas pela lei, devem ser formuladas em termos abstratos e gerais, aptas, portanto, a produzir seus efeitos em qualquer caso que, pela subsunção do fato à norma encontre guarida na previsão dispositiva. A atitude espiritual de seu formulador é mais ampla e ambiciosa, não se contenta em imaginar o que se passou em um caso qualquer, mas busca uma generalização apta à formulação mesmo de um princípio.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 268.)

³⁶⁸ “Au demeurant, l'âge légal, âge moyen d'épanouissement dans un pays donné à un moment donné, n'est pas arbitraire. Le législateur, s'éclairant par l'expérience de ce qui arrive au plus grand nombre, a déterminé un âge auquel toute personne est réputée avoir accompli sa croissance et n'avoir plus besoin de protection. Présomption légale tirée du *plerumque fit*, la capacité civile n'est que le reflet d'une aptitude naturelle moyenne.” (CORNU, Gérard. L'âge civil. In: *L'art du droit en quête de sagesse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 51.). Tradução livre: Além disso, a idade legal, a idade média de desenvolvimento em um determinado país em um dado momento, não é arbitrária. O legislador, esclarecido pela experiência do que acontece na maioria dos casos, determinou uma idade na qual todas as pessoas são consideradas como tendo atingido o crescimento e não mais precisam de proteção. Presunção legal derivada do *plerumque fit*, a capacidade civil é apenas o reflexo de uma aptidão natural média.

³⁶⁹ PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v2_ed1.pdf#ECD23> Acesso em: 16 out 2018. p. 12.

em que – independentemente de formação cultural (para isso, há a emancipação legal, com idade inferior) – a pessoa já possa ter alcançado experiência suficiente para defesa, por si só, dos seus interesses diante da complexidade cada vez maior, no mundo moderno, das relações jurídicas. *Não parece razoável que, num mundo mais complexo e infelizmente mais agressivo se pretenda diminuir o limite que se estabeleceu em época de condições melhores do que as presentes.*³⁷⁰ (grifou-se)

Outra emenda foi proposta pelo Deputado Tancredo Neves (Emenda 22),³⁷¹ todavia, no primeiro turno de votação na Câmara dos Deputados, todas aquelas que pretendiam a redução da maioria civil para 18 anos foram rejeitadas. A questão somente retornou ao debate durante a tramitação no Senado Federal, graças à emenda 1 de Galvão Modesto. O senador somou como justificativa “a evolução dos meios de comunicação: a ampliação das oportunidades de ensino, notadamente de nível superior e o ingresso efetivo do país (*sic*) na era da eletrônica e da cibernética”, que então “amadureceu os nossos jovens, ampliando o seu campo de visão e a sua capacidade de discernimento, inculcando-lhes um notável senso de independência”.³⁷²

Foi então com o parecer favorável de Josaphat Marinho, que a emenda foi acolhida no Senado Federal para a redução da maioria civil para os 18 anos de idade.

O problema ínsito à fixação da idade legal revelado no dissenso entre os legisladores é que a fixidez da norma se dissocia da dinamicidade da condição evolutiva humana. O amadurecimento do adolescente acontece como o paradoxo do *falacrós*: “não há um momento preciso em que se possa determinar, à vista de um homem que perde o seu cabelo, se ele é ou não calvo”,³⁷³ existe, na verdade, uma fase de transição, que não permite identificar a partir de quantos fios de cabelo um homem pode ser considerado calvo.³⁷⁴

³⁷⁰ PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em:

<http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v2_ed1.pdf#ECD23> Acesso em: 16 out 2018. p. 13.

³⁷¹ O deputado usou o seguinte argumento: “Em face do notório desenvolvimento da juventude, e do reconhecido amadurecimento dos moços em nosso país, é flagrante e geral o reconhecimento de que não há mister aguardar até os 21 anos para a aquisição da maioria civil. Toda a orientação legislativa, entre nós, vigora no sentido de se antecipar para os 18 anos esta situação jurídica. Com efeito, nos 18 anos está situada a maioria política, podendo o cidadão votar e ser votado (salvo nos casos especiais previstos expressamente); nos 18 anos está a aquisição da maioria trabalhista; nos 18 anos reside a imputabilidade criminal. Não é, portanto, correto que aquele que pode assumir as responsabilidades eleitorais; que pode contratar seu trabalho; que pode ser punido pelas suas faltas, não seja ainda considerado maior.” (PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v2_ed1.pdf#ECD23> Acesso em: 16 out 2018. p. 18.)

³⁷² PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação no Senado Federal: Primeiro Turno. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em:

<http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v3_ed1.pdf#ESF1> Acesso em: 16 out 2018.

³⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 148.

³⁷⁴ O exemplo é utilizado por Martins-Costa para representar metaforicamente a vagueza semântica, assim como o paradoxo do *sorites*, que não permite identificar a partir de quantos grãos se tem na mão um “monte” de trigo.

Assim é que no processo de desenvolvimento humano, o estágio inicial é marcado pela deficiência das faculdades intelectivas e volitivas: não se questiona a ausência de discernimento de um bebê, cujo comportamento é movido pelo instinto de sobrevivência e não por uma vontade livre e consciente. À medida do crescimento, a vulnerabilidade do adolescente se justifica pela inexperiência no manejo dessas faculdades recém adquiridas, mas não na total ausência delas.³⁷⁵

O processo é gradativo, de modo que o termo inicial da conquista do pleno discernimento não é objetivamente aferível – possivelmente sequer se possa dizer que esse momento existe.³⁷⁶ Da mesma forma que a falta de inexperiência por si só não poderia também prolongar indefinidamente a proteção jurídica decorrente da incapacidade civil, pois todas as pessoas são, em alguma medida, aprendizes de suas próprias experiências.

Por isso, a capacidade natural não é suscetível de um conhecimento pleno e satisfatório e por isso também tantos embates travados entre os legisladores quanto à idade para alcance da capacidade civil plena. A maioria indica, no máximo, um juízo de probabilidade de que a partir daquela idade, as pessoas estão aptas para o exercício pessoal de seus direitos. Em dadas circunstâncias, esse juízo de probabilidade é afastável,³⁷⁷ mas em outras, ele impera sobre a capacidade natural.³⁷⁸

(MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 148.)

³⁷⁵ “Efectivamente, una vez que la inteligencia y la voluntad han llegado a un grado suficiente de madurez psicobiológica, le falta todavía al menor para poder desenvolverse por sí solo la *experiencia* necesaria para hacerlo. De manera que en una primera fase, el menor protegido básicamente por la falta (o limitada presencia) de las facultades intelectivas y volitivas; y en una segunda fase, considerablemente más cercana de la mayoría de edad, la protección deriva de la inexperiencia del menor en el manejo de esas facultades de las que dispone, en relación con su propio autogobierno.” (AGUIRRE, Carlos Martínez de. La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. *Anuario de derecho civil*. Madrid, n. 4, 1992. p. 1414.) Tradução livre: De fato, uma vez que a inteligência e a vontade tenham atingido um grau suficiente de maturidade psicobiológica, o menor ainda precisa ser capaz de desenvolver a experiência necessária para atuar sozinho. Assim, numa primeira fase, o menor protegido basicamente pela falta (ou presença limitada) das faculdades intelectivas e volitivas; e numa segunda fase, consideravelmente mais próxima da maioria, a proteção deriva da inexperiência do menor na gestão daquelas faculdades de que dispõe, em relação ao seu próprio autogoverno.

³⁷⁶ Ao criticar a teoria do menor maduro (cf. capítulo 1), Thaís Sêco afirma: “É preciso ter em conta que a teoria do menor maduro só se mostra coerente no plano abstrato, sendo de pouca instrumentalidade no plano concreto, mormente quando nem mesmo as ciências da saúde se mostram aptas a proceder com avaliação de um objeto intangível como o discernimento.” (SÊCO, Thaís. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-uma-nova-hermeneutica-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 09 jan. 2019. p. 9.)

³⁷⁷ Com base no ordenamento jurídico lusitano, Ascensão afirma que a lei atende à evolução da capacidade natural e vai reduzindo o âmbito da incapacidade do “menor”. Essa redução, segundo ele, se faz por meio da remissão à capacidade natural ou por levantamento de certas limitações logo que atingidas idades determinadas. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147.)

³⁷⁸ Discorrendo sobre as presunções absolutas no direito, Giselda Hironaka assevera: “Bem por isso, conforme ensina Antonio Palazzo, a sobrevivência das presunções legais absolutas nos ordenamentos civis contemporâneos é algo que deve, necessariamente, passar pelos interesses da pessoa, que representa, nesses

Para o regime de incapacidades civis, a incapacidade natural legítima³⁷⁹ a redução da liberdade para atuar de forma independente e deve se fundamentar³⁸⁰ na parametrização principiológica constitucional. Por isso, é importante que a presunção de incapacidade formulada pela lei seja o mais próximo possível da experiência sensível em dado contexto sócio-jurídico.

Assim, ao viabilizar a aquisição da plena capacidade de fato pela atriz-mirim, antes da maioridade civil, a lei busca aproximar-se da realidade social, permitindo a transição de estado de forma mais consentânea com a individualidade e necessidades de cada um.³⁸¹ Trata-se de um resgate dos fatores concretos para a definição da capacidade civil e de uma valorização da capacidade natural para a definição dos limites da incapacidade.

Tendo isso em vista, conclui-se que a menoridade, enquanto estado individual, faz presumir a incapacidade civil de fato,³⁸² que, no entanto, pode ser afastada diante das hipóteses de emancipação, ou seja, nos casos em que a lei considera o adolescente habilitado a atuar amplamente na vida civil a despeito da menoridade, gerando outro estado individual: o de adolescente emancipado.³⁸³ Atingida a maioridade a presunção se inverte: a pessoa se torna

mesmos ordenamentos, o centro dos interesses a tutelar. Proteger os interesses da pessoa e permitir a subsistência das presunções absolutas é algo que só poderá desenvolver atendendo-se ao *princípio da igualdade substancial*, em que as presunções dessa estirpe sejam instrumento para a persecução do princípio, tratando da mesma forma os indivíduos que se apresentem na mesma situação fática e de forma desigual os indivíduos que, materialmente, estejam postos em situação desigual.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 272.)

³⁷⁹ Por legitimidade, entenda-se: “A legitimidade do Estado moderno tem que ser vista sobretudo a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso. A aceitação da norma e a obediência ao seu comando, que afinal de contas sintetizam a própria legitimidade, resultam de acordo social a respeito da sua adequação a valores éticos e princípios de direito em permanente interação.” (TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 405.)

³⁸⁰ “Fundamento é causa, origem ou fonte do ordenamento jurídico e dos direitos. Fundamento do ordenamento jurídico, por conseguinte, é a fonte de onde promanam os princípios e as normas.” (TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 401.)

³⁸¹ Simone Eberle, criticando a rigidez a incapacidade etária disciplina na lei civil, asseverou: “É imprestável o culto cego aos parâmetros etários da capacidade ainda que estes favoreçam e viabilizem o trânsito negocial.” (EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006. p. 154.)

³⁸² Com base no Código Civil de 1916, em que a maioridade civil atingia-se aos vinte e um anos, afirmou Sá Freire: “De facto, o Código (*sic*) dispõe que aos vinte e um annos a incapacidade proveniente da menoridade (art. 6º, n. 1) termina, ficando o individuo (*sic*) habilitado para todos os actos da vida civil, sómente porque se presume que nessa idade o individuo (*sic*) atinge o grão de desenvolvimento psychico que o torna capaz de reger sua pessoa e bens.” (FREIRE, Milcíades Mario de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro*: Parte geral, disposição preliminar e das pessoas e dos bens. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro, 1930. p. 134. v. 2.)

³⁸³ “La edad da lugar a la configuración de dos estados civiles: el de mayor y el de menor edad. Dentro de este último debe señalarse otro que es el de menor emancipado. La mayor e la menor edad y la emancipación son estados civiles porque significan una diferente inserción o del estar el individuo en sociedad, un diferente ámbito de poder y responsabilidad.” (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 226.)

automaticamente capaz a menos que alguma causa de incapacidade seja verificada e devidamente comprovada em processo judicial próprio.³⁸⁴

Assim emergem elementos suficientes para delinear o perfil funcional do instituto jurídico da emancipação, entendido não apenas como a mínima unidade de efeitos dela decorrentes como também a sua razão justificadora.³⁸⁵ A conformação da emancipação na dogmática civil constitucional se associa à sua função de atender às singularidades do desenvolvimento humano concedendo acesso à plena capacidade civil a quem naturalmente é capaz de fato. Essa é a forma como a emancipação opera na promoção³⁸⁶ da dignidade humana do emancipando.

Por derradeiro, frise-se que não é o interesse de terceiros que deve ser perseguido na emancipação de acordo com o perfil funcional do instituto jurídico, mas sim os interesses concretos do adolescente que se tornou maduro precocemente.

3.2 A proteção do adolescente na emancipação voluntária

Especificamente na emancipação voluntária, cabe aos pais, enquanto titulares da autoridade parental, avaliar em concreto o grau de maturidade do filho para exercer pessoalmente os atos da vida civil com responsabilidade, independentemente de assistência de terceiros. Segundo Sá Freire, se para a maioria se aceita um critério quase arbitrário, para

³⁸⁴ Essa conclusão se deduz da constante afirmação em doutrina de que a capacidade civil é a regra e a incapacidade é a exceção. Ne sentido: “Dois grandes princípios regem a matéria da capacidade: o primeiro é o de que a capacidade se destina à prática de atos jurídicos, e não ao fato jurídico. [...] Em segundo lugar, a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção.” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 366. v. I.)

³⁸⁵ “A função, com efeito, traduz a justificativa para que o ordenamento permita que determinado fato produza, modifique ou extinga situações jurídicas; é sobre legitimidade dos interesses incutidos naquele fato jurídico que recai o juízo valorativo que determina sua proteção pela norma jurídica.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro, v. 50, abr-jun/2012, p. 65.)

