
O PROBLEMA DA CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ: A autonomia da vontade do menor nas relações existenciais**RESUMO**

O presente artigo versa sobre a possibilidade do exercício pessoal dos direitos existenciais por aquelas pessoas naturais impúberes, consideradas como absolutamente incapazes pela atual codificação civilista, por meio do reconhecimento e aplicação do princípio da capacidade progressiva. O estudo foi realizado mediante pesquisa bibliográfica e documental sob a ótica do sistema teórico *luhmanniano* em conjunto com a teoria do diálogo das fontes na tentativa de delimitar os novos contornos do direito infanto-juvenil no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o trabalho pretende analisar a efetividade na utilização das teses retroavaliadas, a possibilidade da criança e do adolescente serem detentores de uma capacidade cognitiva em constante progressão e, portanto, estando aptas a entender, racionalizar e atuar nessas situações, dando sentido às expectativas da autonomia da vontade naquelas relações jurídicas sem conotação econômica imediata. Concluiu-se que o uso do critério da capacidade progressiva responde parcialmente aos problemas sobre a autonomia do menor absolutamente incapaz, quanto da disposição do gênero, deixando ainda margem para outros problemas, que devem ser respondidos pontualmente.

Palavras-chave: Direitos existenciais. Capacidade progressiva. Disposição do gênero. Diálogo das fontes. Autonomia da vontade.

SUMÁRIO:

1 Introdução; 2 Personalidade jurídica *versus* capacidade de exercício: Uma reanálise dos institutos; 3 O princípio da capacidade progressiva: uma importante categoria jurídica para a população infantojuvenil; 3.1 A capacidade progressiva no Brasil: uma evolução lenta; 4 O poder familiar e autonomia da vontade do incapaz nas relações intrafamiliares; 5 Os novos contornos do direito infanto juvenil; 5.1 A mudança social por meio do direito positivo: o modelo sistêmico *luhmanniano*; 5.2 A capacidade progressiva sob a ótica da teoria do diálogo das fontes; 6 Considerações finais; 7 Referências

1 INTRODUÇÃO

Em 2012, a Defensoria Pública do Mato Grosso ajuizou na comarca de Sorriso uma Ação de Modificação de Assento de Nascimento, requerendo a modificação de mudança de nome e gênero em favor de menino que, na época, tinha 9 anos de idade.

A família do menino, antes do ajuizamento da ação, procurou o acompanhamento do Ambulatório de Transtorno de Identidade de Gênero e Orientação Sexual do Núcleo de Psiquiatria e Psicologia Forense do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, sendo diagnosticado como portador de transtorno de identidade

sexual na infância. Ainda em 2012, uma decisão judicial em caráter liminar autorizou que o menino pudesse usar uniforme feminino e fosse tratado como menina na escola.

O juízo da 3ª Vara da Comarca de Sorriso, em 2016, determinou a alteração no registro de nascimento, bem como a mudança no campo de sexo de masculino para feminino. Em sentença o juiz alegou garantir o respeito à criança, à sua individualidade e orientação feminina. Porém, o que parece, tanto o Ministério Público, como o próprio juízo escoraram-se juridicamente em argumentos difusos, generalizantes e, portanto, frágeis. Basicamente, a fundamentação encontra-se na tutela do melhor interesse da criança, que pode ter dimensão controversa em função do objeto de tutela (direitos de personalidade); no sagrado, porém, tão banalizado princípio da dignidade da pessoa; e na garantia a saúde.

Porém, não se enfrenta a questão da autonomia do menor sobre os seus direitos existenciais e a sua capacidade jurídica. Pontos essenciais para o reconhecimento (ou não) da tutela pretendida. Este é o problema a ser observado neste artigo.

O presente trabalho visa, especificamente, tratar da situação jurídica das pessoas naturais impúberes e, portanto, absolutamente incapazes e a possibilidade desses entes exercerem pessoalmente os direitos existenciais, a exemplo da disposição de gênero, que lhes são inerentes por meio do reconhecimento e aplicação da capacidade progressiva internalizada no Brasil quando da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, no início da década de noventa.

Contudo, mesmo havendo a ratificação do referido diploma internacional há quase três décadas, observa-se que a população infanto-juvenil carece de uma efetiva proteção desses direitos humanos e fundamentais na órbita jurídica infraconstitucional, acarretando na prática forense constantemente a negação da fruição dos direitos extrapatrimoniais por essas pessoas consideradas absolutamente incapazes.

Ademais, em razão da crescente expansão emancipatória dos infantes na sociedade moderna motiva uma pesquisa mais aprofundada e específica sobre o tema suscitado.

Nessa esteira, pela utilização de referenciais *luhmannianos* conjugados com a tese do diálogo das fontes, proposta inicialmente por Erik Jayme, busca-se uma análise coordenada entre a pluralidade de normas pertencentes ao direito brasileiro que cuidam da situação jurídica de crianças e adolescentes, visando buscar uma integração harmônica entre as legislações que compõem um mesmo sistema jurídico de forma justa, eficiente e coerente.

Nesse ínterim, a escolha da teoria do diálogo das fontes se deu pelo fato dela sugerir que a interpretação da legislação vigente em um determinado ordenamento jurídico deve ser realizada de forma integrada, coordenada e não isoladamente, o que coaduna com perfeição à teoria sistêmica proposta por Niklas Luhmann, crítico ferrenho da positividade dogmatizada do direito, que também foi suscitada como possível resposta às inquietações lançadas.

2 PERSONALIDADE JURÍDICA *VERSUS* CAPACIDADE DE EXERCÍCIO: UMA REANÁLISE DOS INSTITUTOS

A priori, deve-se ter em mente que a criança e o adolescente, em decorrência da evolução de pensamento no direito contemporâneo, gozam de personalidade e capacidade jurídica tanto quanto um adulto absolutamente capaz. Nesse molde, cuida-se de sujeitos de direitos em condição especial de desenvolvimento:

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos e garantidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como deflui do dispositivo constitucional [...], implica não apenas a sua consagração como direitos fundamentais, direitos humanos, mas a primazia de sua garantia, à medida que a prioridade nessa proteção tem como corolário a valoração e a dignidade da pessoa humana, no caso, pessoas humanas especiais. A compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o respeito às suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento (SANTOS, 2007, p.132).

Entende-se que a personalidade é a aptidão genérica reconhecida a toda pessoa, no momento de seu nascimento com vida, permitindo ao ente a titularidade nas relações jurídicas. Visto isso, a personalidade jurídica é conceito elementar, básico, do Direito Civil moderno, já que é extensiva a todas as pessoas, devendo ser vislumbrada, de igual modo, na órbita constitucional, servindo como valor de máxima relevância na ordem jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Além do mais, a personalidade jurídica não é mera característica de alguns sujeitos específicos, mas, trata-se de uma prerrogativa fundamental que envolve os chamados direitos de personalidade “enraizados na esfera mais íntima da pessoa e não mensuráveis economicamente, voltados à afirmação dos seus valores existenciais” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.138-139).

