

A AUTONOMIA DA VONTADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Pedro Araújo de Andrade Almeida¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar como a autonomia da vontade da criança e do adolescente promove a efetivação do princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Tem por base a análise da legislação brasileira vigente sobre o tema criança e adolescente, notadamente, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto de Criança e do Adolescente de 1990, bem como a obra de Luis Martinez Vázquez de Vázquez de Castro intitulada *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado* e outros trabalhos que servem de suporte teórico sobre autonomia e proteção integral. Aborda a autonomia da vontade do menor sob a ótica da teoria do menor amadurecido.

Palavras-chave: Livre Desenvolvimento da Personalidade. Autonomia. Proteção Integral. Menor Amadurecido. Criança e Adolescente.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo examinar cómo la autonomía del niño y del adolescente promoverá la realización del principio de libre desarrollo de la personalidad. Se basa en el análisis de la legislación brasileña actual sobre los niños y adolescentes sujetos, en particular, la Constitución de 1988 Federal, el Código Civil de 2002 y el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia 1990, así como la obra de Luis Martínez Vázquez de Vázquez de Castro titulado *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado* y el trabajo de María Esther de Magalhães Arantes en plena protección y el niño y la autonomía de los adolescentes y otras obras que sirven de apoyo como teórico. Se dirige a la libertad de elección del menor desde la perspectiva de la teoría más pequeño madurado.

Palabras-clave: libre desarrollo de la personalidad. Autonomía. Protección integral. Pequeño madurado. Niños y Adolescentes

¹ Autor, mestrando no Programa de Pós-graduação em Família na Sociedade Contemporânea - Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Brasil

1 LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE: AUTONOMIA *VERSUS* PROTEÇÃO INTEGRAL?

A atual discussão a cerca dos limites das liberdades da criança ou do adolescente em agir e expressar suas opiniões tem gerado muitos embates epistemológicos e está distante de um posicionamento sedimentado.

A efetivação das liberdades garante aos menores o livre desenvolvimento de sua personalidade. No âmbito do direito privado a tais liberdades se perfectibilizam na autonomia da vontade, mas seus limites ainda são nebulosos, notadamente, quando o assunto paira sobre a criança ou adolescente.

Princípios já consagrados como o da proteção integral e do melhor interesse do menor, que possuem como marcos normativos internos a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, são utilizados tanto em defesa da maior autonomia da vontade do menor como para justificar a limitação dela.

O termo ‘menor’, embora criticado, será utilizado neste trabalho para designar o indivíduo em formação de sua personalidade e abarca tanto a criança (0 a 12 anos incompletos) quanto o adolescente (12 a 18 anos incompletos), conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 2º e o Código Civil em seu artigo 5º.

Vale dizer que, ambos os lados deste embate possuem razões fortes e válidas para sustentar a maior ou menor autonomia do indivíduo em formação.

Esther Arantes (2009) em seu artigo intitulado ‘Proteção integral à Criança e ao Adolescente: Proteção *versus* Autonomia?’ chama a atenção para a complexidade do tema e afirma que a capacidade da criança e do adolescente para o exercício de direitos não é uma capacidade plena, ou seja, não se pretende abolir as diferenças entre os menores e os adultos.

Concordarmos com a posição da autora, uma vez que ao conceder plena autonomia aos menores estar-se-ia a igualá-los aos adultos e, por óbvio, afastaria o ideal de proteção aos indivíduos em desenvolvimento.

Em que pese a criança e o adolescente merecerem tratamento diferenciado do Estado e da sociedade, justamente por sua posição especial de indivíduo em formação da

personalidade, não se pode olvidar que eles também possuem os mesmos direitos e garantias fundamentais que os adultos e ainda mais, pois estes direitos devem ser garantidos em ordem prioritária.