³⁸⁶ A referência à função promocional do direito tem como base as críticas traçadas por Bobbio: “Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo que a análise funcional”. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 53-54.) Essa análise funcional, segundo a dogmática civil-constitucional, à realização dos valores constitucionais. Ao tratar da função promocional do direito, afirma Perlingieri: “É a confirmação da historicidade da lógica jurídica, e ainda mais da sua função prática, isto é, de um instrumentário de conceitos a serviço do jurista e da sociedade na observância dos interesses e dos valores juridicamente relevantes.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 91.)

a emancipação o Código Civil exige “a decisão daquelles que devem ter razão para afirmar a existencia (*sic*) de atributos necessarios (*sic*) ao pleno gozo da capacidade civil”.³⁸⁷

Esse juízo atribuído aos pais fundamenta-se no dever de cuidado, ínsito à autoridade parental e deve balizar-se no princípio do melhor interesse do adolescente. São os pais, portanto, que ao afirmar a capacidade concreta do filho, infirmam a presunção legal de incapacidade etária.³⁸⁸

Soma-se a isso o duplo efeito da emancipação, que, de uma só vez, alça o adolescente à plena capacidade (afetando o estado individual) e extingue a autoridade parental (alterando o estado familiar). Assim, a despeito da previsão topográfica na parte geral do Código Civil, deve-se reconhecer as imbricações do ato emancipatório com o direito de família, em particular, com a disciplina jurídica da autoridade parental.

A dignidade humana aliada aos princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3º, I, CF) e da igualdade (art. 3º, IV e 5º, I, CF) confluem para a reconstrução das categorias de direito de família em conformidade com a axiologia constitucional,³⁸⁹ dando subsídios para o reconhecimento do afeto como amálgama da constituição de qualquer modalidade de família.³⁹⁰

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente irradiou-se na relação paterno-materno-filial, materializada na autoridade parental, uma vez que a tutela prioritária e

³⁸⁷ FREIRE, Milcíades Mario de Sá. Manual do Código Civil brasileiro: Parte geral, disposição preliminar e das pessoas e dos bens. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro, 1930. p. 135. v. 2.

³⁸⁸ Sobre a heteronomia dos pais sobre as situações existenciais dos filhos, assevera Renata Multedo que “[n]o referido âmbito do dever de cuidado e da responsabilidade é que se confia aos pais determinar o que constitui o melhor para seus filhos, atrelando-se a intensidade da intervenção nas escolhas existenciais ao grau de discernimento dos filhos.” (MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 119.)

³⁸⁹ Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “[o] direito civil sofreu uma grande transformação em seu eixo hermenêutico, através da qual assumiu o centro do sistema jurídico, fenômeno por nos conhecido como Constitucionalização ou Personalização do Direito Civil. O Direito de Família não poderia ter passado incólume, razão pela qual é imperativo que seus institutos sejam revistos à luz da normativa constitucional. Desta forma, velhos institutos ganharam novo conteúdo, mais aplicável às relações intersubjetivas da contemporaneidade. É sob esse enfoque que os institutos de Direito Civil devem ser interpretados. Assim, a autoridade parental deve ser relida à luz da principiologia constitucional, principalmente sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, previstos nos arts. 1º, III e 3º, I, da Constituição Federal, respectivamente. O primeiro deles provocou inegável subversão em todo o direito posto, principalmente no Direito Civil, vez que todos os institutos e entidades intermediárias foram funcionalizadas à realização da pessoa humana.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 227.)

³⁹⁰ Sobre as transformações no direito de família após a Constituição Federal de 1988, cf. BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e fins. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 609-623.

especial dedicada pelo ordenamento jurídico à infanto-adolescência não mais se restringe aos “menores” delinquentes ou em situação irregular.³⁹¹ Diante disso, contemporaneamente, o conteúdo constitucionalizado da autoridade parental transborda os poderes e deveres elencados pelo Código Civil,³⁹² compreendendo, como núcleo inderrogável, o dever de cuidado imputado aos pais a ser exercido de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.³⁹³

A natureza jurídica da autoridade parental nitidamente afastou-se de qualquer associação com o direito subjetivo,³⁹⁴⁻³⁹⁵ entendido este como “poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”.³⁹⁶ Afinal, qual

³⁹¹ Cf. capítulo 1.

³⁹² Código Civil, 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 (dezesseis) 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.

³⁹³ “No caso da criança e do adolescente, detentores de direitos fundamentais, a autoridade parental exerce um papel essencial para a realização do projeto constitucional, pois que a constituição entendeu serem eles merecedores de tutela especial, o que foi corroborado, também, pelo art. 6º do ECA. Seu melhor interesse, nesse sentido, deve ser promovido e potencializado.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 228.)

³⁹⁴ “Historicamente, o antigo pátrio poder era enquadrado como direito subjetivo sobre o filho, pois este era visto como objeto de direitos, e o poder do pai traduzia um poder de senhorio, embora fosse clara a inexistência de identidade com os direitos reais.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 94)

³⁹⁵ Miguel Reale já identificava a desconformidade da classificação da relação jurídica paterno-materno-filial como direito subjetivo: “Em conclusão, sob o prisma jurídico, é, como adverte Santi Romano, mais um *poder-dever* pois, se há sujeição à autoridade paterna ou administrativa, ela se dá para que a autoridade possa cumprir o seu dever, nos quadros normativos vigentes. O *direito subjetivo* é, em suma, pertinente ao sujeito, ligando-se a este como uma pretensão sua; o poder resulta da função normativa atribuída a seu titular, sem lhe ser conferida qualquer pretensão para ser exercida em seu benefício. Daí resulta que o titular de um direito subjetivo pode usar ou não de seu direito, enquanto que o titular do poder não pode deixar de praticar as funções de sua competência, pois elas não são disponíveis.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 262) Em sentido contrário, aduz Fachin que “Esse é importante elemento, ainda mais nítido no art. 229 da Constituição, fundando um dever de dupla face, pois os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e estes têm o dever de ajudar e amparar os pais. Seara própria dos direitos subjetivos de família, sob a titularidade recíproca de pais e filhos, numa visão coordenada bilateral, na qual direitos subjetivos se conectam com deveres jurídicos, e por isso mesmo não há um ‘direito-dever’ nem pátrio-dever, menos ainda poderes funcionais.” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 265.)

³⁹⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 287.

o comportamento, ou seja, qual o dever jurídico, que se poderia exigir do filho em contraposição ao suposto direito do pai?³⁹⁷

Decerto a lei civil impõe aos filhos o dever de obedecer aos titulares da autoridade parental,³⁹⁸ mas isso não traduz essa relação na estrutura do direito subjetivo, uma vez que a obediência não se justifica na satisfação de interesses dos pais. A autoridade parental, então constitucionalizada,³⁹⁹ encontra seu cerne nos deveres de criar, educar e assistir material e moralmente a criança e o adolescente em razão de sua reconhecida vulnerabilidade, com a finalidade de propiciar-lhes o livre desenvolvimento da personalidade e, sobretudo, de fazer cumprir os seus direitos fundamentais.⁴⁰⁰ A infiltração de valores constitucionais, somados também ao princípio da paternidade e maternidade responsáveis,⁴⁰¹ fixou no melhor interesse dos filhos o vetor orientador do exercício da autoridade parental, o que, ao mesmo tempo sustenta e limita a atuação dos pais.

Da mesma forma, o poder-sujeição, típico dos direitos potestativos, não mais exprime a posição da criança e do adolescente no seio da família.⁴⁰² Como sujeitos ativos de direitos fundamentais, a criança e o adolescente foram elevados à condição de protagonistas do próprio processo educacional.⁴⁰³

³⁹⁷ É esse questionamento que é feito por Ana Carolina Brochado Teixeira para afastar a qualificação do poder familiar como direito subjetivo: “O aspecto valorizado pela dogmática civi-constitucional que mais coaduna com os princípios constitucionais e com os direitos fundamentais da criança e do adolescente é a vertente existencial da autoridade parental. É isso que leva a caracterizar o poder familiar como situação subjetiva, cuja função mais importante é a de promoção da personalidade dos filhos e construção da dignidade destes.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 96.)

³⁹⁸ Código Civil, 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: [...] IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

³⁹⁹ “No caso da criança e do adolescente, detentores de direitos fundamentais, a autoridade parental exerce um papel essencial para a realização do projeto constitucional, pois a constituição entendeu serem eles merecedores de tutela especial, o que foi corroborado, também, pelo art. 6º do ECA. Seu melhor interesse, nesse sentido, deve ser promovido e potencializado.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 228.)

⁴⁰⁰ Perlingieri sintetiza propugnando que “[o] poder familiar assume mais uma função educativa do que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 999.)

⁴⁰¹ Art. 226, §7º da Constituição Federal: § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴⁰² “Este último [o poder familiar], entendido como poder-sujeição, está em crise: em uma concepção igualitária, participativa, democrática da comunidade familiar, a sujeição, tradicionalmente entendida, não pode continuar a exercer o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas é uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 999.)

⁴⁰³ “Como os filhos se tornaram o foco da família, por serem pessoas em desenvolvimento, mudou-se o modo de analisar a questão: são eles protagonistas do próprio processo educacional, deste participando juntamente com os

Contemporaneamente, mostra-se mais adequado afirmar que a autoridade parental se configura como uma situação subjetiva complexa, a qual envolve concomitantemente o exercício de poderes mas também o cumprimento de deveres em favor dos filhos enquanto pessoas em desenvolvimento.⁴⁰⁴ O fundamento da atribuição desses poderes aos pais é o dever de exercê-los – não arbitrariamente, conforme seus próprios interesses – mas, sim, repita-se, no interesse do filho.⁴⁰⁵

O caráter existencial da autoridade parental impõe as seguintes conclusões: a) a autoridade parental, embora compreenda também a administração patrimonial dos bens dos filhos com idade inferior a dezoito anos,⁴⁰⁶ não se restringe a isso, ao contrário, a sua função precípua é favorecer o livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente;⁴⁰⁷ b) como consequência dos princípios constitucionais da paternidade e da maternidade responsáveis e da proteção integral da criança e do adolescente, a autoridade parental – ao contrário dos direitos subjetivos patrimoniais – não é juridicamente disponível conforme o interesse de seus titulares.

Pelo poder de disposição, corolário da autonomia privada, defere-se ao titular da situação jurídica patrimonial o poder de regular os seus próprios interesses, impondo efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos aos seus direitos, dada a possibilidade de alienação, transmissão ou renúncia da posição jurídica.⁴⁰⁸ Por outro lado, as situações existenciais merecem uma disciplina diversa, pois a lógica proprietária não lhes é aplicável.⁴⁰⁹

pais. (TEIXEIRA, Ana Carolina. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 100.)

⁴⁰⁴ Essa é a posição adotada por Ana Carolina Brochado Teixeira: “[...] a autoridade parental é uma situação subjetiva complexa, pois há atribuição de poderes e deveres a serem exercidos pelo titular do poder, em favor dos filhos menores. Nem por isso, contudo, os filhos configurariam sujeitos passivos da relação jurídica, sendo apenas receptores dos benefícios do poder jurídico.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 97)

⁴⁰⁵ Trata-se do conceito de *potestà*, exposto por Perlingieri: “Esta [*potestà*] constitui um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever: como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los. O exercício da *potestà* não é livre, arbitrário, mas necessário no interesse de outrem, ou, mais especificamente, no interesse de um terceiro ou de uma coletividade. [...] A *potestà* é, portanto, uma situação complexa, que atribui não simplesmente poderes, mas deveres que não devem ser exercidos no interesse do titular da *potestà*, o tutor, mas naquele do representado.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 700.)

⁴⁰⁶ Código Civil, 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.

⁴⁰⁷ “O exercício do poder familiar se concentra exclusivamente no interesse do menor. Interesse existencial, mais que patrimonial, que deve ser individuado em relação às circunstâncias concretas, no respeito à historicidade da família.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1002.)

⁴⁰⁸ “O poder de disposição é geralmente associado à disciplina das situações patrimoniais, sobretudo, [...] à concernente ao direito de propriedade. As situações patrimoniais, ou seja, aquelas suscetíveis de avaliação econômica, seriam disponíveis, isto é, alienáveis, transmissíveis e renunciáveis; enquanto que as situações

Desse modo, o fundamento para extinguir a autoridade parental pela via da emancipação voluntária não pode ser visto sob o ângulo da disposição patrimonial.⁴¹⁰ As decisões exercidas no seio da família dirigem-se à realização da personalidade de seus membros. Com vista a isso, Rose Meireles aduz que “na seara do direito de família, esse poder [de disposição] foi atribuído ao particular para auto-regular não apenas *interesses próprios*, mas, também, *interesses comuns*”.⁴¹¹

Apesar de acertadamente a autora identificar os interesses comuns como orientadores das decisões na família, especificamente com relação à emancipação, tem-se verdadeiramente um exercício de heteronomia, uma vez que os principais efeitos recaem sobre quem não tem o poder de tomar a decisão sobre si – trata-se de uma providência constitutiva de novo estado civil. Em uma família centrada no afeto, a possibilidade de os pais emanciparem os filhos se justifica “porque as pessoas mais aptas a avaliar a maturidade efetiva de um jovem serão sempre os adultos que estão mais próximos dele (e que os amam e conhecem como ninguém), ou seja, seus pais”.⁴¹²

Tanto é assim que na situação do adolescente sob tutela, o legislador não conferiu o mesmo poder ao tutor. Na falta dos pais, a decisão sobre a emancipação é necessariamente heterônoma do Estado, por meio da decisão do juiz, ouvido o tutor.

existenciais se submeteriam a disciplina oposta.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O poder de disposição nas relações familiares.: a adoção e a separação ou divórcio consensual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 522.)

⁴⁰⁹ “Emergiram, assim, o que hoje se denomina situações jurídicas existenciais, às quais a lógica proprietária não se aplica, tendo em vista a dificuldade funcional de se estabelecer um vínculo coerente entre patrimonialidade e subjetividade, razão pela qual se faz necessária a criação de uma sistemática própria para tais situações jurídicas, pois aquela então existente era insuficiente para a tutela oferecida indistintamente ao sujeito de direito, que tinha como fundamentos as liberdades públicas e o direito subjetivo.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBD Civil)*. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. p. 84.)

⁴¹⁰ Em tempos remotos, o “pátrio poder” era de tal modo considerado um direito subjetivo dos pais que se possibilitava a renúncia, a exemplo do que ocorre com os direitos patrimoniais. Em parecer sobre a legalidade de uma emancipação voluntária concedida por uma mãe a um filho comerciante no regime pré-codificado, Vicente Ferrer assim posicionou-se: “entendo que a escriptura de desistencia do patrio poder e subsequente emancipação feita por D. Euzebia Cardoso Tavares, em favor do seu filho William dos Santos Tavares, não é ilegal, nem exorbitante. Tendo as mães, pelo art. 94º do decr. de 24 de janeiro de 1890, patrio poder, que somente perdem nos casos especificados cabendo-lhes os mesmos direitos que aos paes: *é evidente poderem desistir do patrio poder, para operar-se a emancipação do filho de 18 anos. Exercendo um direito, D. Euzebia não praticou ilegalidade, nem exorbitou.*” (grifou-se) (ARAUJO, Vicente Ferrer de Barros. *Resposta a um anonymo parecer sobre a escriptura de desistencia do patrio poder e emancipação de D. Euzebia Cordeiro Tavares em favor de seu filho William dos Santos Tavares*. Lisboa: Imprensa Lucas, 1910. p. 3.)