Não obstante, para além da personalidade jurídica, a pessoa concomitante ao nascimento com vida também adquire a capacidade (sentido *latu*). Os dois institutos são elementos imprescindíveis para a caracterização do ser como pessoa natural, ou seja, não há pessoa sem

personalidade, como também não haverá sem capacidade. Portanto, não há que se falar em pessoa sem a existência de ambas.

A capacidade é definida como a aptidão de determinada pessoa para atender a uma finalidade, a autoridade ou soma de poderes dada a um indivíduo, ou a aptidão legal para contrariar obrigações, adquirir e exercer.

A definição de capacidade civil nada mais é que maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa para adquiri-los, praticar atos e contrair obrigações na vida civil.

Pode ser plena ou limitada, segundo possa a pessoa praticar sem restrições todos os atos da vida civil ou sofra alguma limitação no exercício de seus direitos.

Nota-se que tanto a personalidade quanto a capacidade são muito próximas em suas definições, tendo como ponto de convergência a entrega de aptidão à pessoa natural para titularizar as mais diversas relações jurídicas de forma pessoal ou por meio de seu representante ou assistente legal. Contudo, embora haja similitude conceitual, personalidade e capacidade jurídica não se confundem, pois,

enquanto a *personalidade* tem alcance generalizante, dizendo respeito de um valor jurídico reconhecido a todos os seres humanos (e elástico para alcançar também agrupamentos de pessoas) [...], a *capacidade jurídica* concerne à possibilidade de aqueles que são dotados de personalidade serem sujeitos de direitos de relações patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.136).

Destarte, a personalidade diz respeito a um valor jurídico reconhecido indistintamente a todos sujeitos pertencentes à espécie humana, ao passo que a capacidade jurídica se refere à possibilidade de a pessoa personificada exercer pessoalmente atos da vida civil. Ademais, a separação entre o exercício das relações existenciais e patrimoniais aparece com certa timidez na doutrina civilista, mas começa-se a perceber que a capacidade civil tem um papel bem delimitado no ordenamento jurídico: conferir à pessoa a possibilidade de agir em nome próprio naquelas relações que se revestem de caráter patrimonial.

Por essa razão, a capacidade jurídica se apresenta como uma medida da personalidade (BRAGA, 2010). Ademais, titularizar a personalidade significa, de fato, ter uma tutela jurídica especialíssima, consistente em invocar direitos fundamentais, indispensável ao exercício de uma vida com dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Nesse sentido, surge a seguinte indagação: o

exercício dos direitos de personalidade, que por natureza não possuem expressão econômica imediata, pode estar subordinado à aquisição da capacidade de fato?

Para responder a essa inquietação, deve-se ter em mente que a capacidade jurídica pode ser bipartida em capacidade de direito (ou gozo) e capacidade de fato (ou de exercício), sendo que essa ainda se subdivide em incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Ademais, a capacidade jurídica plena, ou geral, é conferida ao indivíduo que comunga tanto da capacidade de direito quanto da capacidade de fato.

Percebe-se que a capacidade de direito é conferida indistintamente a toda pessoa natural. Contudo, a capacidade de fato remonta à aptidão para a prática pessoal dos atos da vida civil. Nesse sentido, uma criança¹ possui capacidade de direito, visto que detém potencialidade de ser titular de relações jurídicas, embora não goze de capacidade de exercício, sendo-lhe vedada, grosso modo, a prática pessoal de qualquer ato jurídico. Em outras palavras:

enquanto a *capacidade de direito* exprime a ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos (reconhecida a todas as pessoas humanas e estendida aos agrupamentos morais), a *capacidade jurídica* é a possibilidade de praticar, pessoalmente, os atos da vida civil (FARIAS; ROSEVALD, 2015, p.271).

Em suma, a capacidade de fato pressupõe a capacidade de direito, mas a recíproca não se aplica ao caso. Nem todo aquele que desfruta de capacidade de direito dispõe de capacidade para o exercício pessoal de atos da vida civil com repercussão jurídica relevante (FARIAS; ROSEVALD, 2015). Como mencionado, existem duas hipóteses de incapacidade: as incapacidades absoluta e relativa. Verifica-se um interessante parêntese sobre a questão:

Enquanto na incapacidade absoluta a pessoa fica impedida de praticar, por si mesma, qualquer ato da vida jurídica e por isso a lei indica o seu representante, na *relativa* deve participar do ato devidamente assistida por alguém. Os negócios jurídicos praticados diretamente pelos absolutamente incapazes são nulos de pleno direito, conforme previsão do art. 166, I, do Código Civil. Nessa hipótese, se o participante do negócio provar que a importância paga trouxe proveito para o incapaz, poderá pleitear a sua devolução (NADER, 2016, p. 238).

Vale ressaltar que os negócios jurídicos são conceituados como um acordo de vontades que tem origem na participação humana, projetando efeitos desejados e criados por ela, tendo por objetivo a aquisição, transferência, extinção ou modificação de direitos (FARIAS; ROSEVALD,

¹ O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu art. 2º, *caput*, considera como criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos.

2015). Quando falamos de negócio jurídico, estamos nos referindo, portanto, a uma composição de interesses, tendo a declaração de vontade um fim negocial como ocorre na celebração de um contrato, por exemplo. Dessa forma, o negócio jurídico se manifesta nas relações essencialmente patrimoniais.

A capacidade de fato se torna essencial para a prática de situações jurídicas com expressão econômica, tendo em vista que o exercício de tais atos depende, portanto, do discernimento, “cujo critério é prudência, juízo, inteligência” (CASSETTARI, 2011, p.60) e, sob o prisma jurídico, a capacidade de exercício se reveste na “aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial”(CASSETTARI, 2011, p.60).

Nesse ínterim, questiona-se o alcance da teoria das incapacidades na vida daqueles enquadrados na moldura legislativa como absolutamente incapazes. Se, de maneira isolada, nos voltarmos para a questão, concluiremos precipitadamente que o legislador, em razão da vulnerabilidade dos absolutamente incapazes, vetou a esses sujeitos de direito a possibilidade de praticar, por si sós, atos jurídicos de qualquer natureza.

Sendo assim, necessário fazer uma observação mais acurada sobre este ponto, visto que a personalidade e a capacidade de direito têm como principal característica o exercício das relações de cunho extrapatrimonial; em contrapartida, a capacidade de exercício refere-se às questões suscetíveis de apreciação econômica (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Nessa perspectiva, vale destacar o enunciado nº 138, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que estabelece ser a vontade do absolutamente incapaz juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstre discernimento bastante para tanto².