Este é o espírito da proteção integral trazido pela Constituição Federal de 1988 quando dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **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. (grifos nossos)

No mesmo sentido caminha o ECA ao estabelecer que em seu art. 3^a, quando estabelece o princípio da proteção integral, em que aduz “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, **sem prejuízo da proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, **em condições de liberdade e de dignidade**”. (grifos nossos)

Do diálogo entre as normas é possível concluir que o princípio da proteção integral tendo em vista o melhor interesse do menor orientado pela dignidade da pessoa humana deve servir de balizador das liberdades e outros direitos fundamentais da criança e do adolescente. De forma que, proteger não é sinônimo de supressão de direitos, pelo contrário, é dar especial eficácia e garantia aos direitos fundamentais sob o olhar atento e cuidadoso do Estado e da sociedade, é revesti-los sob o manto da proteção integral.

Para VÁZQUEZ DE CASTRO (2010), em sua obra *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, ele aborda a questão do menor ao afirmar que o princípio do livre desenvolvimento da personalidade exige a consideração da sua capacidade natural, da madureza adequada à sua idade e das circunstâncias.

Nesta mesma linha de intelecção, acreditamos que a proteção integral à luz da dignidade efetiva-se através de uma análise cuidadosa do interesse do menor (autonomia), do grau de maturidade (capacidade natural) e de complexidade da questão posta e do nível de exposição (circunstâncias).

2 DO INTERESSE DO MENOR EM FUNÇÃO DA IDADE E GRAU DE MATURIDADE: A TEORIA DO MENOR AMADURECIDO

O núcleo familiar é pedra filosofal do desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. Nela é onde afloram os primeiros traços de personalidade que, se bem conduzidos e vividos, determinarão os *valores, crenças e habilidades para afirmar suas identidades como indivíduos independentes* (VELHO *et al*, 2014).

Não à toa, a CF/88 não só reconheceu a família como a base da sociedade, bem como garantiu especial proteção do Estado em seu artigo 226². Assim como, erigiu como dever da família, Estado e da sociedade o cuidado especial à criança e ao adolescente.

O Estatuto Civil brasileiro datado de 10 de janeiro de 2002, em atenção ao princípio da proteção integral, dispõe sobre a capacidade³ da criança e do adolescente para a prática de atos na vida civil, em seu artigo 3^a.

Sem se aprofundar, abordaremos de forma breve esta questão. A capacidade se divide em capacidade absoluta e relativa, a primeira significa dizer que os menores de dezesseis anos não podem praticar pessoalmente nenhum ato da vida civil, tais como comprar ou vender, a segunda permite que o maior de dezesseis e menor de dezoito realize todos os atos da vida civil mediante anuência do seu representante legal.

Assim define GONÇALVES (2005) que o absolutamente incapaz resulta a proibição total do exercício do direito, enquanto o relativamente ainda permite que o incapaz pratique alguns atos da vida civil, assistido pelo seu representante legal. O instituto da capacidade civil, em que pese merecedor de duras críticas nos moldes em que se encontra, tem como função primordial dar efetividade ao princípio da proteção integral previsto na CF/88, uma vez que resguarda os menores da prática de atos que, por sua natureza e complexidade, não devem ser praticados por estes a fim de que não venham a ser lesados.

Por exemplo, caso essa norma não existisse, uma criança poderia ser facilmente induzida a contrair um empréstimo bancário para adquirir a tão sonhada bicicleta nova sem

² CF/88, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³ Termo jurídico que se refere à aptidão do sujeito para o exercício dos seus direitos.

que ela tivesse noção da responsabilidade e dos riscos do negócio que se está praticando e sem sequer ter a capacidade para honrar com tal compromisso.

Como demonstrado, o espírito da lei é bom, no entanto, interpretada de maneira literal significaria dizer que o menor de dezesseis anos não poderia sequer comprar um lanche na cantina da escola ou mesmo utilizar o transporte público ou ainda ir ao cinema com seu grupo de amigos, simplesmente porque todas essas práticas envolveriam negócios jurídicos (compra e venda) os quais não teria capacidade civil para realiza-los.