⁴¹¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O poder de disposição nas relações familiares.: a adoção e a separação ou divórcio consensual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 525.

⁴¹² SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UERJ. Rio de Janeiro, 2013. p. 83.

Com isso percebe-se que o fundamento da emancipação voluntária por concessão dos titulares da autoridade parental não repousa no exercício da autonomia privada⁴¹³ porquanto não se trate de exercício de liberdade em interesse próprio.⁴¹⁴ Reconhecida a intersubjetividade da relação paterno-materno-filial e as repercussões recíprocas na esfera existencial dos pais (pela extinção da autoridade parental) e dos filhos (também pela extinção da autoridade parental mas principalmente pela alteração do estado individual) a discricionariedade de conceder a emancipação deve ser funcionalizada à consecução do melhor interesse do adolescente.⁴¹⁵

Ademais, quando justificou o ato emancipatório, a atriz Larissa Manoela afirmou que a decisão foi tomada em família. Contudo, a exegese do texto legal da emancipação voluntária (art. 5º, parágrafo único, I, CC) poderia conduzir equivocadamente à conclusão de que o ato emancipatório prescinde de qualquer forma de participação do emancipando, sobretudo quando concedida pelos pais.

Tanto assim que a doutrina tradicional por vezes qualifica o ato emancipatório voluntário como direito potestativo dos pais,⁴¹⁶ isto é, como “o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo senão sujeitar-se”.⁴¹⁷ Como direito potestativo, a emancipação então criaria o estado de sujeição do filho em relação à decisão dos pais, tornando indiferente a sua vontade, ainda que quisesse se opor ao ato.⁴¹⁸

⁴¹³ Ao conceituar *autonomia privada*, afirmou Perlingieri: “A sua origem histórica e ideológica pode ser reconduzida às doutrinas que, em perspectiva individualista, colocam a vontade do sujeito no centro do ordenamento. A liberdade do sujeito consistiria justamente em reconhecer à sua vontade o poder de regular relações jurídicas especialmente patrimoniais: Ela se torna liberdade econômica que postula a economia de mercado e a livre concorrência.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 339-340.)

⁴¹⁴ Esclarecedora a afirmação de Thaís Sêco: “[...], o poder que é conferido aos pais é muitas vezes chamado ‘autonomia’ por confusão com o que, na verdade, significa o reconhecimento da possibilidade de tomar decisões conforme seus padrões *subjetivos* e sua perspectiva particular da questão [...]” (SÊCO, Thaís. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez./2014. Disponível em: < <http://civilistica.com/por-uma-nova-hermeneutica-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 09 jan. 2019. p. 6.)

⁴¹⁵ Sobre o exercício da liberdade na família, afirma Ruzik: “O próprio exercício dessa autoridade parental, sem embargo, pode ser pensado também – mas obviamente, não de modo exclusivo – como um exercício de liberdade. Lamartine Correa de Oliveira e Francisco Muniz ensinam que educar os filhos é, também, um direito subjetivo vinculado ao livre desenvolvimento da personalidade. Se é a pessoa do filho que deve ser compreendida como o destinatário principal da proteção jurídica, não se nega, portanto, a pertinência também para quem educa de uma função da autoridade parental que também para pela liberdade, embora, por evidente, nela não se esgote.” (RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro*. 2009. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UFPR. Curitiba, 2009. p. 354.

⁴¹⁶ Entende nesse sentido: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 152. v. 1.

⁴¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 300.

⁴¹⁸ “Por sujeição, como já vimos, deve-se entender a situação daquele que, independentemente da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade, sofre uma alteração na sua situação jurídica, por força do exercício de

Chega-se a afirmar também que o consentimento ou aceitação do adolescente converteria o ato jurídico em sentido estrito em negócio jurídico, razão por que deveria ser dispensado.⁴¹⁹

Em um ordenamento civil-constitucional não parece plausível que haja tamanha interferência na esfera jurídica alheia, sem qualquer tipo de participação do principal interessado. Mas então sob qual fundamento legal se poderia exigir a participação do adolescente na emancipação voluntária, se o Código Civil não impôs expressamente essa condição?

Permita-se remeter novamente à capacidade civil da criança e do adolescente, remodelada a partir do momento em que o ordenamento jurídico deixou de considerá-los objeto de tutela para tratá-los como sujeito de direitos fundamentais. Essa virada paradigmática exigiu a releitura dos meios de suprimento do consentimento do incapaz, denunciando as incongruências de sua aplicabilidade aos atos existenciais tal como concebida para os atos patrimoniais.

Isso porque, recorde-se, a cisão entre a capacidade de direito e a capacidade de fato somente se vislumbra possível quando o exercício de determinada situação jurídica é compatível com a transferência a terceiros, o que não ocorre sempre na seara existencial. Entregar a alguém o exercício desses direitos atinentes ao *ser* implica alhear o sujeito de sua própria existência, o que invariavelmente viola a dignidade ínsita do ser humano.

Mas esse raciocínio não poderia conduzir à (equivocada) conclusão de que a incapacidade civil da criança e do adolescente não subsiste para atos de natureza existencial. O que se tem, ao revés, é uma reconstrução do regime de incapacidades civis, que rompe o raciocínio binário e excludente entre capacidade e incapacidade, baseado na lógica do tudo ou nada, aceitando-se a partir de então a incursão de elementos concretos na avaliação da capacidade.

Assim, o regime jurídico da criança e do adolescente disciplinado no Código Civil deve respeitar os direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e ao respeito, enquanto

um daqueles poderes atribuídos a outra pessoa e que recebem a denominação de direitos potestativos.” (AMORIM FILHO, Agnello. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: <www.direitocivilcontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf> Acesso em: 18 nov. 2018.)

⁴¹⁹ “A emancipação é ato dos pais ou, na falta destes, do tutor, quando se conclui pela conveniência da antecipação da capacidade civil plena. Não depende do consentimento ou aceitação do menor, o que converteria o ato em negócio jurídico. Mas depende de realizar o melhor interesse do emancipado.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 128.)

direitos fundamentais garantidos pelo art. 227 da Constituição Federal de 1988 e reforçados no art. 4º do ECA.

Nessa esteira, o artigo 12 da CSDC assegura o direito à livre expressão da opinião de pessoas com idade inferior a dezoito anos, em relação a todos os assuntos a ela concernentes, devendo essa opinião ser levada em consideração, quando estejam capacitadas a formular os seus próprios juízos em função de sua idade e maturidade. O mesmo artigo acrescenta, ainda, o dever do Estado-Parte de proporcionar a oitiva da criança e do adolescente em todo processo judicial ou administrativo que os afete, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado. Esse artigo, que ganhou centralidade na retomada da incapacidade etária, mostra-se sobremaneira relevante agora no ato emancipatório.

Observe-se que a capacitação para formular os próprios juízos não é sinônimo de capacidade civil – a qual, aliás, com relação à idade, conduziria à presunção legal de incapacidade. Ao contrário, em atenção ao dispositivo da CSDC, exige-se a verificação em concreto do grau de maturidade da criança, portanto, da capacidade natural.⁴²⁰

Eis o ponto de interseção entre a emancipação e a exigência de participação do adolescente, segundo a CSDC: o pressuposto de maturidade. Somente se pode emancipar aquele que, atingidos os dezesseis anos, já esteja em condições de reger-se a si e aos próprios bens, ou seja, que possa ser considerado plenamente capaz para os atos da vida civil. Da mesma forma, pela Convenção, a opinião do adolescente deve ser levada em consideração na medida de sua maturidade. Ora, se ele é considerado maduro o suficiente para ser emancipado, ele deve ser considerado maduro o suficiente também para se manifestar sobre o ato emancipatório.

Evidencia-se também que a emancipação por concessão dos pais não deve ser considerada um direito potestativo dos titulares da autoridade parental, uma vez que o estado de sujeição característico do exercício desses direitos é absolutamente incompatível com a disciplina protetiva da criança e do adolescente. A participação nos atos que a eles concernem é direito fundamental garantido expressamente pela CSDC e reforçado pelos direitos ao respeito, à dignidade e à liberdade impostos pela Constituição Federal de 1988 e pelo ECA.

⁴²⁰ Propositamente menciona-se a capacidade natural e não a autonomia. Isso porque a garantia de participação prevista na CSDC não se restringe às decisões próprias da criança ou do adolescente, isto é, não sustenta apenas a possibilidade de autogoverno para decisões de natureza existencial. A participação deve ser compreendida de forma mais ampla: mesmo quando a decisão sobre a criança ou adolescente é heterônoma (provém dos pais ou do Estado), ela deve ser ouvida de forma compatível com o seu concreto discernimento.

Diante disso, a omissão do Código Civil quanto à necessidade de consentimento do adolescente no ato emancipatório deve ser colmatada pela interpretação sistemática dos demais dispositivos de caráter protetivo, com força cogente, incidentes sobre a disciplina da emancipação civil, como o ECA e a CSDC.

Não se diga, por isso, que o ato concessivo da emancipação converteria a sua natureza de ato jurídico em sentido estrito para negócio jurídico, como já afirmado na doutrina tradicional.⁴²¹ A classificação do ato jurídico não depende da quantidade de partes, tampouco da existência de interesses contrapostos. O critério, ao contrário, é relacionado ao grau de participação da vontade do agente para a realização do ato e a fonte dos efeitos por ele produzidos.⁴²²

Os atos jurídicos em sentido estrito são fatos humanos que exigem do agente a vontade juridicamente qualificada e cujos efeitos são previamente determinados pela lei.⁴²³ Os negócios jurídicos, por sua vez, são fatos humanos nos quais a vontade não apenas se destina à realização do ato material, mas também à criação, modificação ou extinção dos efeitos jurídicos dele decorrentes.⁴²⁴

Na emancipação, a função do ato concessivo é o regramento de interesses do adolescente. A consequência do ato recai precipuamente sobre o emancipando, que adquire a capacidade plena e é despojado dos cuidados decorrentes da autoridade parental. Os pais e o tutor, por via reflexa, se desoneram do múnus que detinham em favor do adolescente, embora, com relação aos primeiros, subsista ainda – e reciprocamente – o dever de solidariedade familiar decorrente do parentesco.

⁴²¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 128.

⁴²² “Distinguem-se, assim, os atos privados cujos efeitos decorrem da lei e os atos que, também empreendidos por particulares, têm seus efeitos por estes escolhidos. Trata-se de clássica divisão entre, de um lado, atos jurídicos em sentido estrito e atos-fatos jurídicos e, de outro, negócios jurídicos. Em uma fórmula sintética, a base dessa classificação poderia ser descrita a partir de uma dúplici indagação a respeito de cada fato humano: primeiro lugar, questiona-se qual é o nível de participação da vontade do agente para a realização do ato e, em seguida, perquire-se qual é a fonte dos efeitos por ele produzidos.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 80.)

⁴²³ “A categoria seguinte a ser analisada corresponde aos atos que, embora tenham seus efeitos determinados por lei, atribuem à vontade do agente papel mais relevante que os atos-fatos, de modo que se exige, para a produção de sua eficácia, vontade juridicamente qualificada. Trata-se dos atos jurídicos *stricto sensu* ou atos lícitos de conduta, previstos pelo art. 185 do Código Civil.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 90.)

⁴²⁴ “No negócio jurídico a vontade caracteriza-se por sua finalidade específica, que é a gênese, modificação ou extinção de direitos.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.p. 467.)

As consequências da outorga da emancipação estão previstas no Código Civil e não podem ser derogadas pelas partes. Portanto, uma vez praticado, dele decorrem os efeitos previstos em lei, motivo por que se trata de ato jurídico em sentido estrito: a vontade somente é determinante na gênese do ato, e não na atribuição dos efeitos por ele produzidos.

Justamente por isso, a anuência do emancipando não converte a emancipação em negócio jurídico.⁴²⁵ Somente a determinação dos efeitos do ato seria capaz de elidir a qualificação da emancipação voluntária como ato jurídico em sentido estrito, o que é inviável diante das consequências *ex lege*⁴²⁶ do instituto.⁴²⁷

A emancipação civil consiste então em ato jurídico em sentido estrito fundamentado no exercício de um poder jurídico, que é a autoridade parental. Não se trata de negócio jurídico, instrumento por excelência da autonomia privada, uma vez que a finalidade deste é o autorregramento de interesses próprios,⁴²⁸ enquanto na emancipação persegue-se, ao revés, o interesse do adolescente.

⁴²⁵ Pertinente a lição de Luiz da Cunha Gonçalves: “Os actos unilaterais conservam a sua natureza mesmo quando, para serem praticados por um incapaz, tenham de ser autorizados pela entidade competente, como os actos do menor, do pródigo, do falido, da mulher casada, etc. – E, encarados quanto ao número de pessoas que nêle intervêm, dizem-se *simples*, quando praticados por uma só pessoa, e *colectivos*, quando emanam de muitas pessoas tendo os mesmos interesses, como acontece na votação de dividendos das assembléias de acionistas e em todos os casos em que o mesmo acto unilateral poderia ser feito por um só indivíduo, se o direito ou a obrigação lhe competisse exclusivamente. Na unilateralidade do acto não influi, pois, o número das vontades, nem o das pessoas: basta que estas actuem como se fossem *unidade*.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 372. v. 1. t. 1.) A passagem parece confirmar a asserção de que o ato jurídico concessivo de emancipação não se converte em negócio jurídico pela manifestação de vontade do emancipando, pois as vontades do emancipando e dos pais concorrem para a consecução do mesmo efeito legal: a aquisição da capacidade plena e a extinção da autoridade parental, em suma.

⁴²⁶ Diz-se *ex lege* das consequências que advêm da lei, o que distingue o ato jurídico em sentido estrito do negócio jurídico. Nesse sentido: “Conclui-se, portanto, que no ato jurídico em sentido estrito os efeitos são *ex lege*, enquanto no negócio jurídico, são *ex voluntate*.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 468.)