Ademais, em relação ao exercício dos direitos fundamentais, Paulo Gonet pondera que nem sempre é interessante o recurso dos institutos civilísticos em comento, “sob pena, de a pretexto de se aplicar a regra da capacidade de fato, termina-se por restringir indevidamente direitos fundamentais” (MENDES; BRANCO, 2016, p.172), quer dizer, quanto ao exercício dos referidos direitos “que não implicam na exigência de conhecimento da tomada de decisão, não seria possível cogitar da distinção entre capacidade de fato ou de direito, pois o direito fundamental não poderia ser visto como dependente de limitação de idade” (MENDES; BRANCO, 2016, p.172), isso porque

² Adverte-se que o enunciado em comento foi elaborando antes do advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (13.146/15) que modificou estruturalmente a teoria das incapacidades. Contudo, a hipótese estabelecida no enunciado é única hipótese de incapacidade absoluta que se admite no direito vigente.

a sua fruição não necessita diretamente da capacidade cognitiva do titular, como o direito à vida e à integridade pessoal.

Data venia, entendemos de modo diverso. Isso porque o exercício pessoal dos direitos existenciais não pode ser suprimido ou mitigado de maneira injustificada, tendo em vista que a capacidade de exercício erradia seus efeitos na esfera patrimonial do sujeito e, portanto, não constitui critério idôneo para determinar, de maneira cogente, se dada pessoa tem ou não aptidão para o exercício de situações jurídicas não patrimoniais.

3 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE PROGRESSIVA: UMA IMPORTANTE CATEGORIA JURÍDICA PARA A POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL

A opção do legislador pela fixação de marcos temporais para a aquisição da capacidade de exercício se justifica, em regra, pela necessidade de proteger crianças e adolescentes da sua própria imaturidade. Desse modo, “a fixação etária da maioridade é uma questão de política legislativa de cada ordenamento, não havendo identidade no direito comparado (VENOSA, 2013, p.7).

Nessa análise, a legislação civil veda expressamente a prática de atos com consequências jurídicas ao detentor de incapacidade originária, sendo essa proibição suprimida apenas se a criança ou adolescente viesse a ter sua vontade substituída pela vontade de seu representante legal.

À vista disso, observa-se que o meio acadêmico cada vez mais preza pelo reconhecimento da capacidade progressiva da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, naquelas questões referentes ao exercício dos direitos de personalidade. O objetivo é alcançar o respeito ao desenvolvimento individual da criança e do adolescente, primando pela sua independência e incluindo, essencialmente, a sua progressiva capacidade para a responsabilidade sobre si mesmo (JONAS, 1984).

Precipuamente, é importante conceituar o instituto em comento. A jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci conceitua a capacidade para consentir como sendo um

conceito pertencente ao campo do exercício dos direitos da personalidade; não se alcança em um momento preciso, mas forma-se progressivamente, requer uma evolução; não se adquire ou perde em um dia, ou em uma semana. Sob essa denominação, analisa-se se o sujeito pode ou não entender perfeitamente aquilo que se diz, qual o alcance dessa compreensão, se pode comunicá-la, se pode raciocinar sobre as alternativas e se tem valores para exercer um juízo (CARLLUTTI, 2001, p.255).

Isto posto, a capacidade progressiva exprime a ideia de evolução, de aquisição paulatina, gradual, pouco a pouco de discernimento pela criança e pelo adolescente. É pela aferição da capacidade para a prática de atos existenciais que o absolutamente incapaz pode representar em nome próprio seus interesses.

À primeira vista, parece ser inócua a defesa da possibilidade de exercício de direitos tão expressivos àqueles que não gozam de capacidade civil plena, isso porque o direito brasileiro encontra-se sedimentado na tradição positivista.

3.1 A capacidade progressiva no Brasil: uma evolução lenta

O Brasil ainda não estabeleceu qualquer regra ou parâmetros que proporcionalize o dado da gradual conquista da autonomia para o exercício dos direitos por crianças e adolescentes. Aliás, apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência traçar novos contornos para a autodeterminação daqueles que antes eram interditados como pessoas sem discernimento e privados de suas escolhas existenciais, a Lei 13.146/2015 apresenta novo rol dos absolutamente incapazes, agora monopolisticamente composto por indivíduos com idade inferior a dezesseis anos (ROSEVALD, 2015).

Interessante notarmos que, embora nossa legislação não tenha positivado expressamente o princípio da capacidade progressiva, nosso arcabouço normativo não exclui por completo a possibilidade de aferição empírica da maturidade do menor para a prática autônoma de determinados atos de conteúdo jurídico. Porquanto, tal categoria jurídica se encontra inferida em diversas passagens do Estatuto da Criança e Adolescente, que posteriormente foi internalizada pela Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Vale ressaltar que a referida Convenção Internacional integra o arcabouço jurídico nacional e por ser um importante diploma que versa sobre direitos humanos possui natureza de norma supralegal. O documento fundamenta-se basicamente no reconhecimento da dignidade e dos interesses iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana, o que inclui, obviamente, crianças e adolescentes.

O diploma internacional rememora o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistências especiais. Acrescenta em seu preâmbulo, de modo expresse, a necessidade premente de que a criança, para que ocorra o pleno desenvolvimento de sua personalidade, “deve crescer no

seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão” (BRASIL. Decreto nº 99.710, 1990).

Em primeira análise, observa-se que a dita Convenção tem em seu corpo quatro princípios fundamentais: a participação da criança nas decisões que afetam seu futuro; a proteção da população infantojuvenil contra a discriminação e todas as formas de abandono e exploração; a prevenção contra danos ao infante; e a prestação de assistência aspirando suas necessidades básicas (MUNHOZ, 2014). Ademais, todos os princípios citados devem ser aplicados concomitantemente não havendo prevalência de um sobre o outro.

Interpretar a Convenção dessa maneira possibilita sua melhor compreensão, proporcionando uma maior disseminação de seus princípios, bem como implica o incremento da responsabilidade de aplicação pelos Estados-membros do disposto em seu texto (MUNHOZ, 2014). Nota-se que de todos os princípios acima mencionados o mais significativo deles é o da participação da pessoa impúbere nas decisões que lhe afetam sendo este, provavelmente, o mais controverso.

Quanto ao princípio da capacidade progressiva, a Convenção introduz pela primeira vez o conceito em seu quinto artigo:

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(BRASIL. Decreto nº 99.710, 1990).

Ademais, é salutar comungar o art. 5º com o art. 12 do importante tratado, que reforça a possibilidade de a criança estar envolvida no processo de tomada de decisões que circundem seus interesses. Assim, dentro de um contexto que engloba o exercício do direito à identidade de gênero, percebe-se que o menor possui capacidade progressiva e, por isso, detém o direito de estar a par do processo a despeito da referida disposição. Essa autonomia progressiva expressa a ideia de que a criança, ao passo que se desenvolve cognitivamente e moralmente, conseguirá formular suas próprias opiniões sobre si mesma e terá o direito de ter essas convicções levadas a efeito.

Desse modo, os dois artigos comentados permitem ao absolutamente incapaz a efetiva participação nos processos de tomada de decisão nas relações existenciais, desde que se leve em consideração seu nível de desenvolvimento psíquico e moral, bem como lhe seja assegurado um nível de participação condizente à sua capacidade (MUNHOZ, 2014).

Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em diversas passagens, determina que os incapazes por critério etário são considerados pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (BRASIL. Lei nº 8069, 1990, arts 6º, 69, I, 71 e 121), quer dizer, a criança não é um ser estático, mas em constante evolução físico-psicológica. Com efeito, Moacyr Pereira Mendes aduz:

Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado (MENDES, 2007, p. 3).

Coadunando com esse raciocínio que o Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu alterações na redação do art. 28, determinadas pela Lei nº 12.010/2009. Por meio dela, antecipou-se para os 12 anos de idade a possibilidade de o menor absolutamente incapaz manifestar-se nos processos em que esteja envolvido e se discuta guarda, tutela ou adoção. Vejamos a letra da lei (BRASIL, 2009):

§ 1º sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário consentimento, colhido em audiência.

Destarte, a materialização do conceito de autonomia progressiva “postula a prévia escuta da criança ou adolescente nas questões que firmam os seus atributos existenciais, sendo-lhes concedido um assistente sempre que deponente num conflito de interesses com os seus pais” (ROSEVALD, 2015). Nesse passo, o direito à escuta não se transveste apenas numa garantia processual, mas em princípio vetor de todas as matérias concernentes aos absolutamente incapazes nas esferas administrativa, judicial, educativa e familiar.

Enquanto a escuta é uma prerrogativa de qualquer criança – independente do nível efetivo de entendimento –, distinto será o impacto que a escuta terá na posterior tomada de decisão, essa, sim, condicionada à idade e maturidade da pessoa em correspondência ao tipo de questão que se encontra em jogo. Qualquer decisão que se afaste daquilo que o jovem manifestou será submetida a um ônus argumentativo. Por mais que a opinião infantil não se mostre determinante, em função do peso que ela manifesta na formação do conceito do interesse superior da criança, caberá ao magistrado aportar argumentos de peso que justifiquem a manifestação em sentido diverso àquela colhida da pessoa mais interessada na decisão (ROSEVALD, 2015).

Dessa assertiva, podemos inferir que crianças e adolescentes são detentores de uma capacidade moral e cognitiva em constante aperfeiçoamento, o que abre espaço para a possibilidade da tomada de certas decisões a depender do estágio de desenvolvimento psicológico que se encontrem.

De resto, todas essas legislações serviram para a sedimentação da criança e do adolescente como um sujeito de direitos, humanos e fundamentais, destinatários de uma especial proteção, inclusive na esfera intrafamiliar³. Nessa lógica, a dificuldade é delimitar os contornos jurídicos seguros entre o restringir a liberdade da criança e o emancipar da sua capacidade de autoavaliação, conforme se discorrerá a seguir.

4 O PODER FAMILIAR E A AUTONOMIA DA VONTADE DO INCAPAZ NAS RELAÇÕES INTRAFAMILIARES

Nessa temática, imprescindível traçar uma nova moldura para que os institutos jurídicos do poder familiar e da autonomia progressiva da criança convivam harmoniosamente sem a indevida sobreposição de um em relação ao outro. Corroborando com os avanços sociais, a atual norma civil estabelece que, entre os componentes do grupo familiar, prevalecem as relações coordenadas orientadas pela solidariedade entre seus membros. Nesse cenário, os filhos são efetivamente reconhecidos como sujeitos de direito na órbita jurídico-social e protagonistas da construção de sua personalidade, mesmo estando sob a orientação de seus genitores (MENEZES; MORAES, 2015).

Por esta razão, a partir das últimas décadas do século XX, o ambiente familiar retornou a um modelo mais desejável porquanto um de seus principais atrativos passou a ser o respeito a cada um de seus membros, tanto entre os cônjuges e companheiros quanto dos pais em relação à prole, superando as antigas relações de excessiva autoridade antes existente (MENEZES; MORAES, 2015). Destarte, a tendência da família ocidental moderna é tornar-se um grupo cada vez mais desorganizado, pouco hierarquizado e independente de laços sanguíneos, valorando mais os laços afetivos e embasado em valores compartilhados (ROUDINESCO, 2003).

Nesse seguimento, com o advento do Código Civil de 2002, houve uma troca significativa de paradigma no direito de família brasileiro ao substituir a ultrapassada nomenclatura *pátrio poder*

³ O art. 229 da CF/88 estipula que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Já o art. 1.634 do Código Civil descreve o exercício do poder familiar, que passou a ser de competência de ambos os pais.

(que carregava a ideia de autoridade do pai sobre a vida do filho) por *poder familiar*, que traz em seu íntimo a possibilidade de autonomia dos menores de idade frente aos poderes paternos. Na órbita externa, as legislações estrangeiras preferem o termo autoridade parental ao invés de utilizarem o vocábulo *poder*, o que denota uma noção de maior flexibilidade quanto à capacidade em construção do menor (NETO, 2011).

Assim sendo, a mudança de pensamento quanto ao alcance da autoridade parental possibilitou o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges e propiciou alterações nas relações de excessiva autoridade antes existente entre pais e filhos (MENEZES, MORAES, 2015). Nesse ângulo, a atual legislação civil deu uma nova cara à função do poder familiar. Agora, ambos os genitores contribuem para o desenvolvimento da personalidade dos filhos menores, promovendo e respeitando as liberdades de escolha desses e não mais as cerceando (VILLELA, 1980).

Em relação ao conteúdo, o poder familiar abstém-se da antiga forma de “poder” sobre a pessoa do absolutamente incapaz e converte-se numa função que visa à proteção da criança e a tutela de seus interesses. Em relação às atribuições à autoridade parental, “deixa de marcar a onipotência do pai e passa a ser exercida em conjunto, com fundamento na liberdade, pelos pais” (NETO, 2011). Logo, poder familiar não mais é um “poder” a serviço dos pais, mas uma tutela a serviço dos filhos incapazes.

Nessa acepção, a representação e assistência de crianças e adolescentes, como atributo da autoridade parental, constituem não apenas um poder dos pais em relação aos filhos, mas também um dever:

com a atribuição de responsabilidade dos pais por esses atos. Essa atuação deve ser realizada em harmonia com seu objetivo (proteção e promoção dos interesses do filho) e vinculada a seu fundamento (desenvolvimento integral da criança) (Moreira, 2001, p. 166). A visão do pátrio poder como poder-sujeição (“ao pai cabiam as decisões, à mãe ser ouvida, ao filho obedecer”) tornou-se insustentável “numa família onde a autoridade justa e estável dos pais passou a ser fomentada pela solidariedade, mútuo respeito e participação entre todos os seus membros” (Moreira, 2001, p. 165). Assim, o modelo contemporâneo de autoridade familiar passa pela construção consensual do consentimento dentro do núcleo familiar. “É [...] no categórico reconhecimento do menor como interlocutor dentro da família que se traduz a mais profunda alteração no tradicional quadro de valores que definia as relações entre pais e filhos” (Vilella, 1980 / NETO, 2011, p. 343-373).

Assim, diante dessas novas perspectivas de modelo familiar, a população infanto-juvenil não deve ser percebida como um grupo de adultos mais jovens, mas como sujeitos enquadrados em uma situação jurídica diferente, pois, embora estejam numa fase importante de crescimento e

formação, são portadores de planos de vida pessoais, carentes em buscar, justamente, sua promoção integral.