Nesse ponto, o papel dos princípios é fundamental, pois compreender o menor como um sujeito passivo desprovido de uma atitude e capacidade relevante para decidir por si mesmo⁴ em determinados casos é violar sua autonomia e, por via, sua dignidade e seu livre desenvolvimento. De forma que, cabe à família no primeiro plano e ao Estado determinarem, através do olhar cuidadoso e atento, suas aptidões e capacidades ao longo do seu caminhar gradual e progressivo de desenvolvimento para formação de uma personalidade estruturada e definida⁵ (não definitiva).

É importante destacar que o processo de formação da personalidade não é estanque e definitivo, ao contrário, “*é dinâmico, desenrolando-se desde a infância até a velhice, já que novas adaptações e compreensões sempre surgem*” (VELHO *et al*, 2014). No decorrer da vida e das experiências vividas, é possível acontecer mudanças significativas de ideias e rumos.

VELHO (*et a*, 2014), ao abordar a questão da autonomia do menor envolvendo questões médicas e pesquisas em seres humanos, afirma que, embora os países possuam regras jurídicas que estabelecem idades-padrão para a capacidade civil plena, alguns adotam a chamada “*capacidade por tarefas, reconhecendo a habilidade para tomar decisões sobre condutas de saúde e tratamentos médicos antes da capacidade civil plena, como definem Dinamarca e Noruega aos 15 anos ou Espanha aos 16*” .

⁴ VÁZQUEZ DE VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martinez. El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010.

⁵ VELHO, Maria Teresa Aquino de Campos; QUINTANA, Alberto Manuel; ROSSI, Alvaro Garcia. Adolescência, autonomia e pesquisa em seres humanos. **Rev. Bioét.**, Brasília , v. 22, n. 1, p. 76-84, abr. 2014 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30 jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422014000100009>.

No Brasil, em que pese a capacidade civil plena se dê aos 18 anos completos, temos que, de acordo com a lei eleitoral, o adolescente de 16 anos já tem capacidade para votar, o que nos parece um contrassenso, uma vez que o ato de votar é extremamente complexo, envolve o reconhecimento de uma formação cidadã consciente que, por sua vez, decorre da capacidade de autocompreensão enquanto sujeito de direito e deveres, de uma capacidade de assimilação e de compreensão da realidade social na qual esta inserido, de avaliação e crítica das propostas de políticas governamentais apresentadas e de um julgamento de melhor valor pautado em questões morais e éticas. Vale dizer que, o ato de votar é tão complexo que exige um alto grau de formação educacional sendo que nem mesmo a grande parcela da população adulta do país tem condições para exercer esse tipo de julgamento com forte convicção política e ideológica.

No entanto, essa capacidade pode ser referendada por especialistas, uma vez que, afirma VELHO (*et al*, 2014) que alguns jovens trazem habilidades para tomarem decisões em suas tarefas, principalmente no que tange à própria saúde. Claro que, esta capacidade, deve ser avaliada dentro de um contexto. Nesse ponto, devemos fazer uma distinção entre aptidão e capacidade, sendo a primeira a habilitação biológica, psicológica, social e ético-moral do indivíduo para se autodeterminar, está inserida no plano dos fatos podendo variar de pessoa para pessoa, pois está vinculada ao que chamamos de ‘ grau de maturidade’. Assim, o indivíduo em desenvolvimento, vencidas certas etapas da sua formação, estaria apto a realizar determinadas ações e a tomar determinadas decisões – não está vinculada necessariamente a uma idade fixa, mas a uma faixa etária onde costumam acontecer os fenômenos biológicos e psicossociais (ex.: desenvolvimento da fala e andar para crianças e da puberdade para adolescentes).

De acordo com VELHO (*et al*, 2014), o termo “maturidade” refere-se à possibilidade de se obter um grau de desenvolvimento das estruturas psíquicas de forma gradual e progressiva e destaca a importância do desenvolvimento moral do menor amadurecido, porque é nesse período que ele irá se estruturar-se fundamentalmente.