⁴²⁷ Sobre a distinção entre atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos: “Em face de tal distinção, afirma-se que, se os efeitos produzidos decorrem do regulamento definido pelo próprio ato, tem-se negócio jurídico, como na celebração de um contrato de compra e venda. Se, ao reverso, a eficácia (finalidade) independe do ato do agente, ainda que a escolha do meio empregado lhe seja assegurada, está-se diante de ato lícito em sentido estrito, para qual se exige tão somente consciência de sua prática, não sendo decisivo o papel da vontade – é o que ocorre, por exemplo, na fixação de domicílio ou no reconhecimento de paternidade, cujo exercício deflagra consequências atribuídas por lei, e no pagamento ou na quitação, que importam a incidência das regras fixadas por negócio jurídico antecedente.” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBD Civil)*. Belo Horizonte, v. 1, p. 8-37, jul-set. 2014. p. 21. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>> Acesso em: 10 dez. 2018.)

⁴²⁸ “Instrumentos por excelência da autonomia privada, corresponde o negócio jurídico à modalidade de ato lícito que permite ao particular escolher os efeitos a serem produzidos, os quais serão tão somente reconhecidos e tutelados pelo ordenamento na medida em que se mostrarem compatíveis, estrutural e funcionalmente, com os limites da legalidade. (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 95.) No mesmo sentido: “Em resumo, a diferença específica entre as duas espécies reside na circunstância de o negócio jurídico ser instrumento de autonomia privada, do que lhe advêm certas peculiaridades quanto à estrutura, função e efeitos.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 468.)

É, portanto, imperiosa a anuência do emancipando no ato que concede a emancipação. No caso de se tratar de emancipação voluntária por concessão dos pais, o adolescente deverá manifestar o consentimento quando da lavratura da escritura pública, quando se tratar de emancipação judicial, terá ele capacidade processual⁴²⁹ para pleitear a própria emancipação, assim como deverá ser ouvido no curso do processo.

A participação do adolescente na emancipação voluntária é objeto do Projeto de Lei 4082/2008⁴³⁰ da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Walter Brito Neto, cujo teor propõe a inclusão do parágrafo segundo ao artigo 5º do Código Civil, *in verbis*: “Na hipótese de emancipação voluntária feita mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial (inciso I do § 1º deste artigo), o emancipando deve participar do ato como anuente.”⁴³¹ No entanto, as perspectivas de aprovação dessa proposta em um futuro próximo são remotas, pois desde 2011 não há andamento.

A corroborar a participação do adolescente na emancipação, invoca-se, por analogia, a exigência do art. 45, §2º do ECA quanto à concordância do maior de doze anos com a adoção, que, aliás, também configura ato jurídico em sentido estrito,⁴³² atraindo todas as consequências legais disso decorrentes. Observe-se que nesse caso, a manifestação do adolescente adotando é indispensável à validade do ato, nada obstante a incapacidade civil.

Mas também outro fator deve ser considerado para convalidar a participação do adolescente na emancipação expressa: a idade mínima legal de dezesseis anos. A incapacidade civil nessa faixa etária é relativa, o que significa que o adolescente é incapaz somente para a prática de alguns atos ou à maneira de exercê-los.

⁴²⁹ Nesse sentido já propugnava Pontes de Miranda, para quem “o menor, para se representar no processo de suplemento de idade, não precisa de assistência do tutor.” (MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. v. 3, t. II. p. 307.)

⁴³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei ordinária 4082/2008. Dá nova redação ao art. 5º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=411103>>. Acesso em 10 jan. 2018.

⁴³¹ Em Portugal, a redação original do Código Civil previa: “Art. 134: A emancipação por concessão do pai, da mãe ou do conselho de família só é possível com a *quiescência do menor* e depois de este haver completado dezoito anos de idade.” Com a redução da maioridade civil dos 21 para os 18 anos pelo Decreto-Lei 496/1977, a emancipação voluntária foi revogada, pois entenderam os legisladores “não se afigurar razoável atribuir ao menor, abaixo dos dezoito anos, a capacidade de agir que a emancipação envolve.” (PORTUGAL. *Diário da República*, 25 nov. 1977. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/300030>> Acesso em: 10 jan. 2019.) Sobre o tema: SOUSA, Antonio Pais de. *Da incapacidade jurídica dos menores interditos e inabilitados no âmbito do código civil*. Coimbra: Almedina, 1971. p. 230.

⁴³² A natureza jurídica da adoção por longo tempo desafiou a doutrina jurídica. Sobre as correntes, Cf. CHAVES, Antonio. *Adoção e Legitimação Adotiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 18-21). Mais contemporaneamente firmou-se a posição no sentido de se tratar de ato jurídico em sentido estrito, aderida nesse trabalho. Por todos, Cf. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 279.

Ao abordar a incapacidade relativa, Gabriel Schulman faz importante constatação:

A redação do Código Civil de 1916, art. 6º, em seu *caput*, definia “São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...]”. A vírgula que separa incapazes e “relativamente” faz desta expressão advérbio e não adjetivo. Não são incapazes relativamente; são incapazes *quanto* a certos atos ou mesmo não são, mas apenas o *modo de exercer* é que deve ser distinto; é o que consta na lei.

Permita-se sublinhar que precisamente a mesma redação foi conservada no Código Civil de 2002 (art. 4º) e subsiste após as últimas alterações legislativas. A incapacidade dessa maneira se refere “a certos atos ou à maneira de os exercer”. *A regra é a capacidade, não a incapacidade*. Por muito tempo se tratou o relativamente incapaz mais pelo adjetivo (incapaz), sem levar em conta os “predicados do sujeito”.

Uma nova proposta de leitura do texto normativo convida a pensar sobre a diferenciação de atos e a restrição dos atos que, em caráter excepcional, não se pode exercer. Se é relativamente incapaz, é também bastante capaz.⁴³³

Desse modo, o adolescente relativamente incapaz é também, em princípio e por definição, bastante capaz, de forma que a capacidade para consentir com o ato emancipatório está abrangida entre os atos os quais ele pode praticar pessoalmente. A razão disso reside: a) no direito fundamental à livre expressão quanto aos atos que a ele concernem, sendo maduro o suficiente para participar de seu destino; b) na ausência de estado de sujeição, ante a não configuração de direito potestativo dos pais; c) em atenção aos efeitos existenciais e ao princípio do melhor interesse do adolescente. Aliás, seria deveras contraditório admitir-se a participação em qualquer ato patrimonial de interesse do adolescente (mediante assistência dos pais ou responsáveis), mas excluí-lo justamente do ato que altera seu estado civil.

Mesmo sob a dogmática civil tradicional a necessidade de manifestação do emancipando suscitava discussões. Pontes de Miranda afirmava que a escritura de emancipação não dependia da presença do “menor”, por consequência da unilateralidade do ato jurídico praticado pelos pais.⁴³⁴ Mas é importante considerar que o jurista sustentava também a necessidade de homologação judicial, pois a lei de 1916 não era explícita quanto a isso, omissão que foi suprida no Código Civil de 2002. Assim, a manifestação se daria não na lavratura do ato dos pais, mas no procedimento judicial homologatório: “tem de ser ouvido o menor e a sua recusa há de pesar”.⁴³⁵

⁴³³ SCHULMAN, Gabriel. *A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas*. 2018. 368 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UERJ. Rio de Janeiro, 2018. p. 106.

⁴³⁴ “Não é preciso a presença do menor, porque se trata de ato jurídico *stricto* sensu unilateral; mas, perante o juiz, o menor pode arguir que a concessão tem por fito prejudica-lo, e.g., retirar da defesa de seus interesses o Ministério Público, em luta com o concedente” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 197. Tomo I.)

⁴³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 200. Tomo I.

Carvalho Santos corroborava a necessidade de consentimento do menor, seguindo a posição de Pontes, pois “ninguém melhor do que êle [o emancipando] pode saber se está apto ou não para reger sua pessoa e seus bens.”⁴³⁶ Divergiam, contudo, com relação à forma, pois, ainda em razão da falta de clareza do Código de 1916, Carvalho Santos entendia pela desnecessidade de homologação judicial.⁴³⁷ Por isso, o jurista afirmava que a participação do adolescente se daria no momento do registro da escritura pública, com fundamento no art. 102 do Decreto 18.542/1928, que exigia, nesse momento, assinatura do apresentante. Também já defendia Carvalho Santos que a emancipação deveria ser concedida no interesse do “menor”, a quem caberia verificar se a emancipação lhe convém ou se lhe é prejudicial.⁴³⁸

Ainda mais curioso é observar que durante a tramitação do projeto de Código Civil de 1916, foi sugerida a seguinte emenda: “se o menor estiver sob o pátrio poder, essa declaração será feita por quem exercer esse poder, consentindo o menor, e julgada por sentença.”⁴³⁹ Contudo, a emenda não foi aceita, de modo que a redação aprovada do art. 9º do Código Beviláqua permaneceu silente quanto à participação do adolescente, silêncio esse que subsiste no Código de 2002.

Contemporaneamente, a importância da participação do adolescente como anuente no ato emancipatório tem sido reconhecida em doutrina, mas sob a justificativa de afastar eventual exercício disfuncional da autoridade parental por parte dos pais.⁴⁴⁰ Entretanto, deve-se ter em vista que a razão para se exigir o assentimento do emancipando como condição de validade do ato reside na interpretação sistemática do instituto, invocando-se a aplicabilidade do artigo 12 da CSDC e, por analogia, o artigo 45§ 2º do ECA, a fim de integrar os requisitos de validade do ato.

Isso porque não se pode ignorar a função da emancipação no ordenamento civil-constitucional, admitindo-se não apenas a repressão ao exercício disfuncional da posição

⁴³⁶ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*: introdução e parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 299. v. 1.

⁴³⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*: introdução e parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 299-300. v. 1.

⁴³⁸ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*: introdução e parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 301. v. 1.

⁴³⁹ FREIRE, Milcíades Mario de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro*: Parte geral, disposição preliminar e das pessoas e dos bens. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro, 1930. p. 122. v. 2.

⁴⁴⁰ “A norma fala em ato de concessão dos pais, de modo que não exige a intervenção do filho emancipando para o aperfeiçoamento e validade do ato de emancipação. Contudo, para que não se coloque em dúvida a intenção dos pais, nem se alegue que a emancipação está sendo feita para que os pais se livrem da obrigação de sustento do filho, é conveniente que o filho emancipando participe do ato como anuente.” (NERY JR. Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 329.)

jurídica dos pais em relação aos filhos, mas também exigindo-se a promoção ao livre desenvolvimento da personalidade do adolescente.

Decerto a competência dos pais se justifica como fato legitimador positivo⁴⁴¹ na concessão da emancipação em razão da titularidade e do exercício da autoridade parental.⁴⁴² Como se tem insistentemente afirmado, a autoridade parental não constitui um direito subjetivo,⁴⁴³ mas sim uma situação jurídica complexa que envolve poderes jurídicos em prol dos interesses da criança e do adolescente.⁴⁴⁴ Fosse direito subjetivo, seria pertinente aos pais buscar a satisfação de interesses próprios, mas como se trata de poder jurídico, a atuação dos titulares não é livre, mas vinculada ao atendimento de interesses alheios.

Contudo, o interesse do adolescente configura limite finalístico da atuação parental e fator legitimador negativo na emancipação, ou seja, (embora não elimine) restringe a legitimidade dos pais. Disso decorre, portanto, que o adolescente goza de interesse jurídico material⁴⁴⁵ para se manifestar sobre o ato que acarretará a ele drástica mudança de estado civil, tanto individual quanto familiar.

⁴⁴¹ Adota-se a distinção empregada por Menezes Cordeiro: “A legitimidade, enquanto qualidade do sujeito reportada a determinada situação jurídica, deriva de uma ou mais ocorrências ou conjunções: os factos legitimadores. [...] Em abstracto, podemos operar uma distinção entre factos positivos e factos negativos ou, se quiser: factos atributivos de legitimidade e factos privativos da mesma legitimidade. Os factos positivos conferem legitimidade a certos beneficiários (p. ex. a titularidade); os negativos retiram a legitimidade a quem, de outro modo, a teria (p. ex. uma sentença de interdição). (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português*: Parte geral. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20. v. I. t. IV.)

⁴⁴² O emprego do termo legitimidade refere-se ao perfil normativo da situação jurídica subjetiva, enquanto atribuição ao sujeito do poder de realizar determinados atos ou atividades no interesse alheio. No caso da autoridade parental, essa atribuição se dá pelo art. 1.630 do Código Civil. Segundo Perlingieri: “Aspecto essencial das situações subjetivas é, enfim, aquele normativo ou regulamentar; é ele que atribui relevância jurídica à situação. A juridicidade traduz-se no poder de realizar ou de exigir que outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e normas jurídicas. Nesse aspecto, a situação constitui uma norma de conduta que pode significar a atribuição ao sujeito – no interesse próprio e/ou de terceiros, no interesse individual e/ou social – do poder às vezes de realizar, outras de não realizar determinados atos ou atividades. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107.)

⁴⁴³ Segundo Perlingieri, o conceito tradicional de direito subjetivo consiste no “poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para realização de um interesse próprio do sujeito”. O jurista afirma a crise do direito subjetivo porquanto “[e]ste nasceu para exprimir um direito individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 121.).

⁴⁴⁴ “O exercício da *potestà* não é livre, arbitrário, mas necessário no interesse de outrem ou, mais especificamente, no interesse de um terceiro ou de uma coletividade.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 129.)

⁴⁴⁵ Sobre o interesse legítimo, afirma Perlingieri que ele está presente correlativamente à *potestà* como limite à atuação dos titulares do poder jurídico. Nesse sentido, afirma: “O menor, os credores do falido, os sócios, na hipótese em que os ofícios que lhe dizem respeito não sejam, segundo a própria opinião, exercidos corretamente e com diligência, podem intervir para que o juiz verifique a lealdade e a diligência utilizada no exercício da atividade. Correlativamente à *potestà* se apresenta a situação denominada interesse legítimo”. No caso de crianças e adolescentes, o autor traz o seguinte exemplo: “Mais fácil de compreender é o aspecto do interesse

A participação do adolescente na emancipação se dá, portanto, como novo fato legitimador que se soma à legitimidade dos pais para a concessão, com a finalidade de proteção do emancipando e diante da pluralidade de interessados.⁴⁴⁶ A heteronomia dos pais é exercida, portanto, com o consentimento do adolescente, cuja natureza é autorizativa.⁴⁴⁷

O comando normativo que baseia a necessidade de autorização do adolescente como requisito de validade da emancipação voluntária resulta da análise sistemática do ordenamento jurídico. A ausência de dispositivo expresso na lei civil é colmatada pela imperatividade das normas e valores constitucionais. Isso porque os artigos 5 e 12 da CSDC, que gozam *status* supralegal segundo o entendimento consolidado do STF, dão concretude ao direito fundamental à dignidade, ao respeito e à liberdade previstos no artigo 227 da Constituição.