A respeito da incapacidade civil da criança, hodiernamente é inegável o reconhecimento do direito de agir, garantindo-lhe a possibilidade de exercer suas escolhas existenciais, personalíssimas, para as quais demonstre o discernimento suficiente. Todavia, na realidade fática, ainda ressoa entre nós a ideia de que tanto a criança quanto o adolescente são sujeitos passivos na relação com seus pais como meros objetos de direito do poder familiar (MENEZES; MORAES, 2015).

Entretanto, a Carta Magna de 1988, em seu art. 227, *caput*, preconiza que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à pessoa incapaz, 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”, resguardando-os de toda e qualquer forma de discriminação, negligência, violência, exploração, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

É nesse sentido que os pais devem respeitar as inclinações e aspirações naturais dos filhos, bem como estimular o exercício de sua autonomia responsável, exercendo sua autoridade de maneira negociada. Não obstante, durante o processo educativo e em nome do melhor interesse da criança, os pais podem restringir a liberdade e privacidade de sua prole (MENEZES; MORAES, 2015).

Aliás, Menezes e Moraes (2015, p.512) ponderam que:

O exercício do poder familiar requer responsabilidade; portanto, certa maturidade e alguma saúde, razão pela qual os pais também precisam ser assistidos e orientados quando não conseguirem levar a efeito o seu ofício parental. Ainda que o planejamento familiar seja livre decisão da pessoa e/ou do casal, uma vez que lhes sobrevenham filhos, a responsabilidade por sua criação, é inexorável. Caberá a eles a tarefa de promover o desenvolvimento dos seus filhos, proporcionando-lhes as condições materiais e imateriais necessárias, independentemente das marcas e das cicatrizes que já acumularam ao longo da vida.

Nessa senda, o sujeito capaz de protagonizar a sua própria história deverá ter a sua intimidade e vida privada preservadas, mesmo sob a influência da autoridade parental. Do mesmo modo, a medida do entendimento e maturidade das crianças e adolescentes determina a extensão da sua liberdade e privacidade em face de seus pais, tendo em vista que os elementos essenciais à sua personalidade são inalienáveis e fruem de especial proteção jurídica.

Da mesma maneira, caso a criança demonstre imaturidade, característica inerente à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, a submissão aos cuidados parentais se mostra necessária, desde que a intervenção de seus representantes legais seja justa, necessária e esteja em consonância com o disposto nas normas de proteção ao superior interesse do menor. Não obstante, nas relações pessoais ou não patrimoniais é imprescindível a superação de como vêm sendo enfrentados os institutos jurídicos da incapacidade e da maioridade, expressões de uma alternativa jurídica formal que não mais corresponde às expectativas da moderna sociedade brasileira (PERLINGIERI, 1972). Nessa ótica, VILELLA (1980, p.32) entende que

Já não se trata simplesmente de rever os limites etários da capacidade civil, da nupcialidade ou mesmo de reconhecimento da validade dos negócios jurídicos empreendidos por menores em tenra idade. Penetra-se mais fundo a problemática subjacente às determinações tópicas de aptidão etária para se compreender que o fenômeno do crescimento biológico e emocional, que é contemporâneo da vida, tem de encontrar resposta permanente no direito, que requer assim determinações matizadas e flexíveis para a material. Sente-se nas suas novas tendências que o regime jurídico das relações paterno-filiais procura exprimir o que SCHWARTZ chamou de “pedagogia da escolha”, que é, em suas próprias palavras, uma pedagogia de contrato, vale dizer, da liberdade.

Resumidamente, a capacidade de querer e entender são expressões da gradual evolução que é inerente à natureza humana, titular de uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais que, pela sua essência, são, em regra, intransmissíveis e irrenunciáveis (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Desse modo, crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais cujo exercício não pode estar subordinado aos mecanismos de substituição da vontade estipulados no Código Civil (BRASIL. Lei nº 13.105, 2015). Nessa monta, os filhos têm capacidade para o exercício de direitos extrapatrimoniais mesmo em face de seus genitores, e a esses cabe a função restrita de promover o desenvolvimento da personalidade de seus representados e/ou assistidos.

Reforçando o disposto, entende-se que a criança é detentora de “uma capacidade progressiva, igual em dignidade ao adulto, sujeito ativo na construção do seu futuro numa relação intersubjetiva com os pais, titular de direitos fundamentais (MARTINS, 2009 p. 86-87)”. Nessa acepção, percebe-se que, ao longo da vivência, a pessoa humana se constrói e se reconstrói, sendo decisiva a guarida da família, especialmente nos primeiros anos de vida.

Nesse sentido, Marx Neto analisa a inserção da criança na vida social antes de verificar a extensão de seus direitos e, assim, considera “o enquadramento da resposta na interpretação sistemática do direito vigente, reconhecendo-se o direito da criança em ser ouvida e a obtenção da resposta por meio do acerto familiar” (NETO, 2011, p.346). A solução apresentada pelo

estudioso teve como fundamento a realização do melhor interesse da criança e o reconhecimento efetivo de seus direitos.

5 OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO INFANTO-JUVENIL

5.1 *A mudança social por meio do direito positivo: o modelo sistêmico luhmanniano*

Destarte, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito com capacidade em progressão ganha ainda mais veracidade quando se concilia o referido instituto com os princípios fundamentais positivados tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pacificando a situação da pessoa absolutamente incapaz portadora de transtorno de identidade de gênero com a evolução constante da sociedade brasileira moderna.

Assim, a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico dá ao juiz a possibilidade de efetivar o direito fundamental que lhe é apresentado mesmo que a interpretação dali resultante se dê ao arrepio da lei (*stricto sensu*). Dessa forma, é salutar que o direito não seja interpretado de maneira fragmentada, mas de forma una, conforme a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, segundo a qual o direito é um

sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, cuja função é manter estável as expectativas, ainda que estas sejam frustradas na prática. As expectativas são as normas jurídicas, que, assim, permanecem estáveis independentemente de uma eventual violação (ANDAKU, 2015, p.1).

Nesse passo, Luhmann critica a positividade dogmatizada do direito como sendo estatuída por força própria. Tal assertiva não é capaz de satisfazer à sociologia, que sempre procura considerar outras alternativas além daquelas consolidadas por meio do processo legislativo (LUHMANN, 1985). Portanto, a decisão regulamentada não pode ser tratada como a causa explicativa da vigência do sentido estatuído de uma norma, tendo em vista que o direito não é criado a partir da vontade do legislador, mas “resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidade e sua redução a uma decisão consistindo na atribuição de vigência jurídica a tais decisões” (LUHMANN, 1985, p.8).