Já a capacidade é o termo jurídico para designar a aptidão ficta, de forma que, a lei determina em que momento ou com qual idade essa aptidão se perfectibiliza, ainda que de forma genérica, pois não leva em conta o desenvolvimento da personalidade de um indivíduo,

mas de todos indistintamente. De forma que, é possível que um indivíduo seja apto e não seja capaz, bem como o contrário. Assim, do ponto de vista da aptidão a idade não é um fator determinante, mas sim o fenômeno biológico, psicológico e social. De forma que, quanto maior for o grau de maturidade do indivíduo mais apto ele estará para o exercício de sua autonomia.

VELHO (*et al*, 2014) informa que existem várias teorias que tratam de diferentes formas e modos a questão da autonomia, no entanto a tendência mais recente é aquela centrada na autodeterminação dos menores, buscando promover o direito à criança e ao adolescente a partir da conquista de sua autonomia.

Acreditamos que a melhor maneira de garantir a autonomia da vontade dos menores e, por consequência, sua dignidade, é seguir o modelo descrito acima. Nesse ponto, o manto da proteção é indispensável, pois, como já mencionado anteriormente, a família e o Estado têm o dever de lançar um olhar cuidadoso sobre o menor de modo a perceber seu grau de maturidade e lhe permitir uma maior e progressiva ingerência sobre sua própria vida, isto é, garantir o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Voltando à questão da capacidade para votar do jovem de 16 anos. Não defendemos que o adolescente de 16 anos completos não possua tal aptidão, até mesmo porque, como demonstrado, é possível que até em menor idade ele possua o discernimento necessário para a prática deste ato, uma vez que a aptidão está ligada ao indivíduo. No entanto, levando-se em conta a realidade brasileira, notadamente, no que diz respeito à formação acadêmica e em cidadania esta capacidade é altamente questionável e caminha em sentido contrário ao princípio da proteção integral e do livre desenvolvimento. Questiona-se: *Um jovem de 16 anos no Brasil tem aptidão suficiente para arcar com as consequências individuais e sociais do seu voto?*

O Código Civil de 2002 também caminhou no sentido de reconhecer, em determinadas hipóteses, a autonomia do menor para a prática de atos da vida civil, quando estabelece em seu art. 5^a, parágrafo único as hipóteses de emancipação do menor.

GONÇALVES (2005) também ressalta, citando o estatuto civilista, que o jovem com 16 anos completos poderá praticar outros atos sem necessidade de assistência do seu

representante legal. As hipóteses trazidas pelo CC/2002 são chamadas de emancipação, que é a aquisição da capacidade civil antes da idade legal ordinária – não iremos, para este estudo, tratar sobre cada uma delas. Vale dizer que, em algumas circunstâncias, tais como gravidez, é permitido, mediante autorização judicial, que o menor de 16 anos, inclusive, se case.

Com relação ao trabalho do menor, o ECA (artigo 60) proibia qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz, com a Emenda Constitucional nº 20/1998 que alterou o art. 7º, inciso XXXIII da CF/88, essa idade foi elevada para dezesseis anos, sendo permitido o trabalho na condição de aprendiz aos maiores de quatorze, revogando o mencionado dispositivo. *Se não se pode trabalhar antes dessas idades, como é que existem crianças e adolescentes trabalhando em novelas, filmes e outras atividades artísticas?*

O Brasil, no entanto, é signatário da Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, convertida no Decreto 4.134/20026, que trata sobre a idade mínima de admissão ao emprego. A referida Convenção, no artigo 8º⁷, diz que é necessário prévio conhecimento do Juiz para que o menor atue em atividades artísticas, dentre outras.

Tudo o que foi exposto tem como propósito demonstrar que a legislação brasileira, cada vez mais, se preocupa em respeitar a dignidade e a autonomia dos indivíduos em desenvolvimento, ainda que de forma insipiente, às vezes contraditória e questionável. Pode-se dizer que o ECA, após a CF/88, foi um grande marco normativo para a conquista dessa autonomia.