Com isso não se pretende transferir a titularidade para a prática do ato emancipatório ao adolescente, à revelia dos titulares da autoridade parental. Ao contrário, persiste a incumbência exclusiva dos pais (ou do juiz, ouvido o tutor) para a concessão da emancipação, uma vez que são eles a avaliar concretamente se o adolescente está apto à plena capacidade. Por isso afirmou-se que a participação do adolescente, nesse sentido, tem natureza autorizativa, e não negocial.⁴⁴⁸

existencial do menor. Tome-se como exemplo, o menor que tenha uma relação afetiva com outra pessoa. O tutor poderia, por razões pessoais inspiradas pela própria visão de mundo, obstar a possibilidade de um encontro amigável deles. A jurisprudência [italiana] tem atribuído ao menor o direito de freqüentar as amizades que consideram oportunas, desde que não sejam claramente de ‘mau exemplo’. Do mesmo modo, no que diz respeito ao tipo de estudo que o menor queira empreender.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 130-131.)

⁴⁴⁶ De acordo com Menezes Cordeiro, “Havendo titularidade, poderá todavia faltar a legitimidade, mercê da intervenção de um facto negativo. Exige-se, então, novo facto legitimador, a que chamamos autorização. A autorização pode ser necessária: - para a proteção do próprio agente, para a proteção da contraparte ou de terceiros; - perante a pluralidade de interessados.” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 21. v. I. t. IV.)

⁴⁴⁷ Em tese de doutoramento, Pais de Vasconcelos, afirma que “[a] autorização integrativa é um ato relevante para a obtenção de legitimidade de alguém cuja falta de legitimidade resulta de limitações impostas à autonomia privada, em particular de limitações à liberdade”.⁴⁴⁷ Embora não se possa propriamente fundamentar a legitimidade dos pais para a concessão da emancipação na autonomia privada, senão no exercício funcional da autoridade parental em prol do livre desenvolvimento dos filhos, a autorização integrativa advém do princípio do superior interesse da criança e do adolescente, cuja obrigatoriedade impõe limitação à atuação dos pais especialmente nessa seara. (VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. *A autorização*. Coimbra: Coimbra editora, 2012. p. 233.)

⁴⁴⁸ “A qualificação negativa da autorização integrativa como negócio jurídico resulta de uma exigência de Ordem Pública. Os casos de autorização integrativa são constituídos por situações nas quais o titular sofre uma restrição à sua liberdade. A outorga de uma autorização integrativa provoca uma reposição do nível de liberdade do titular, suficiente para que este possa ter legitimidade para praticar o ato em questão. Mas o autorizante não domina a liberdade do autorizado. [...] Como tal, a autorização integrativa não pode nunca ser um negócio jurídico.” (VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. *A autorização*. Coimbra: Coimbra editora, 2012. p. 233.)

Assim, a anuência do adolescente condiciona a legitimidade⁴⁴⁹ do ato e, por conseguinte, condiciona também a validade⁴⁵⁰ da emancipação voluntária, razão pela qual deve constar na escritura pública de emancipação.⁴⁵¹ O adolescente que não houver anuído não pode sofrer as consequências do ato emancipatório, sob pena de interferência ilícita em sua esfera existencial.⁴⁵²

Mais do que apenas consentir, é importante recordar que o direito fundamental à participação compreende também i) o direito a ser adequadamente informado sobre o ato praticado e de suas consequências; ii) de ser consultado e expressar a sua opinião,⁴⁵³ o que deve ser observado no momento da lavratura do ato.

3.3 Controle da motivação da emancipação e responsabilidade dos pais

Quando defendeu a dispensa da homologação judicial na emancipação concedida pelos pais, nos idos do século passado, ainda sob a égide de um regime pré-codificado, Vicente Ferrer pontuou:

⁴⁴⁹ “Diversa da capacidade de agir, ou de fato, é a *legitimidade*, aptidão para a prática de determinado ato, ou para o exercício de certo direito, resultante, não da qualidade da pessoa, mas de sua posição jurídica em face de outras pessoas. A legitimidade decorre de certas situações jurídicas do sujeito, do que lhe advém limitações ao poder de agir. Pode definir-se sinteticamente, como a específica posição de um sujeito em relação a certos bens ou interesses. Enquanto a capacidade de fato é a capacidade para a prática e geral dos atos jurídicos, a legitimidade refere-se a determinado ato em particular.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 332.)

⁴⁵⁰ A anuência ou autorização como condição de validade do ato tem como fundamento o art. 220 do Código Civil de 2002. “Trata-se, pois, neste dispositivo legal da impossibilidade de alguém praticar determinados atos (especificados em lei), sem um requisito específico, qual seja, a outorga de outrem, como condição de validade do negócio jurídico.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 459. v. I.)

⁴⁵¹ Código Civil, art. 220: A anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento.

⁴⁵² Aderindo-se à análise funcional das invalidades negociais, proposta por Eduardo Nunes de Souza, a qualificação do vício como nulidade ou anulabilidade deve contemplar a aplicação de todo o ordenamento jurídico, à luz da legalidade constitucional, modulando-se os efeitos do ato inválido de acordo com os concretos interesses em jogo, o que, no caso da emancipação, sobressai, *a priori*, o interesse do adolescente. Por isso, conclui-se: “Essa modulação encontra-se balizada pela axiologia do ordenamento, devendo o intérprete explicitar quais valores e interesses determinaram cada consequência por ele proposta para a invalidade do negócio. Ainda que se alcance, em muitos casos, a mesma solução que se obteria pela simples aplicação silogística da regra legal ao fato concreto, o mecanismo subsuntivo nunca será fundamento suficiente para a decisão, pois é a aplicação das normas sobre a invalidade à luz dos valores do ordenamento que confere sistematicidade à matéria – a qual, de outro modo, permaneceria caracterizada por exceções às regras gerais aparentemente assistemáticas.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 386-387.)

⁴⁵³ Sobre o tema, cf. capítulo 1.

Dir-se-á: mas isto abrirá espaço a abusos! Naturalmente! Ha paes, que se aproveitarão de tal direito para prejudicar os filhos! De tudo se abusa! Da religião, da sciencia, das artes. [...] Ha paes maus? Há juizes prevaricadores, que poderiam com decisões despropositadas prejudicar o futuro do menor.⁴⁵⁴

A reflexão do jurista mostra que, apesar da incumbência legal dos pais com relação aos cuidados dos filhos, desde tempos remotos, já havia preocupações quanto ao exercício disfuncional. Como ele bem disse: *De tudo se abusa!*

Segundo Perlingieri, “abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva”.⁴⁵⁵ O conceito é elucidativo ao se tratar do exercício disfuncional da autoridade parental na emancipação: o abuso⁴⁵⁶ ocorrerá quando a emancipação estiver movida por interesses estranhos à função do instituto na promoção dos interesses dos filhos e na concretização dos valores constitucionais.

Quando o pai ou mãe concede a emancipação, não para atender às necessidades concretas do filho maduro, mas para beneficiar-se da sua capacidade plena, prejudica-se o legítimo interesse do filho em favor de um interesse antijurídico do pai. Essa conduta é desviante do direito e merece ser reprimida.

O abuso na concessão da emancipação pode acontecer, sobretudo, porque da extinção da autoridade parental dimanam inúmeros efeitos secundários mais específicos para a esfera jurídica de cada membro da família, notadamente na responsabilidade dos pais, assim como pode afetar também a esfera jurídica de terceiros.

Sem a pretensão de desenvolver o tema, mas apenas a título ilustrativo, a responsabilidade civil dos pais está prevista nos artigos 928 e 942 do Código Civil. O primeiro preceitua a responsabilidade subsidiária dos incapazes, caso os seus responsáveis não tenham obrigação ou recursos suficientes para reparar o dano. O segundo prevê a responsabilidade dos pais pelos filhos menores que estiverem sob a sua companhia e guarda.

A doutrina sempre se ressentiu quanto ao efeito de desonerar os pais dos atos ilícitos dos filhos pela via da emancipação. Tanto assim que na I Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF foi aprovado o enunciado 41: “[a] única hipótese em que poderá haver

⁴⁵⁴ ARAUJO, Vicente Ferrer de Barros. *Resposta a um anonymo parecer sobre a escriptura de desistencia do patrio poder e emancipação de D. Euzebia Cordeiro Tavares em favor de seu filho William dos Santos Tavares*. Lisboa: Imprensa Lucas, 1910. p. 7.

⁴⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 683.

⁴⁵⁶ Folia-se ao entendimento de Perlingieri (cf. nota 453), seguido por Souza, no sentido de que não apenas o direito subjetivo, mas qualquer situação jurídica pode ser exercida de forma disfuncional e, portanto, configurando abuso de direito. Como afirmado por Souza, “se há uma função, há a possibilidade de exercício disfuncional.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro, v. 50, abr-jun/2012, p. 63.)

responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil.”

O STJ já se firmou também no sentido de não excluir a responsabilidade dos pais quando a causa da emancipação for a outorga voluntária. A justificativa foi a seguinte:

Tratando-se de atos ilícitos, a emancipação, ao menos a que decorra da vontade dos pais, não terá as mesmas consequências que dela advêm quando se cuide da prática de atos com efeitos jurídicos queridos. A responsabilidade dos pais decorre especialmente do poder de direção que, para os fins em exame, não é afetado. É possível mesmo ter-se a emancipação como ato menos refletido, não necessariamente fraudulento. Observo que a emancipação, por si, não afasta a possibilidade de responsabilizar os pais, o que não exclui possa isso derivar de outras causas que venham a ser apuradas.⁴⁵⁷

Contra esse posicionamento, levantou-se José Fernando Simão, para quem a emancipação voluntária outorgada pelos pais deve ser considerada válida e eficaz, até prova em contrário de que foi realizada apenas para elidir a responsabilidade deles, em flagrante fraude a terceiros.⁴⁵⁸

Outra situação de disfunção na concessão da emancipação voluntária é a finalidade de fazer cessar a obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos, tendo em vista a extinção do dever de sustento com a extinção da autoridade parental.⁴⁵⁹

Também as facilidades decorrentes de procedimentos extrajudiciais como o divórcio e o inventário quando os interessados são plenamente capazes podem constituir o móvel para a emancipação civil do adolescente pelos pais. Nesse sentido, o artigo 12 do Provimento 35 de 2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com as alterações da Resolução 179 de 2013 admite expressamente o inventário e a partilha extrajudiciais quando os interessados forem capazes, inclusive por emancipação. No mesmo sentido decidiu o CNJ em consulta a respeito da realização de divórcio extrajudicial quando houver filhos emancipados.⁴⁶⁰

Não seria impossível, então, vislumbrar situação em que o filho é emancipado tão somente para atender ao interesse dos pais, seja para excluí-los da responsabilidade civil ou de sustento, seja para facilitar procedimentos que deveriam ser feitos judicialmente se os filhos forem incapazes.

⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 122-573/PR*, da Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 23 jun. 1998.

⁴⁵⁸ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 176.

⁴⁵⁹ Nesse sentido: CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 443.

⁴⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências 0000409-15.2014.2.00.0000. Rel. Gustavo Tadeu Alkimin. Ementa: Pedido de providências convertido em consulta. Tratamento uniforme quanto à realização de divórcio e de inventário extrajudiciais quando houver filhos emancipados. Disciplina dos emolumentos de serventias extrajudiciais. Espécie tributária cuja fixação requer lei estrita. 14 jun. 2016.

Em todos esses casos, estaria configurado o abuso na concessão da emancipação civil, uma vez que, se (e apenas se) a finalidade desviou-se do atendimento ao interesse do adolescente, a outorga pode ser considerada disfuncional. Essas situações revelam-se patológicas e não podem ser tratadas como regra, tampouco podem impregnar a emancipação voluntária de uma conotação negativa.

A proposta é que essas situações sejam resolvidas pontualmente, como exceções à regra que são.⁴⁶¹ A ponderação de Simão é bastante razoável nesse sentido, pois, segundo ele “o que se verifica é que a doutrina presume como sendo de má-fé toda e qualquer emancipação voluntária”,⁴⁶² não sendo adequado desconfiar-se da utilidade do instituto em si em razão de circunstâncias anormais e patológicas.

Não se pode, contudo, afastar a possibilidade de controle judicial do ato emancipatório disfuncional, ante a ilegalidade caracterizada pelo abuso no exercício da autoridade parental, sendo então passível de desconstituição, em razão do interesse do adolescente.

Da mesma forma pode ser enfrentada a divergência entre os pais quanto à concessão da emancipação. De acordo com o Código Civil de 1916, competia exclusivamente ao pai e à mãe somente se ele fosse morto, disposição que denunciava, entre tantas outras,⁴⁶³ a assimetria de tratamento jurídico em razão do gênero.

Desde a Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da igualdade de gêneros de forma geral no artigo 5º, inciso I e de forma específica nas relações familiares no artigo 226, §5º, já se poderia compreender pela desconformidade dessa disposição legal.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Para Paulo Dourado de Gusmão: “A emancipação é irrevogável. Todavia, se a emancipação resultar de fraude à lei, se for forma de extinção da obrigação de alimentos por parte do pai, o emancipado pode requerer judicialmente a cassação da emancipação.” (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 538.)

⁴⁶² SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 176.

⁴⁶³ Assim, somente a título ilustrativo, incumbia-se ao marido a chefia da sociedade conjugal (art. 233), o exercício do então “pátrio poder” incumbia ao homem (art. 380), o defloramento da mulher configurava erro sobre a pessoa para efeito de invalidade do casamento (art. 219, IV) e competia ao marido autorizar o exercício de profissão pela mulher (art. 233, IV). Sobre o tema, confira-se: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; FERST, Marklea da Cunha. A Reconfiguração do Papel da Mulher nas Relações Familiares à Luz da Constituição Federal. In: Marcelo Conrado; Rosalice Fidalgo Pinheiro. (Org.). *Direito Privado e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 375-386.