O que se busca dizer é que a vigência do direito positivo está subordinada a um fator cuja variável é uma decisão. Desse modo, o direito vige não apenas pela força de um ato legislativo

histórico, mas, enquanto continuar sendo alvo de escolha dentre outras possibilidades, estando sujeito a qualquer momento a revogação ou modificação (LUHMANN, 1985, p. 9-10):

A constância das possibilidades de modificação mantém a consciência de que o direito a cada momento vigente é resultante de uma seleção de que ele vige por força dessa seleção a qualquer momento modificável

Nesse aspecto, o direito positivo não pode ser utilizado como óbice ao progresso social; muito pelo contrário, “ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente” e que “o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável” (LUHMANN, 1985, p. 10).

Nesse ponto, o jurista alemão Friedrich Müller (2005, p.32-33) leciona:

Assim, se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e práxis refletidas, com uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática.

Sob a perspectiva do modelo sistêmico luhmanniano, a evolução do direito positivo manifesta-se com a transformação do improvável em provável, melhor sintetizando, ocorre evolução quando “aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema (NEVES, 2006, p.1)”. Nesse aspecto, NEVES (2006) afirma que o fenômeno evolutivo só é completado quando preenchidas três condições reciprocamente: variação, seleção e restabilização (ou retenção).

Nas lições do autor, a “variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema” (NEVES, 2006, p.2). A variação, por si só, não representa a evolução sistêmica, tendo em vista a necessária seleção de estruturas que possibilitem a continuidade do elemento inovador e, por fim, a restabilização é o mecanismo que assegura à estrutura inovadora “duração e capacidade de resistência” (NEVES, 2006).

Luhmann reduz o conceito da positividade “à formulação de que o direito não é só estatuído (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável)” (LUHMANN, 1985, p. 10). Assim, enquanto a lei positiva fizer parte das escolhas sociais, o seu texto será aplicado.

Ocorre que as construções socioculturais evoluem de maneira muito mais célere que a produção legislativa, isto é, o conteúdo normativo nem sempre será condizente com aquilo que se

enfrenta no meio social. Desse modo, no sentido temporal, hoje pode estar vigorando um direito que ontem não se imaginava e amanhã, possivelmente, não mais valerá para representar os anseios dos agrupamentos humanos (LUHMANN, 1985).

Nessa perspectiva, o sociólogo alemão defende que pequenas reformas legislativas podem ser antecipadas, visto que as grandes não podem ser decididas de maneira célere (LUHMANN, 1985). Em suma, o direito positivo está provisoriamente em vigor, não sendo óbice para que um tema novo possa integrar materialmente o ordenamento jurídico, tornando possível a regulamentação de muitas novas formas de comportamento humano. Para o Luhmann (1985, p.10),

o “bom direito” parece residir não mais no passado, mas em um futuro em aberto. Resumindo: pode-se recorrer à dimensão temporal para a caracterização da complexidade do direito. Com isso, o direito passa a fluir de forma legítima e controlável; ele se adequa ao fato de que nas sociedades funcionalmente diferenciadas o alto grau de interdependência de todos os processos faz com que o tempo se torne escasso e passe a fluir mais rapidamente.

Em compêndio, o direito não mais impossibilita o desenvolvimento da sociedade; muito pelo contrário, o direito serve como um mecanismo do avanço social, buscando estabelecer um equilíbrio entre as normas positivadas e as evoluções empiricamente experimentadas no seio da comunidade.

Em linhas gerais, o presente trabalho teve como problema central a adequação da capacidade progressiva do menor transexual ou transgênero no exercício das relações existenciais sem que haja, necessariamente, a total superação das regras jurídicas traçada pelo atual código civil, mas promovendo a integração das normas que circundam a esfera jurídica da população infantojuvenil, redefinindo o alcance das normas civis incapacitantes.

Na atualidade, presumidamente, crianças e adolescentes dispõem de amplo acesso à informação, goza das benesses de viver em um mundo globalizado e, portanto, ao experimentar novas possibilidades, acaba atingindo grau de discernimento suficiente para tomada de decisões nas questões extrapatrimoniais muito mais cedo que outrora.

Em consequência dessa revolução do mundo moderno, aqueles que estão na fase da infantoadolescência, enquanto sujeitos de direito, não podem mais ter a sua voz silenciada com base no entendimento ultrapassado sobre a existência de um “texto rígido” da lei. Não há justiça, não há eficácia, se o direito não for capaz de acompanhar as nuances da contemporaneidade, prendendo-se a um passado cada dia mais distante.

Em suma, a positividade do direito brasileiro não é argumento contundente o bastante para barrar o reconhecimento da capacidade progressiva do menor na disposição de gênero, tendo em vista que, mesmo na ausência de uma lei específica regulando a temática o arcabouço jurídico-normativo, dispõe de ferramentas suficientes para a efetivação dos direitos estabelecidos tanto na Lei Maior quanto na Convenção Sobre os Direitos da Criança e no ECA.

5.2 A capacidade progressiva sob a ótica da teoria do diálogo das fontes

Nesse contexto, em vista do atual pluralismo jurídico pós-moderno de um direito detentor de inúmeras fontes normativas, surge a necessidade de coordenação entre os diplomas legislativos pertencentes ao mesmo ordenamento como exigência para se alcançar um sistema jurídico justo, eficiente e coerente, em que todas as normas dialoguem constantemente de maneira a formar um todo harmônico (MARQUES, 2003).

Essa é a proposta da famigerada teoria do diálogo das fontes (*dialogue des sources*), que surgiu na Alemanha com Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, e foi importada para o território nacional por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Nas palavras de Flávio Tartuce (2016, p.65):

A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Como se pode perceber há nesse marco teórico, do mesmo modo, a premissa de uma visão unitária do ornamento jurídico.

Destarte, cada vez mais se legisla nacional e internacionalmente sobre temas convergentes e, dessa forma, o primeiro desafio a ser enfrentado pelo aplicador da lei é a existência de uma pluralidade de normas coexistentes (MARQUES, 2003). Nesse cenário, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil estariam em aparente conflito por tratarem sob diversas perspectivas a capacidade conferida à criança, porquanto esse último silencia sobre a capacidade progressiva, negando, aparentemente, aos absolutamente incapazes a prática de todos os atos da vida civil.

Pela teoria do conflito de leis no tempo, haveria uma suposta “colisão” ou conflito entre os campos de aplicação dos diplomas legislativos. A solução apresentada por aqueles que defendem a referida tese era que a solução da antinomia deveria ser realizada por meio da prevalência de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão de uma delas do sistema, por meio dos institutos jurídicos da ab-rogação, derrogação ou revogação (MARQUES, 2003).

De forma sintética, a doutrina clássica, em regra, apresenta três critérios de resolução dos conflitos de lei no tempo, quais sejam, a anterioridade, especialidade e a hierarquia, sendo esse último prevalente sobre os demais, conforme os ensinamentos propugnados por Norberto Bobbio (MARQUES, 2003). Contudo, se levássemos em consideração o critério da hierarquia entre as normas conflitantes, naturalmente, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, por se tratar de diploma legislativo hierarquicamente superior, sobrepor-se-ia às disposições contrárias estabelecidas no Código Civil.