Sobre o ECA discorre DEL-CAMPO (*et al*, 2007) que este segue a perspectiva da proteção integral, em que o princípio do melhor interesse da criança é o baluarte desta teoria. O Estado, para DEL-CAMPO (*et al*, 2007), consoante tal teoria, não só pode, como deve garantir todas as necessidades da criança, para seu melhor desenvolvimento.

O melhor interesse do menor, por sua vez, se consubstancia nas ações do Estado e da sociedade em promover medidas para garantir seus direitos fundamentais, bem como, e não menos importante, na ausência de ingerência destes sobre o núcleo familiar. A criança ou o

⁶ Acesso em 02 jul. 2015 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4134.htm

⁷ Acesso em 02 jul. 2015

<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>

adolescente deve crescer num ambiente familiar saudável, próximo a todas as pessoas que lhe dão afeto, carinho, respeito, educação e que participam no seu desenvolvimento. Não cabe ao Estado definir quem deverá exercer esses papéis na vida destes seres humanos em formação e fará bem o Estado que permita, proteja e ampare o desenvolvimento deles dentro dos mais diversos modos de *ser em família*.

Como já mencionado, a família tem um papel fundamental na promoção do livre desenvolvimento da personalidade do menor. Para VÁZQUEZ DE CASTRO (2010), livre desenvolvimento da personalidade também pode ser entendido como autonomia, autodeterminação e livre opção, pois todos eles confluem para ideia de livre desenvolvimento da personalidade como liberdade geral da pessoa humana de eleger os meios para se alcançar os fins. Compreende toda decisão que implica na evolução da pessoa em todas as facetas da vida.

Reflete também o pensamento de GILLIGAN (1985 *apud* VELHO *et al*, 2014) que enfatiza, como já apontado, que a compreensão sobre a própria participação nos fatos conduz à satisfação, realização ou derrota. A diferença entre o menor e o adulto, no campo da compreensão, reside no fato de que nesse processo de autodeterminação e de autoconhecimento o indivíduo em formação da personalidade deve ter a garantia do amparo integral da família, do Estado e da sociedade.

Nesse esteio, a Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança⁸ de 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil, assegura em seu artigo 12 a necessidade de os Estados Partes assegurarem às crianças o seu depoimento, suas considerações, desejos, ser ouvida em processos judiciais, emancipando, assim, o desejo do menor.

A teoria que serve de embasamento teórico para o diploma internacional acima descrito é conhecida como teoria do menor amadurecido ou ‘menor maduro’ que surgiu e se desenvolveu nos países do *common law*⁹, notadamente para os casos médico-legais envolvendo menores, mas tem influenciado países de tradição *civil law* a exemplo do Brasil.

⁸ Acesso em 2 jul. 2015 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

⁹ Traduzido como Direito Comum. De acordo com o Dicionário Técnico Jurídico de Deocleciano Guimarães (ver referências bibliográficas) é um direito de tradição anglo-americana, baseado em usos, costumes e princípios interpretados e consagrados pela jurisprudência e tribunais.

MORAES (2011) em seu trabalho ‘*A teoria do "menor maduro" e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira*’ faz um minucioso relato do *leading case* que deu origem à teoria:

A teoria do “menor maduro” tem origem no célebre *leading case Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another*”, em 1985, ocorrido no Reino Unido. É possível, a partir desse caso, se demonstrar a aplicação dessa teoria, a qual denomina a pessoa natural, em certas condições, de “menor maduro” (mature minor). Com a expressão *Gillick-competent*, buscou-se descrever o menor de dezesseis anos com capacidade de discernimento suficiente para consentir em uma terapia médica indicada, tornando-a válida.

[...] Lord Fraser de Tullybelton apresentou e considerou esses elementos em seu pronunciamento, ou seja, a capacidade jurídica de uma menor de dezesseis anos para dar autorização, ofensa aos direitos dos pais e se esse tipo de conselho é um crime.

[...] Neste sentido, ele conclui, em relação à capacidade e após análise de jurisprudências e legislação, que não havia nenhuma disposição legal que obrigasse “a declarar que uma menina de dezesseis anos de idade não tem capacidade legal de consentimento para o conselho de contraceptivos, exames e tratamento desde que tenha entendimento e inteligência suficientes para saber o que elas envolvem”.