⁴⁶⁴ “No âmbito do Direito Privado, com a ‘constitucionalização do direito civil’, o modelo codificado das relações de família abriu espaço para um modelo principiológico e caracterizado pela tutela dos indivíduos envolvidos nas relações sociais. O texto constitucional, assim, conferiu novos preceitos e características à noção jurídica de família, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão das diversas entidades familiares. A Carta Magna ainda estabeleceu a igualdade jurídica entre os (*sic*) mulheres e homens, tanto na vida social quanto na vida familiar (art. 5º, I, e art. 226, §3º), permitindo uma releitura dos institutos civis.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 60)

Mas o diploma civil de 2002, de forma expressa e se contrapondo à orientação da lei anterior, condicionou a emancipação voluntária à concordância de ambos ou todos⁴⁶⁵ os titulares da autoridade parental, adequando-se o texto legal ao mandamento constitucional.

De acordo com o texto do artigo 5º do Código Civil, a presença de todos os titulares da autoridade parental é dispensada apenas na falta de algum deles, sem que haja previsão expressa de uma solução para o caso de discordância. Não havendo prevalência *a priori* da decisão do pai ou da mãe, indaga-se: a controvérsia deve ser solucionada judicialmente, com fundamento no artigo 1.631, parágrafo único do Código Civil,⁴⁶⁶ e no artigo 21 do ECA⁴⁶⁷ ou o dissenso dos pais inviabiliza essa forma de emancipação?

A doutrina não é unânime: Caio Mário da Silva Pereira afirma que a vontade dos pais é insuprível,⁴⁶⁸ posição seguida hodiernamente também por Gagliano e Pamplona, para quem a decisão judicial não poderia se sobrepor à recusa expressa de qualquer dos progenitores.⁴⁶⁹ Por outro lado, Venosa defende a possibilidade de propositura de ação judicial para suprimento do consentimento do pai ou da mãe recalcitrante,⁴⁷⁰ embora reconheça o risco de ineficácia da medida diante da possível demora no trâmite processual.

A questão merece análise mais detida. Observa-se que as divergências residem na possibilidade de heteronomia estatal sobre a avaliação da motivação da emancipação civil no

⁴⁶⁵ Diz-se “todos” porque, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidado no julgamento com repercussão geral do Recurso Extraordinário 898.060, passou a ser admitida a multiparentalidade, com base em filiação socioafetiva. A tese 622 ficou assim fixada: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.” Veja-se, também, o Provimento 68 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Portanto, considerando o princípio da igualdade e a vedação à distinção de origem do vínculo paterno-materno-filial, nessa hipótese, todos os pais e mães devem concordar com a concessão da emancipação, desde que todos estejam no pleno exercício do poder familiar.

⁴⁶⁶ Código Civil, art. 1.631: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

⁴⁶⁷ ECA, art. 21: O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

⁴⁶⁸ Caio Mário da Silva Pereira entende que a emancipação voluntária é ato de vontade insuprível judicialmente, embora reconheça que pode ser concedida por um só na falta de outro (PEREIRA, Caio Mário da Silva.

Instituições de Direito Civil. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 245.)

⁴⁶⁹ “A esse respeito, sempre defendemos, mesmo durante a vigência do Código de 1916, que o ato de emancipação deveria conjugar a anuência de ambos os pais, somente admitido o suprimento judicial para hipóteses de impossibilidade material de sua manifestação (por exemplo, um dos pais está em coma), mas nunca, em nosso sentir, se sobrepondo à eventual recusa expressa de um deles.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.)

⁴⁷⁰ “No sistema do corrente Código, bem como no que se aplica após a Constituição, se os pais não estiverem concordes a respeito da emancipação do filho, há possibilidade de o consentimento do recalcitrante ser suprido por sentença, embora, na prática, o lapso temporal de um procedimento judicial possa tornar inócua a medida.” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 152. v. 1.)

caso concreto, isto é, no controle judicial do ato dos pais no exercício da autoridade parental. Para o desate da questão, permita-se novamente a digressão às bases axiológicas nas quais assenta a dogmática civil contemporânea⁴⁷¹ e que, além das alterações substanciais sobre a normativa das relações familiares, repercutiu também sobre a própria noção de legalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A divergência entre os pais quanto à concessão da emancipação representa também um desacordo quanto ao que seja melhor para o adolescente. Dada a função promocional da autoridade parental,⁴⁷² em igualdade de condições entre os seus titulares, embora a instância jurisdicional não seja desejável, a questão não pode ser excluída da apreciação judicial, uma vez que não há propriamente um direito de qualquer dos progenitores de se opor à emancipação arbitrariamente, sobretudo porque, repita-se à exaustão, é imperativa a observância do princípio do melhor interesse do filho.

Reforça-se esse argumento pela constatação de que a qualquer dos pais garante-se a via judicial para suprir o consentimento do outro na autorização para o casamento, segundo o artigo 1.517 parágrafo único do Código Civil. A analogia é pertinente porquanto em ambos os casos – na emancipação voluntária e no casamento – tem-se a independência dos filhos em relação aos pais, com a extinção da autoridade parental. Inclusive, dispõe o Código Civil que o casamento produz a emancipação (art. 5º, parágrafo único, II) e, portanto, a aquisição da capacidade plena pelo nubente que não tenha atingido a maioridade.

Ao decidir sobre a emancipação, embora haja repercussões reflexas na esfera jurídica dos pais, em virtude da extinção da autoridade parental, os efeitos principais e imediatos recaem sobre o adolescente, que passa a ser plenamente capaz para os atos da vida civil. A intervenção estatal na relação familiar, materializada na decisão judicial, justifica-se então no limite da atuação parental determinada pela observância ao princípio do melhor interesse do adolescente.⁴⁷³ Colacionando-se a lição de Fachin, “intervir é necessário quando verificada a

⁴⁷¹ Reafirma-se a adoção da metodologia civil-constitucional adotada no presente trabalho, eleita como referencial teórico a obra de Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*.

⁴⁷² “De fato, dispõe o legislador brasileiro que cabe aos pais o exercício do poder familiar. São eles os responsáveis pelos filhos podendo exigir-lhes obediência e respeito e, até mesmo, restringir-lhes a liberdade, com a finalidade de atender ao princípio do melhor interesse, o que se justifica pela função promocional da autoridade parental de acordo com os ditames instaurados pela Constituição de 1988.” (MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 120.)

⁴⁷³ Assim, sempre que os direitos da criança e do adolescente forem violados ou estiverem sob ameaça de violação normativa ou principiológica (*melhor interesse da criança e do adolescente*), faz-se necessária a pronta intervenção estatal para protegê-lo, assegurando que este sujeito em desenvolvimento venha a ter, em um futuro breve, a possibilidade concreta, a *liberdade positiva*, de construir a sua personalidade pelas suas próprias escolhas. (FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado – problematizando espacialidades à luz da*

potencialidade lesiva à constituição da personalidade de um sujeito, jurídica ou faticamente, mais *vulnerável*, devido às suas condições pessoais”.⁴⁷⁴

Ademais, afastar da apreciação judicial o dissenso entre os pais sobre a emancipação voluntária, uma vez que a legitimidade para a concessão se justifica no exercício da autoridade parental, implica atribuir um “poder de veto” a qualquer dos progenitores sem submeter essa decisão à apreciação de eventual abuso do direito ou, ao menos avaliar o juízo de merecimento de tutela do ato.⁴⁷⁵

Apesar de ser difícil a identificação concreta dos limites do exercício da autoridade parental,⁴⁷⁶ uma vez que isso implica necessariamente um juízo valorativo sobre o ato, o ECA (art. 98, II) assegura a aplicação de medidas de proteção à criança e ao adolescente nos casos de abuso dos pais ou responsável, reforçando a ilicitude do exercício disfuncional da autoridade parental e fundamentando o recurso judicial à solução da dissidência.

Portanto, a divergência entre os titulares da autoridade parental apenas inviabiliza a concessão da emancipação pela via extrajudicial, mas enseja a avaliação judicial da motivação do ato emancipatório, a fim de assegurar o melhor interesse do emancipando, com fundamento legal nos artigos 1.631 parágrafo único do Código Civil e 21 do ECA, por meio de ação de suprimimento de consentimento.⁴⁷⁷

fenomenologia paralática, *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, v. 13, n. 23, p. 5-14, ago./set. 2011. p. 11.)

⁴⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado – problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralática. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, v. 13, n. 23, p. 5-14, ago./set. 2011. p. 11.

⁴⁷⁵ O juízo de merecimento de tutela é um mecanismo de controle do ato jurídico que transborda o critério da legalidade, para aferir também se o ato promove os valores juridicamente relevantes do ordenamento jurídico. Cunhada por Perlingieri, nos dizeres do autor, “[o] ato negocial é válido não tanto porque desejado, mas, e apenas se, destinado a realizar, segundo o ordenamento fundado no personalismo e no solidarismo, um interesse merecedor de tutela. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 371.) De forma elucidativa, Nunes de Souza ensina: “A atual definição de legalidade como merecimento de tutela, portanto, sugere uma nova evolução conceitual, que vá além da vedação ao ilícito e ao abuso. Essa evolução parece ser justamente aquela que acrescentou à função repressiva do direito uma função promocional. Em outras palavras, afirmar que a legalidade corresponde, hoje, ao merecimento de tutela indica que não se preveem apenas limites à autonomia privada na forma de vedações ou restrições, mas também se conferem preferências aos atos de autonomia que promovam especialmente valores juridicamente relevantes – eis aí o *mérito*, maior que a simples *conformidade* ao direito, que pode apresentar o ato negocial”. (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 47.)

⁴⁷⁶ Importante a observação de Marcos Alves da Silva: “Não é possível definir com precisão a margem de discricionariedade outorgada aos pais, no exercício da autoridade parental, mesmo porque se houvesse tal definição, não se trataria mais de discricionariedade. E é nessa órbita que o abuso de direito encontra terreno propício para a sua manifestação, especialmente, por ser o tipo de relação jurídica em que a sujeição de uma das partes em relação a outra é notória.” (SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 120.)

⁴⁷⁷ Reitera-se a lição de Pontes de Miranda, aqui pertinente por se tratar do suprimimento de consentimento por denegação injustificada: “As ações de suprimimento de consentimento, tôdas ações constitutivas, podem ser a) por

3.4 Proteção prioritária e especial do adolescente em face da emancipação

Segundo Clóvis Beviláqua, a emancipação é a aquisição da capacidade plena antes da idade legal.⁴⁷⁸ Assim ficou preceituado pela lei no artigo 5º, parágrafo único do Código Civil brasileiro.

Outros países, entretanto, adotam modelos diversos. De acordo com o ordenamento jurídico argentino, no qual a emancipação restringe-se à hipótese de casamento antes da maioridade, o emancipado não fica habilitado à prática de todo e qualquer ato da vida civil. O Código Civil daquele país preceitua que a pessoa emancipada goza de plena capacidade de exercício, mas com certas limitações derivadas da lei, as quais podem significar desde uma restrição à prática de determinados atos dependentes de autorização judicial, até a total vedação.⁴⁷⁹ Assim, o emancipado não pode, nem mesmo com autorização judicial, aprovar as contas e dar quitação aos tutores, doar bens recebidos a título gratuito e prestar garantia de

indevida denegação ou b) por falta. Não são as mesmas. Ali, a tutela dos interesses fica em reexame, de modo que a ação é para destruir a eficácia da declaração de vontade de quem deveria consentir, ou não; aqui, a lei atribui ao juiz, diretamente, essa tutela. Ali, há sempre contenciosidade; aqui, não há, pelo menos na primeira instância, pois só discordância eventual, ou o recurso, e. g., pelo órgão do Ministério Público, cria a contensão. Não se pense, portanto, que, nos casos b), a jurisdição seja, sempre, voluntária.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. 1 ed. atual por Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 86. Tomo III.)

⁴⁷⁸ Sobre o conceito de emancipação, cf. capítulo 2.1.

⁴⁷⁹ Código Civil argentino (Ley 26.994), artículo 27, Emancipación: La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad. La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código. La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada. Si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad. (Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>> Acesso em: 03 jan. 2019.) Tradução livre: Código Civil argentino, artigo 27: Emancipação. A celebração do casamento antes dos dezoito anos emancipa a pessoa menor de idade. A pessoa emancipada goza de plena capacidade de exercício com as limitações previstas neste Código. A emancipação é irrevogável. A nulidade do casamento não deixa sem efeito a emancipação, exceto em relação ao cônjuge de má-fé para quem cessa a partir do dia em que a sentença transita em julgado. Se algo é devido à pessoa menor de idade com cláusula de não poder recebê-lo até a maioridade, a emancipação não altera a obrigação nem o tempo de sua exigibilidade.

obrigações.⁴⁸⁰ Somente com autorização judicial pode ele dispor de bens recebidos a título gratuito em casos de comprovada necessidade ou vantagem do ato de disposição.⁴⁸¹

De forma semelhante, o direito francês atribui ao adolescente a capacidade para os atos da vida civil, mas excetua a adoção e o casamento ao determinar que, especificamente para esses atos, eles permanecem incapazes.⁴⁸² No sistema espanhol, igualmente, a prática de alguns atos pela pessoa emancipada é limitada. Sem o consentimento de seus pais ou de curador, não se defere ao emancipado tomar empréstimos, alienar bens imóveis, estabelecimentos mercantis ou industriais ou, ainda, objetos de extraordinário valor.⁴⁸³ O sistema italiano restringe ainda mais o alcance da emancipação, limitando a capacidade do adolescente tão somente aos *atos de mera administração*.⁴⁸⁴ A emancipação, nesse ordenamento, reflete mais sobre a pessoa do emancipado do que sobre a capacidade para atos

⁴⁸⁰ Código Civil argentino, artículo 28, Actos prohibidos a la persona emancipada: La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial: a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito; b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito; c) afianzar obligaciones. (Disponível em:

<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>> Acesso em: 03 jan. 2019.) Tradução livre: Código Civil argentino, artigo 28: Atos proibidos à pessoa emancipada. A pessoa emancipada não pode, nem com autorização judicial: a) aprovar as contas de seus tutores e dar-lhes quitação; b) doar bens que tenha recebido a título gratuito; c) garantir obrigações.

⁴⁸¹ Código Civil argentino, artículo 29, Actos sujetos a autorización judicial. El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente. (Disponível em:

<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>> Acesso em: 03 jan. 2019.) Tradução livre: Atos sujeitos a autorização judicial. O emancipado requer autorização para dispor dos bens recebidos a título gratuito. A autorização deve ser outorgada quando o ato seja de toda necessidade ou de evidente vantagem.