Em contrapartida, Marques observa que a doutrina moderna não busca mais a exclusão das leis em aparente conflito, mas a harmonia e coordenação entre as normas jurídicas pertencentes ao mesmo sistema. Essa é a chamada coerência derivada ou restaurada (*coherence devirée ou restaurée*):

[...] que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência” (MARQUES, 2003, p.72).

Vale destacar que só há conflito de normas quando o campo de aplicação das leis é o mesmo no caso concreto. Destarte, quando uma criança ou adolescente busca exercer seus direitos existenciais e vê seus interesses negados diante da incidência do Código Civil que pretere as disposições gerais estabelecidas na Convenção Sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente – que reconhecem a pessoa juridicamente incapaz como um ser em desenvolvimento e, por isso, detentor de uma capacidade em progressão –, estamos diante de um caso em que há o conflito de normas.

Não bastasse, a convergência de campos de aplicação das leis pode levar ao conflito; doutro modo, a convergência de princípios é o meio pelo qual ocorre o diálogo entre as fontes legisladas. Assim, a convergência de princípios é fator, deveras positivo, para a coabitação de leis no mesmo ordenamento legal (MARQUES, 2003).

Por outro lado, é demasiadamente importante a análise do campo de aplicação subjetivo das leis, visto que a concentração no sujeito de direitos é hoje característica predominante no nosso ordenamento jurídico. É para proteger os sujeitos que leis especiais são elaboradas, a exemplo do Estatuto da Criança e do adolescente, compositor de um microssistema jurídico. Em sequência, “o aplicador deve examinar o conflito com olhos plurais, pois a nova teoria do sujeito é outra: o sujeito está fragmentado e é plural (MARQUES, 2003, p.79)”, como é o grupo composto por crianças e adolescentes.

Nesse segmento, Erik Jayme avalia que, hodiernamente, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do direito de ser diferente e de ser tratado de forma diferente, sem a necessidade de ser igual a seus pares, não mais admite que haja uma monossolução para casos complexos. Desse modo, “a solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções” (MARQUES, 2003, p79).

A superação de paradigmas, para MARQUES (2003), é substituída pela conveniência dos paradigmas; a revogação expressa é substituída pela incerteza da revogação tácita indireta pela incorporação do novo modelo hermenêutico ao sistema. Assim sendo, há a conveniência de leis com campos de aplicação ora divergentes, ora convergentes dentro de um mesmo sistema jurídico que parece ser agora plural, fluído, mutável e complexo.

Em síntese, para a jurista o que Jayme propõe é a coordenação das fontes, desde que seja uma sistematização flexível e útil entre as leis em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência no ordenamento jurídico, ou seja, a efetiva mudança de paradigma sem que haja a exclusão e/ou inclusão de novos diplomas legislativos (MARQUES, 2003).

Assim, a tese tem o intuito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar problemas de aparente conflito entre os diplomas legais no sentido de interpretá-los de forma coordenada e sistemática, em conformidade com os preceitos constitucionais. Marques pondera os fundamentos da tese:

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue des sources*) a permitir a aplicação simultânea, coerente, coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogos’ porque há aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes) (MARQUES, 2003, p.74).

Nessa senda, o diálogo entre as fontes normativas ora se dará através da aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo, ora será feita mediante a complementação de uma norma à outra, isto é, por meio da aplicação subsidiária de uma norma em complemento à outra (PRADO, 2013).

Nas lições de Tartuce (2016), a primeira justificativa para a aplicação da tese em comento refere-se à sua funcionalidade, tendo em vista que o mundo pós-moderno e globalizado, complexo

e abundante por natureza, convive com uma crescente quantidade de leis, “a deixar o aplicador do Direito até desnordeado”. Nesse sentido, o jurista mineiro transcreve em sua obra importante passagem retirada da doutrina de Marques, na qual se expõem, de maneira clara e concisa, as razões filosóficas e sociais para a aplicação da tese (MARQUES, 2003, p. 24):

Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina “*le retour des sentiments*”, sendo o *Leitmotiv* da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (*‘Zersplietierung’*), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o *‘double coding’*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘espaços de excelência’ (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 e ss.*)⁴.

Tartuce (2016) esclarece que a teoria do diálogo das fontes já é amplamente aplicada nas relações consumeristas, visto que a primeira tentativa de emprego da tese se dá com a possibilidade de subsunção concomitante do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil a determinadas relações obrigacionais, em especial os contratos. Não obstante, há a possibilidade de diálogo entre o direito civil e o direito do trabalho, sendo totalmente viável e, mais do que isso, plenamente recomendável (TARTUCE, 2016).

Contudo, a tese em comento não se limita a ramos específicos do direito, podendo ser aplicada, inclusive, para solucionar aparentes conflitos das mais diversas naturezas, como o que propomos com a presente pesquisa, ou seja, conciliar as disposições do Código Civil com todos os demais diplomas legislativos que envolvam direitos da criança e do adolescente, incluindo-se nesse espectro a própria Constituição Federal e suas disposições concernentes.

Nesse contexto, Tartuce arquiteta uma relação direta entre a teoria do diálogo das fontes, a constitucionalização do direito civil (direito civil constitucional), a eficácia dos direitos fundamentais e a personalização do direito civil. Acrescenta o autor:

⁴ Trata-se de introdução da obra coletiva escrita em coautoria com Antonio Herman de V. e Benjamin e Bruno Miragem e que praticamente apresentou o diálogo das fontes para a comunidade jurídica nacional.

Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso se vai até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como a máxima do nosso ordenamento jurídico (personalização).

Para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação imediata nas relações entre particulares. A porta de entrada dessas normas protetivas, nas relações privadas, pode se dar por meio das cláusulas gerais (eficácia horizontal mediata), ou mesmo de forma direta (eficácia horizontal imediata) (TARTUCE, 2016, p. 72).

De igual modo, Cleyson de Moraes Mello (2017, p.28) considera que a norma jurídica civil não pode ser assimilada a um juízo hipotético

ancorado nos princípios da lógica formal, a partir de um rigorismo da separação dos mundos do ‘ser’ e ‘dever ser’. O direito civil e o direito constitucional devem estar em perfeita harmonia a fim de que possa espelhar a realização e a concretização do direito.

Por fim, vislumbrou-se a necessidade da análise coordenada das normas que resguardam crianças e adolescentes, possibilitando a visão de um sistema unitário, em que existem inúmeros diálogos e o reconhecimento da interdisciplinaridade entre o direito, a psicologia e a sociologia (TARTUCE, 2016). Assim, diante do exposto, conclui-se pela existência da capacidade progressiva do menor quanto ao exercício dos direitos de personalidade no direito brasileiro. A harmonia entre as diversas fontes normativas que incidem sobre a esfera jurídica das crianças e dos adolescentes orientam no sentido da inaplicabilidade imediata do art. 3º do Código Civil de 2002 nas questões que não envolvem direitos patrimoniais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise doutrinária e documental empreendida no decorrer deste artigo, conclui-se, inicialmente, que no âmbito do direito civil brasileiro, ainda carece de estudos mais acurados sobre a temática envolvendo a aplicação do princípio da capacidade progressiva do menor absolutamente incapaz nas questões existenciais, incluindo, nesse cenário, a disposição do gênero.