[...] A crença foi a de que beirava o absurdo sugerir que “uma menina ou um menino de quinze anos não poderia consentir, de forma eficaz, por exemplo, para fazer um exame médico de uma lesão trivial ao seu corpo ou até mesmo ter um braço quebrado”.

[...] Nesta linha de pensamento, se afigura a teoria do “menor maduro” quando Lord Fraser argumenta: “Desde que o paciente, se um menino ou uma menina, **é capaz de entender o que é proposto, e de expressar a sua vontade própria, não haveria nenhuma boa razão para considerar que ele ou ela não tem capacidade válida e eficaz para expressá-las**”. Assim, Lord Fraser entende que “a menor pode autorizar um médico homem para fazer o exame ou dar o tratamento que ele aconselha. (grifos nossos)

[...] O que se observa na fundamentação de Lord Fraser é que este direito não seria absoluto, devendo ter justificativas adequadas e convincentes para um veto dos pais no que concerne a tratamento e aconselhamento médico ao menor de idade. **Não é aceita a tese de que os pais têm absoluta autoridade sobre os filhos enquanto são menores de idade e a partir da maioridade, momento em que estariam prontos para as decisões próprias na vida e, portanto, com capacidade para, por exemplo, autorizar um tratamento médico.** (grifos nossos)

Segundo Partridge (2013 *apud* VELHO *et al*, 2014), a categoria do menor maduro se desenvolveu no direito americano como um dispositivo legal destinado a dotar adolescentes de autoridade decisória, relativa a tratamento médico, equivalente à dos adultos, em que

pese afirmar que tal assertiva é considerada controversa na área jurídica, uma vez que diversos juristas consideram os adolescentes não aptos a tomar decisões como se adultos fossem (VELHO *et al*, 2014). Defendemos a teoria do menor amadurecido para questões que vão além de decisões clínicas em saúde. Entretanto, como já mencionamos, não se trata de igualar a autonomia dos menores à dos adultos, mas sim de promover-la sob o manto da proteção integral.

Knobel (1992 *apud* VELHO *et al*, 2014) parece discordar da teoria ao julgar que *adolescentes não apresentam maturidade suficiente para exercer funções de avaliar, no tempo presente, as consequências futuras e suas ações e decisões*. Partridge (2013 *apud* VELHO *et al*, 2014) acrescenta que *as escolhas dos adolescentes são marcadas pela impulsividade e que o cérebro de pessoas com menos de 21 anos é qualitativamente distinto de pessoas maduras quando se põe em risco de se tomar decisões*.

Não discordamos de tais posicionamentos, porém quando o assunto envolve seres humanos generalizações são perigosas. É evidente que as decisões tomadas por um adulto são pautadas por experiências de vida e, portanto, ao menos no plano ideal, são mais cautelosas e ponderadas. De um modo geral, quem viveu mais será mais sábio ao agir ou tomar decisões, pois possui a chamada *sabedoria prática*. No entanto, há menores que, por seu histórico de vida e desenvolvimento excepcional, atingem a maturidade muito antes do tempo considerado regular e este tipo de situação não pode e não deve ser ignorada. Ademais, há de observar que, no caso concreto, o menor não estará desamparado, pelo contrário, a proteção integral garante que o mesmo seja acompanhado por personagens sociais (os pais, tutores, o Estado-juiz, profissionais capacitados e etc.) que contribuirão para a tomada da melhor decisão.

Nesse sentido, caminha o princípio do melhor interesse do menor, no qual esses personagens sociais devem não substituir ou determinar o que é melhor para o menor, mas orientá-lo para agir ou decidir da melhor forma de acordo com suas convicções. Beauchamp e Childress (2002 *apud* MORAES, 2011) utilizam o termo “melhor” para designar a obrigação de maximizar os benefícios por meio de uma avaliação que compare as opções disponíveis, encontrando, assim, o conjunto das mais benéficas.