⁴⁸² Code Civil français, article 413-6: Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile. Il doit néanmoins, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé. (Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5CEFACC43603DE6048FEA928F65FB442.tplgfr22s_3?idSectionTA=LEGISCTA000031345336&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190103> Acesso em: 03 jan. 2019.) Tradução livre: O menor emancipado é capaz, como um maior, a todos os atos da vida civil. No entanto, ele deve, para se casar ou adotar, observar as mesmas regras como se ele não fosse emancipado.

⁴⁸³ Código Civil español, artículo 323: La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. Tradução livre: “A emancipação habilita o menor a reger sua pessoa e bens como se fosse maior; mas até que chegue a maioridade não poderá o emancipado tomar empréstimos, gravar ou alienar bens imóveis e estabelecimentos mercantis ou industriais ou objetos de extraordinário valor sem consentimento de seus pais e, a falta de ambos, sem o de seu curador.”

⁴⁸⁴ “Il minore però può essere emancipato, e quindi divenire capace a compiere alcuni atti della vita civile, ossia i meno importanti, che possono meno facilmente compromettere il suo patrimonio, gli atti cioè di semplice amministrazione. Quanto alla semplice gestione il minore è considerato maggiore, e gli atti da lui compiuti non possono essere impugnati per il motivo dell'età.” (EMANCIPAZIONE. In: SCIALOJA, Vittorio; BONFANTE, Pietro. *Dizionario pratico del diritto privato*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. v. II. p. 794.) Tradução livre: O menor, no entanto, pode ser emancipado e, portanto, tornar-se capaz de realizar certos atos da vida civil, ou seja, aqueles menos importantes, que pode menos facilmente comprometer seu patrimônio, ou seja, atos de simples administração. Quanto à simples gestão, o menor é considerado maior, e os atos que ele realizou não podem ser contestados com base na idade.

patrimoniais, uma vez que, com o estabelecimento de domicílio próprio passa a reger-se, mas com relação ao patrimônio, ainda é considerado relativamente incapaz.⁴⁸⁵

Observa-se que esses ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica optaram por manter de forma inderrogável certa proteção na esfera civil à pessoa que ainda não atingiu a maioridade, a despeito da emancipação. Essa, todavia, não parece ter sido a escolha do legislador brasileiro, pois não há exceções à capacidade plena do adolescente emancipado. Naqueles ordenamentos, tem-se, em vez disso, um sistema de capacidade intermediária, em que a emancipação mais se assemelha a um estágio preparatório para a plena capacidade.

Nesse ponto, algumas distinções são exigidas. A primeira se relaciona com a coerência interna no direito privado: de acordo com a reconstrução do regime das incapacidades civis e, principalmente, com a legalidade constitucional, quais os atos que são alcançados pela emancipação civil?

A segunda gama de efeitos concerne às eventuais repercussões da emancipação civil em outras esferas normativas, ou seja, a harmonização sistemática das normas dirigidas à infanto-adolescência diante da unidade sistemática do ordenamento jurídico. Será que o reconhecimento de plena capacidade ao adolescente emancipado prejudica a incidência de outras normas destinadas aos menores de dezoito anos? Será que o ordenamento, ao permitir que o Código Civil retirasse totalmente do adolescente emancipado a proteção imbuída no regime de incapacidades, deduz que cessa também a vulnerabilidade e assim não mais persistiria proteção de nenhuma ordem?

A premissa que se deve ter em vista para o desenvolvimento dessas questões é que o mesmo fato jurídico, a idade, repercute em distintos âmbitos jurídicos de proteção. Presume-se a vulnerabilidade da criança e do adolescente na Constituição, daí decorrendo inúmeros dispositivos de tutela que devem ser harmonizados conforme a tábua axiológica constitucionalmente projetada nas normas infraconstitucionais.

⁴⁸⁵ “Mediante l’emancipazione il figlio acquista, con indipendenza della sua persona, anche un proprio domicilio, essendo egli liberato dai vincoli derivanti dalla patria potestà. Quanto poi al patrimonio, l’emancipazione (dichiara l’art. 317) conferisce al minore la capacità di fare da sè solo tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione.” (EMANCIPAZIONE. In: SCIALOJA, Vittorio; BONFANTE, Pietro. *Dizionario pratico del diritto privato*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. v. II. p. 800.) Tradução livre: Por meio da emancipação, o filho adquire, com independência de sua pessoa, também seu próprio domicílio, sendo libertado dos vínculos derivados da autoridade parental. Quanto ao patrimônio, a emancipação (declara o artigo 317) confere ao menor a capacidade de realizar sozinho todos os atos que não excedam a simples administração.

No direito privado, a menoridade acarreta a tutela pela via do regime de incapacidades e pela autoridade parental, institutos orientados agora pelas normas e valores constitucionais, com incidência imediata no regime protetivo do ECA.

Diante disso, a emancipação civil, ao sustar a incapacidade do adolescente, atua sobre os atos em que ainda predomina a heteronomia dos pais. Por essa razão, conforme exposto no início do capítulo, a *práxis* mostra uma ampla utilização da emancipação por pais de adolescentes que exercem atividades artísticas com a finalidade de que os filhos deem conta pessoalmente de seus assuntos profissionais.

Quanto ao aspecto existencial, certamente a emancipação também confere maior autonomia ao adolescente, por efeito reflexo à extinção da autoridade parental. Embora persista a solidariedade familiar, que é uma das notas características da família democratizada, os filhos emancipados passam a ser considerados autossuficientes para decidir os rumos de suas vidas, sem a participação dos seus até então responsáveis legais. Cessa, então, a vigilância sobre a liberdade do emancipado.

Já para a resposta da segunda gama de indagações, não é demais recordar que a idade civil é um predicado da pessoa que, embora, transitório, a qualifica juridicamente como capaz ou incapaz, conforme se esteja na maioridade ou na menoridade, respectivamente. A emancipação, por sua vez, incidente necessariamente durante a menoridade, prevalece sobre a idade quanto à definição da plena capacidade civil.

Formam-se, portanto, estados civis distintos: o do adolescente na menoridade (que seria simplesmente designado “menor”, se fosse desprezada a carga valorativa negativa do termo) cujo critério para qualificação é a idade; e o adolescente emancipado (ou “menor emancipado”), cujo critério é a maturidade antes da idade legal. A menoridade persiste mesmo ao adolescente emancipado, pois se tratam de estados individuais independentes. Tem-se a pessoa na maioridade (capaz ou incapaz), a pessoa na menoridade não emancipada (incapaz), e a pessoa na menoridade emancipada (capaz).

Além de repercutir sobre a capacidade jurídica, a menoridade enseja outra importante consequência: a qualificação jurídica como criança ou adolescente, nos termos do ECA, atraindo a proteção prioritária e especial prevista na Constituição Federal. Cabe indagar então se a emancipação equipara o adolescente ao maior de idade para todos os fins, ou se os efeitos se circunscrevem ao âmbito das relações interprivadas, reguladas pelo direito civil.

Sobre o tema, Cury, Garrido e Marçura afirmam categoricamente que o ECA “adotou o critério cronológico absoluto, ou seja, a proteção integral da criança e do adolescente é devida em razão da sua faixa etária, pouco importando se, por qualquer outro motivo, adquiriu a capacidade civil”.⁴⁸⁶ Na mesma linha de raciocínio, Farias e Rosenvald aduzem que “o menor emancipado não perde a proteção integral e a prioridade absoluta”, eis que “decorrem de critério fundamentalmente etário e absoluto, consubstanciando uma garantia constitucional que não pode ser afastada pela iniciativa privada.”⁴⁸⁷

Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que a CSDC, em seu artigo 1º, determina que é “criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, *a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes*”. A Convenção está assim permitindo que os sistemas jurídicos que a adotem fixem a maioridade civil em idade inferior e, conseqüentemente, os assim considerados maiores, frise-se, mesmo que ainda não atingidos os dezoito anos, estariam excluídos do âmbito de proteção da norma.

Com efeito, a CSDC realmente permite a adoção de idade legal inferior aos dezoito anos para o alcance da maioridade, contudo, o instituto jurídico da emancipação, apesar de afetar a capacidade do adolescente para os atos da vida civil, não tem o condão de mudar a sua idade: mantém-se a menoridade, mas cessa a incapacidade.

Tem-se, assim, que a emancipação somente faz cessar algumas das conseqüências da menoridade, que é a incapacidade e a autoridade parental, mas não equipara o emancipado ao maior de idade para todos os efeitos. E mais: a menoridade não apenas mantém a aplicabilidade de normas de caráter protetivo à criança e ao adolescente, como também daquelas que fazem referência a uma idade mínima específica para o exercício de determinados direitos. A compreensão de Paulo Lôbo é elucidativa nesse sentido:

A emancipação, apesar de equivalente, não é igual à maioridade. Sempre que o legislador fizer alusão expressa à maioridade para a aquisição ou extinção de direitos e deveres, não se estenderá a regra aos emancipados. Na dúvida ou quando a alusão for à capacidade civil plena, então os emancipados estarão incluídos.⁴⁸⁸

Assim é que, quando a lei especificar a idade a partir da qual se pode gozar determinado direito, a emancipação não dispensa tal exigência; mas, por outro lado, se a lei

⁴⁸⁶ CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. p. 22.

⁴⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 369.

⁴⁸⁸ Nesse sentido: LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 129. SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 111.

impuser não uma idade, mas sim a capacidade de fato como condição, o menor emancipado poderá exercê-lo.

De forma ilustrativa, o ECA determinou a idade mínima de dezoito anos para que se possa adotar.⁴⁸⁹ O critério legal é a idade, e não a plena capacidade civil, logo, o adolescente, mesmo emancipado, não poderá vencer a exigência da lei antes de completado o mínimo etário estabelecido.

Por outro lado, como a validade de negócio jurídico é condicionada à plena capacidade do agente (art. 104, CC), o emancipado poderá praticá-lo pessoalmente sem que sua idade possa comprometer a higidez do ato.

Mas é importante perceber que, a possibilidade de praticar atos de autonomia privada negocial não implica a validade de negócios jurídicos proibidos em razão da proteção especial recebida pelo adolescente e que persiste, a despeito da emancipação.

Em qualquer hipótese, reforça-se a incidência das normas protetivas destinadas às pessoas menores de dezoito anos, sendo imperiosa a observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na prática desses atos. Esse foi o entendimento firmado no Enunciado 530 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “[a] emancipação, por si só, não elide a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente”, sob a seguinte justificativa:

A emancipação, em que pese assegurar a possibilidade de realizar pessoalmente os atos da vida civil por aqueles que não alcançaram a maioridade civil, não tem o condão, isoladamente considerada, de afastar as normas especiais de caráter protetivo, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente insere-se em um contexto personalista, garantindo tutela jurídica diferenciada em razão da vulnerabilidade decorrente do grau de discernimento incompleto. Assim, a antecipação da aquisição da capacidade de fato pelo adolescente não significa que ele tenha alcançado necessariamente o desenvolvimento para afastar as regras especiais.

Diante disso, Larissa Manoela, a atriz mirim que vangloriou sua responsabilidade por não consumir bebidas alcoólicas mesmo emancipada não poderia consumi-las, pois a vedação do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre esse ato subsiste, ainda que tenha havido emancipação. A informação veiculada na mídia, portanto, padece de incorreção, não sendo lícito ao menor de dezoito anos, independentemente da capacidade, praticar atos vedados pelo Estatuto.

⁴⁸⁹ ECA, art. 42: Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

Da mesma forma, beira a irresponsabilidade a reportagem que afirmava o direito da adolescente emancipada de frequentar eventos destinados a maiores de idade. A emancipação afeta tão somente a capacidade civil, sem derogar as normas protetivas destinadas à infanto-adolescência, pois a presunção de vulnerabilidade da criança e do adolescente firmada pela Constituição Federal é absoluta. A vulnerabilidade, contudo, não implica necessariamente incapacidade. São inúmeros os grupos reconhecidos como vulneráveis pelas disposições constitucionais sem com isso haver qualquer redução de sua capacidade. Assim ocorre, exemplificativamente, com o idoso e com a pessoa com deficiência.

Por fim, questão mais complexa se mostra no caso de Malu Rodrigues, pois envolve a prática de ato existencial de conteúdo artístico, mas que poderia (ao menos como entendeu o Ministério Público paulista) afrontar a principiologia constitucional e estatutária.

A princípio, a adolescente pode autodeterminar-se com relação aos interesses patrimoniais e existenciais que lhe concerne, pois sua maturidade concreta foi reconhecida pelos seus pais por meio da emancipação. Apesar da proteção inafastável das normas constitucionais e estatutárias, as situações limítrofes, quando pertencem à zona nebulosa do fim da menoridade e início da maioridade, permitem o recurso à capacidade progressiva para a análise concreta da tutela dos interesses da adolescente. Não se poderia então desconsiderar que a apresentação tinha conteúdo educativo tendo como público alvo justamente os adolescentes. A pretexto de se concretizar a tutela da adolescente emancipada, não convém o distanciamento com relação à realidade dos jovens e das características que essa fase envolve, inclusive com a intensificação dos relacionamentos afetivos.

CONCLUSÃO

Em 2018, uma sentença ganhou repercussão midiática. Tratava-se da emancipação civil pleiteada pela Defensoria Pública da Bahia, de uma jovem que sobrevive separada de seus pais desde os onze anos de idade, quando foi expulsa de casa dadas as parcas condições financeiras da numerosa família.⁴⁹⁰ A menina, à época apenas uma criança, residiu às margens de uma rodovia, em um galinheiro, dependendo da ajuda de estranhos para sobreviver. Ainda na adolescência, a jovem manteve união estável com um homem e teve seu primeiro filho, que faleceu tragicamente em razão de um acidente doméstico. Aos dezessete anos, grávida do segundo filho, foi atendida em um Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) que a cadastrou no Programa Minha Casa Minha Vida para obtenção de uma moradia popular. Contemplada segundo os critérios do Programa, a adolescente, contudo, não pode assinar o contrato em razão de sua incapacidade civil.

A assistente social que atendeu a emancipanda prestou depoimento em juízo e afirmou que em seu entendimento, a jovem não apenas tinha condições de ser emancipada, mas se encontra efetivamente emancipada desde os onze anos de idade. O Ministério Público posicionou-se a favor da emancipação, mas reforçou que, a rigor, não seria o caso de concedê-la, pois a adolescente não exercia atividade laborativa remunerada, nem possuía renda própria, sobrevivendo de benefício social do Bolsa Família. O juiz concedeu a emancipação, afirmando que não se poderia julgar o caso apenas a partir do Código Civil, uma vez que não se tratava apenas de um “direito à emancipação”, mas sim de um direito à vida digna. No entanto, a emancipanda já havia perdido o sorteio que a contemplou e teria então que aguardar ser novamente escolhida, segundo os critérios específicos do Programa.