Ademais, a partir dos casos demonstrados, presume-se que a ausência de tutela legislativa desses sujeitos de direito absolutamente incapazes se dá com base em uma sociedade que ainda demonstra não estar preparada para o enfrentamento dos discursos referentes a libertação sexual da criança e do adolescente. Desta forma, a omissão do legislador frente à temática debatida mostra-se uma ferramenta legítima e democrática, visto que este representa os anseios do povo que o elegeu.

Nesse ínterim, observa-se que na atual conjuntura, o Código Civil não faz qualquer diferenciação entre o exercício dos direitos patrimoniais e existenciais, exigindo, em ambos os casos, que seu titular seja detentor da capacidade de fato, prerrogativa esta adquirida, em regra, pelo atingimento da maioridade civil. Desta feita, desconsidera-se, até os dias atuais, a aplicação ao caso concreto dos preceitos formalmente internalizados pelo Brasil quando da ratificação da Convenção Sobre os Direitos da Criança, referentes à possibilidade de aferição da capacidade cognitiva e moral do menor, quanto ao exercício daqueles direitos de personalidade.

Não obstante, analisamos o projeto de lei nº 5002/2013, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, que visa regulamentar a questão do direito à identidade de gênero no país. A iniciativa, no entanto, aparentemente não contribui de forma decisiva para atenuar o problema. Isso decorre do fato de que os argumentos trazidos por seus autores foram buscados em legislações estrangeiras, sendo que é fundamental, para que uma lei realmente atinja o objetivo que se propõe, a verificação das características da sociedade no âmbito interno.

Um exemplo evidente do que se falou acima é que o PL nº 5002/2013 prevê a participação do menor nos processos que incluem o exercício da identidade de gênero e, de maneira expressa, aduz ao princípio da capacidade progressiva, mas ignora o fato de que o reconhecimento do referido instituto, esbarra, de forma direta, na categoria jurídica da incapacidade civil que não foi alvo da proposta em comento. Nesse ponto, o projeto demonstra-se inócuo, pois não põe fim em definitivo a controvérsia suscitada.

Desta feita, diante da omissão do legislador, suscitou-se a possibilidade do judiciário assumir o protagonismo, amparado na retórica de constitucionalização do direito civil, buscando-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por fim, a hipótese suscitada mostrou-se em parte confirmada diante dos argumentos esposados na presente pesquisa. Em parte, pois em meio às respostas surgem problemas de ordem prática, que devem ser discutidos no meio jurídico e acadêmico.

Primeiramente é a questão da competência e condições materiais (efetividade) do Judiciário em analisar “caso a caso” questões de reconhecimento da capacidade progressiva. Em caso de desconsideração de critérios “niveladores” de definição de (in)capacidade, a estrutura jurisdicional seria capaz de atender as demandas de forma célere e efetiva, diante de um problema delicadíssimo que é a “disposição” de direito existenciais? Não seria prudente, adotar a postura portuguesa em

reconhecer a autonomia do menor para a disposição de direitos existenciais a partir dos 16 anos (idade para emancipação)?

O segundo problema, que se apresenta de vários aspectos está nos limites de exercício da autoridade parental (poder familiar).

Num primeiro aspecto, até onde a tese da capacidade progressiva, não poderia ser um “manto” que, pela presunção de autonomia da criança, ocultaria intenções, vontades e até mesmo frustrações oriundas dos pais?

Na mesma seara, mas sobre outra perspectiva, qual seria o papel dos pais na formação de referenciais de escolha para criança? Como conciliar a formação cultural-moral, o senso de pertencimento e a apresentação pedagógica do mundo dos fatos ao menor, sem afrontar a sua autonomia? Também, essa dificuldade de adequações não legitima a presença do Estado na vida privada das famílias, contrariando o princípio da mínima intervenção?

O último prisma sobre o segundo problema é se, na prática, o Estado e quiçá os pais estariam, pela retórica da capacidade progressiva da criança, dispondo de direitos existenciais alheios, violando sua natureza personalíssima?

O terceiro e último problema levantado refere-se ao paradigma de supremacia dos direitos extrapatrimoniais, em especial os direitos existenciais, no campo jurídico da família e da infância.

Considerando que os Direitos de Família e de Infância, em alinhamento a lógica prospectiva/constitucional, diferenciam os direitos existenciais, dando um maior peso e pertinência em prol da Dignidade da pessoa humana, sujeitando os direitos patrimoniais, não se poderia, por coerência, estender o critério da capacidade progressiva ao menor em questões de direitos materiais/econômicos?

Como se observa, o texto não fecha a Caixa de Pandora, mas simplesmente reconhece que ela esta entreaberta e olha pela fresta.

THE PROBLEM OF THE LEGAL CAPACITY OF THE ABSOLUTELY INCAPABLE PERSON: The autonomy of the will of the minor in the existential relations**ABSTRACT**

This article deals with the possibility of the personal exercise of existential rights by those natural persons who are considered as absolutely incapable by the current civilian codification, through the recognition and application of the principle of progressive capacity. The study was carried out through bibliographical and documentary research under the Luhmannian theoretical system, together with the theory of the dialogue of the sources in an attempt to delimit the new contours of infanto-juvenile law in the Brazilian legal system. In this way, the work intends to analyze the effectiveness in the use of the retrospectively assessed thesis, the possibility of the child and the adolescent to possess a cognitive capacity in constant progression and, therefore, being able to understand, to rationalize and to act in these situations, giving sense to the expectations of the autonomy of the will in those legal relations without immediate economic connotation. It was concluded that the use of the progressive capacity criterion partially responds to the problems regarding the autonomy of the absolutely incapable child, as well as the disposition of the gender, leaving still room for other problems, which must be answered punctually.

Keywords: Existential rights. Progressive capacity. Provision of gender. Dialogue of sources. Autonomy of the will.

REFERÊNCIAS:

ANDAKU, Juliana Almenara. **O Direito na Teoria de Niklas Luhmann**. Disponível em:<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6uo3jlaDWAhUHmJAKHUK3BWcQFggxMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692917&usg=AFQjCNEjXjeA1g0b7Ud_1SxKFTiJRF-E_g>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRAGA, Renato; REIS, Leonardo. **Direito Civil Facilitado: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

HIGHTOM, Elena, La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Rubinzal-Culzoni: Santa Fé, n. 1, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

MENDES, Gilmar, Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site./index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 6 set. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de Civil – Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, G.; SILVA PEREIRA, T. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Jovene, 1972.

PRADO, Sérgio Malta. **Da teoria do diálogo das fontes.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SANTOS, Eliane Araque dos. **Crianças e adolescentes – Sujeitos de direitos.** Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/10214>>. Acesso em: 10 out. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado.** São Paulo. Atlas, 2013.

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

Trabalho enviado em 22 de janeiro de 2019

Nviado em 17 de março de 2019