Analisado após a releitura do instituto, o caso relatado subsidia algumas conclusões a respeito da emancipação civil, a seguir.

Primeira: Ao fixar a idade de dezoito anos como maioridade civil, a partir da qual a capacidade civil plena é atingida, a lei adotou uma presunção de imaturidade das pessoas abaixo desse patamar etário. A idade civil serve, então, como dado objetivo que compõe o estado individual da pessoa, situando-a na maioridade ou na menoridade.

⁴⁹⁰ BAHIA. Tribunal de Justiça. Processo nº. 050292-67.2017.8.05.0141, 1ª Vara Cível, Juiz de Direito Luciano Ribeiro Guimarães Filho. Jequié, BA, 16 ou. 2018.
SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível* 4000399-28.2012.8.26.0361, 10ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Paulo Galizia. São Paulo, SP, 25 ago. 2014.

Mas o dado subjetivo concreto pode se opor à presunção de imaturidade. As experiências a que a adolescente do caso relatado foi submetida a fizeram amadurecer mais do que o jovem-padrão para quem a norma foi feita. A incapacidade que era para protegê-la, a vulnerou ainda mais, na medida em que ela foi impedida de ter acesso a uma moradia digna em razão da impossibilidade de assinar o contrato sem assistência.

Isso confirma que o regime de incapacidades somente se presta à proteção da pessoa incapaz quando a incapacidade de fato corresponde a uma efetiva incapacidade natural. E por isso a emancipação funcionaliza-se à concretização desse mister. O adolescente que apresentar discernimento suficiente pode alçar a condição de plenamente capaz, adequando-se a capacidade jurídica à capacidade natural e afastando-se a presunção de imaturidade.

Nesse sentido, significativa a afirmação da assistente social de que a adolescente não somente fazia jus à emancipação, como já estava efetivamente emancipada. Servindo-se do contraste entre o termo jurídico e o sentido vulgar, a profissional com isso retratou a distância entre a incapacidade civil e a capacidade natural da jovem no caso concreto. Importante consignar, contudo, que a emancipação civil não poderia ter acontecido porque se tratava de uma criança e outros instrumentos de proteção previstos no ECA poderiam e deveriam ter sido utilizados àquela época para combater as sucessivas violações aos direitos fundamentais da menina.

Segunda: A emancipação não faz cessar a vulnerabilidade do adolescente, persistindo a tutela especial e prioritária prevista na Constituição Federal e nos diplomas protetivos específicos. Disso decorre que, em qualquer modalidade, embora a emancipação não se constitua por si só como um direito do adolescente – na medida em que a avaliação da maturidade concreta é uma decisão necessariamente heterônoma – o adolescente tem direito à proteção especial, mediante todos os instrumentos cabíveis, inclusive a emancipação, se assim se mostrar adequado no caso concreto.

Terceira: as hipóteses de emancipação não são suficientemente conhecidas e difundidas mesmo no meio jurídico. A jovem vivia separada dos pais desde os onze anos de idade, já havia constituído núcleo familiar próprio e, embora não tivesse estudos ou trabalho, ela se mantinha financeiramente com recursos de benefício social próprio. A situação subsume-se à hipótese de emancipação por estabelecimento civil com economia própria, prevista no artigo 5º, inciso V do Código Civil.

Quarta: assim como foi assegurada a participação da emancipanda no processo judicial de emancipação, é imperiosa a participação do emancipando na emancipação voluntária, não apenas para prestar aquiescência, mas para que seja adequadamente informado a respeito do ato e de suas consequências por concernir ao seu estado individual e familiar. Dessa forma, respeita-se o valor constitucional de defesa dos direitos do adolescente, por meio do cumprimento ao artigo 12 da CSDC.

Quinta: apesar da incumbência constitucional do dever de cuidados dos filhos menores aos pais, e, conseqüentemente da titularidade, o exercício da autoridade parental pode estar prejudicado no plano fático, o que não pode ser desconsiderado na disciplina da emancipação. O exercício disfuncional da autoridade parental enseja então a intervenção judicial no caso de recusa injusta à concessão e no controle da motivação do ato concessivo. Essas situações ganham especial relevo na emancipação voluntária.

Sexta: é necessário readequar a disciplina da emancipação tácita à função promocional do instituto, pois tradicionalmente a aquisição da capacidade plena nesses casos se associa à proteção de terceiros que negociam com o adolescente. Contudo, há outros mecanismos legais suficientes para a tutela do terceiro que não implicam a mudança de estado individual e familiar do adolescente.

Assim é que a emancipação da jovem no caso relatado se deu judicialmente, por sentença constitutiva, quando a situação jurídica dela já poderia indicar a emancipação. No entanto, para a instituição financeira, não bastou a emancipação de fato, sob o pretexto da incapacidade civil decorrente da idade. Por outro lado, no caso relatado no capítulo 2.3, no qual uma jovem foi considerada emancipada para preservar a validade de pedido de demissão realizado sem a assistência, os desembargadores do TRT-GO privilegiaram o interesse da empresa para a qual a adolescente trabalhava. Ou seja, a (in)capacidade civil etária tem sido abordada na *práxis* mais sob o ângulo da segurança das relações jurídicas do que sobre os efeitos que essa condição emana para o indivíduo.

Sétima: a emancipação, em qualquer caso, deve considerar o interesse do adolescente, sob pena de disfunção, não se justificando as emancipações concedidas pelos pais somente para dar acesso a eles a vantagens decorrentes da capacidade civil plena dos filhos.

Oitava: a emancipação, a despeito de não ser por si só um direito do adolescente, caso se verifique algumas das hipóteses de emancipação tácita ou legal, o adolescente tem direito à

ação declaratória de emancipação, a qual se tornará título hábil para o registro civil e, conseqüentemente, para a constituição do estado pessoal de emancipado.

Por fim, nona: a emancipação da adolescente no caso relatado não esmaece a incompetência dos pais, do Estado e da sociedade em prover as necessidades à criança e ao adolescente. Por isso, o direito civil segundo a dogmática civil-constitucional, deve estar atento à concretização dos valores constitucionais e não se encastelar em dispositivos destinados tão-somente a realidades parcelares, como à adolescente atriz que tem altos salários, ou à modelo que precisa assinar sozinha contratos profissionais. A funcionalização do instituto implica a realização da dignidade humana em realidades plurais, incumbindo também ao intérprete a compatibilização da lei às contingências sociais.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos Martínez de. La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. *Anuario de derecho civil*. Madrid, n. 4, 1992. p. 1391-1498.

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

AMORIM FILHO, Agnello. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: <www.direitocivilcontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf> Acesso em: 18 nov. 2018.

ARAUJO, Vicente Ferrer de Barros. *Resposta a um anonymo parecer sobre a escriptura de desistencia do patrio poder e emancipação de D. Euzebia Cordeiro Tavares em favor de seu filho William dos Santos Tavares*. Lisboa: Imprensa Lucas, 1910.

ARIÈS, Phillipe. *História Social da Criança e da Família*. Tradução de Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *Código Civil comentado: das pessoas e dos bens*. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 103-135.

BARBOZA, Heloísa Helena. *O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A família na Travessia do Milênio, 2000. v. 1. p. 201-213.

BARBOZA, Heloísa Helena. ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 37-50.

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e fins. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR,

Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição*: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 609-623.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei de Registros Públicos: Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. 2 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7 ed. Atualização de Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BLÁZQUEZ, Francisco Oliva. El menor maduro ante el derecho. *Revista EIDON*. Madrid, n. 41, jun/2014. <Disponível em: http://www.revistaeidon.es/public/journals/pdfs/2014/41_junio.pdf> Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 122-573/PR, da Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 23 jun. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1298963/SP, da Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1462659/RS, da Terceira Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 01 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (18 Região). *Recurso Ordinário* 0010272-69.2015.5.18.0012. Rel. Gentil Pio de Oliveira, GO, 17 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.623.098/MG, da Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 13 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 683. O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

BUENO, Francisco de Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 1920. v. 4.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro Civil das Pessoas Naturais: habilitação e registro de casamento, registro de óbito e livro “E”*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. II.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. v. 2.

CAVALIERI, Alyrio. Direito do menor: um direito novo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 27, n. 21, maio/1979, p. 384-399.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1. t. 1.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20. v. I. t. IV.

CORNU, Gérard. L'âge civil. In: *L'art du droit en quête de sagesse*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano: e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1.

CRETELLA JR., José. *Direito Romano Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. I.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de Família e das Sucessões*. 3 ed. Atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

ENNECERUS, Ludwig. *Derecho Civil: Parte General*. Tradução de Blas Pérez González e José Alger. Barcelona: Bosch, 1935. p. 364. v. 2

ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. Do *pater familias* à autoridade parental. *Revista do Advogado*, a. 31, n. 112, jul. 2011, p. 99-103.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado – problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paraliática, *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, v. 13, n. 23, p. 5-14, ago./set. 2011.

FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. O caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (Coords.). *Separação de poderes: aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 281-303.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 131-132. v. 1.

FREIRE, Milcíades Mario de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro: Parte geral, disposição preliminar e das pessoas e dos bens*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro, 1930. v. 2.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostila à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho ao Projecto de Codigo Civil Portuguez*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 1. t. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário*. 2011. 260 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP. São Paulo, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HUSSONMOREL, Rodolfo. La libre opinión del niño. In: WEINBERG, Inés M. *Convención sobre los derechos de los niños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de, RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. (Direito UERJ). p. 31-48.

LEITE, J. F. Marques; JORDÃO, A. J. Novaes. *Dicionário latino vernáculo*. Rio de Janeiro: Labor Vincit, 1944.

LEMOULAND, Jean-Jacques. L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation. *Revue trimestrielle de droit civil*. n. 1, a. 96, jan-mars/1997, p. 1-24.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. I.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos: em comentário ao decreto nº. 4.857, de 9 de novembro de 1939 com as alterações introduzidas pelo Decreto nº. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro*. 6 ed. rev. e atual. por José Serpa de Santa Maria. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995. v. I.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. 2. ed. Recife: Tipografia Universal, 1857.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial: estudo de direito privado*. Lisboa: Ática, 1951.

MARÇAL, Vitor de Medeiros; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. Emancipação voluntária, manifestação de vontade e sua (ir)retratibilidade: reflexões acerca do instrumento público emancipatório e seu registro no livro "E". *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*. Ano 4 (2018), n. 3, p. 1509-1530. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_1509_1530.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.1.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Orgs.) *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; FERST, Marklea da Cunha. A Reconfiguração do Papel da Mulher nas Relações Familiares à Luz da Constituição Federal. In: Marcelo Conrado; Rosalice Fidalgo Pinheiro. (Org.). *Direito Privado e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 375-386.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 57-70.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O poder de disposição nas relações familiares.: a adoção e a separação ou divórcio consensual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Ação de exigir contas pelo exercício do usufruto legal e administração dos bens dos filhos: análise da decisão proferida pelo STJ no RESP 1.623.098/MG. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCIVIL)*. Belo Horizonte, v. 17, p. 155-167, jul/set. 2018. Disponível em: < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/276>> Acesso em 10 jan. 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre a adequação da categoria negócio jurídico ao mundo atual. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 385-399.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/7990/pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. v. 3, t. II.

MIRANDA, Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I.

MIRANDA, Pontes de Miranda. *Tratado das ações*. Atualização de Nelson Nery Júnior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Tomo III.

MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. *Curso de direito comercial: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Bushatsky, 1974. v. 1.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: parte geral*. 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 13-14, p. 47-70, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *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*. Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705>> Acesso em: 23 out. 2018.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MUNARI, Francesca Menegazzi. L'abassamento dela maggiore età nelle più recenti riforme dei paesi membri del Consiglio d'Europa. In: CRISTOFARO, Marcello de; BELVEDERE, Andrea (Coord.). *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 647-679.

NAUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1954.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v2_ed1.pdf#ECD23> Acesso em: 16 out 2018.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação no Senado Federal: Primeiro Turno. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v3_ed1.pdf#ESF1> Acesso em: 16 out 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

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, 2000. p. 1-101.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. O reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e adolescente no sistema jurídico brasileiro. IN: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 307-338.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETIT, Eugène. *Tratado elementar de derecho romano*. Tradução de José Ferrandéz González. Madrid: Saturnino Calleja, 1900.

PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di status. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/03/Prosperi-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>> Acesso em: 06 jan. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro*. 2009. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UFPR. Curitiba, 2009.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. XX.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. VI.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado: introdução e parte geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. v. 1.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível* 96.914-0/9, Conselho Superior da Magistratura, Des. Rel. Luiz Tâmbara. São Paulo, SP, 28 nov. 2002. DJE: 18 dez. 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível* 0000977-95.2015.8.26.0315, 5ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Maria Laura de Assis Moura Tavares. São Paulo, SP, 25 jul. de 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível* 4000399-28.2012.8.26.0361, 10ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Paulo Galizia. São Paulo, SP, 25 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 162-185, out/dez 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHULMAN, Gabriel. *A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas*. 2018. 368 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UERJ. Rio de Janeiro, 2018.

SCIALOJA, Vittorio; BONFANTE, Pietro. *Dizionario pratico del diritto privato*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. v. II.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UERJ. Rio de Janeiro, 2013.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-uma-nova-hermeneutica-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUSA, Antonio Pais de. *Da incapacidade jurídica dos menores interditos e inabilitados no âmbito do código civil*. Coimbra: Almedina, 1971.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro, v. 50, abr-jun/2012, p. 35-91.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino: Jovene, 1975.

STANZIONE, Pasquale. *Scelte esistenziale e autonomia del minore*. In: AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale. *Direito civile e situação existenziale*. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 207-216.

STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e. *Problemas da Família no Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 225-247.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III. p. 3-24.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>> Acesso em: 23 out. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)*. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>> Acesso em: 15 nov. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 547-583.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Coord.). *Direito de Família no novo milênio: Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 415-435.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)*. Belo Horizonte, v. 1, p. 8-37, jul-set. 2014. Disponível em: < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129> > Acesso em: 10 dez. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 227-247.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRAPOTE, Jorge Castro. *La edad legal como presunción iuris tantum de capacidad em sentido técnico*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidad de Zaragoza. Disponível em: <http://zaguan.unizar.es>. Acesso em: 07 ago. 2018.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A autorização*. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

VECCHIO, Giorgio del. Igualdade e desigualdade perante a justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. LXI, 1966, p. 26-44.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 1.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.