Um exemplo que pode ajudar na compreensão do que estamos defendendo é o caso dos jovens superdotados. São jovens dotados de aptidão acima da média nos mais variados

campos do saber humano. Durante a sua vida escolar e sob o olhar atento de seus responsáveis e educadores, é possível reconhecê-los e enquadrá-los num nível escolar compatível com seu grau de desenvolvimento, bem como é possível empreender atividades que estimulem e aprimorem seus dons. Não à toa, o Estatuto Civil brasileiro em seu artigo 5º, inciso IV, inclui como hipóteses de emancipação do menor a colação de grau em nível superior, conquanto abarca também situações excepcionais. As distinções legais dão conta, de certa forma, de reafirmar que cada ser humano é único e de que cada processo de desenvolvimento da sua personalidade também é singular.

Assim, entendemos que o critério etário seja importante para delimitar alguns marcos legais na vida de seres humanos em desenvolvimento como forma de garantir a proteção integral prevista na CF/88, nas convenções de direitos humanos sobre criança e adolescente e nas disposições infraconstitucionais, mas não deve ser determinante.

Como bem afirma Rivero (2007 *apud* VÁZQUEZ DE CASTRO, 2010) não há ‘menor’ e sim ‘menores’, pois dentro do universo infanto-juvenil existem diversos graus de desenvolvimento, um bebê de três meses não é igual a uma criança de quatro anos e um adolescente de quinze.

Vale ressaltar que, Rivero (2007 *apud* VÁZQUEZ DE CASTRO, 2010) assinala *que para que pueda hablarse de suficiente discernimiento del menor, más que a la edad cronológica hay que atender principalmente a sua edad mental o desarrollo síquico, que no guarda rigorosa equivalencia con aquélla.*

Assim, seguindo os posicionamentos de Rivero e Vázquez de Castro, advogamos que a teoria do menor amadurecido deve ser aplicada com fins de relativizar a regra geral e garantir que menores em graus diferentes de desenvolvimento tomem decisões compatíveis com suas aptidões físicas, psíquicas, intelectuais, emocionais e biológicas, pois isto significa promover o livre desenvolvimento da sua personalidade e por consequência garantir sua dignidade enquanto ser humano.

3 DA COMPLEXIDADE DO CASO E NÍVEL DE EXPOSIÇÃO: EXEMPLOS PRÁTICOS

A autonomia do menor é defensável em incontáveis hipóteses e até mesmo prevista em diversos dispositivos legais a exemplo dos já mencionados.

Como parte do livre desenvolvimento da personalidade do menor defendemos que a autonomia deve ser gradual e progressiva, levando-se em consideração o seu grau de maturidade, adotando-se, para tanto, a teoria do menor amadurecido nos mais diversos campos da ação humana como forma de garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana em formação.

Por certo, é necessário que haja, no caso concreto, uma adequação entre a complexidade do ato a ser praticado ou da decisão a ser tomada com o grau de maturidade e discernimento do menor, bem como há de se avaliar qual o nível de exposição (risco de violação de direitos fundamentais) a que o menor está se submetendo.

Rivero (2007 *apud* VÁZQUEZ DE CASTRO, 2010) defende que a avaliação da aptidão do menor deve ser realizada com o maior grau de objetividade possível, é necessário verificar o nível de desenvolvimento físico, psicológico e moral o que, em alguns casos mais graves, pode exigir a ajuda de um especialista. Por esse entendimento, continua Rivero (2007 *apud* VÁZQUEZ DE CASTRO, 2010) que “ao julgar sobre discernimento e maturidade de julgamento, além de outros dados psicológicos (...) deverá levar em conta se houve, no caso da pessoa no caso concreto, uma racionalidade mínima de opinião ou escolha concreta do menor; isto é, se o desejo expresso por ele é consciente para os fins previstos para essa pessoa”.

Voltemos ao exemplo da compra e venda realizada por um menor de dezesseis anos. É comum os pais, desde cedo, ensinar noções básicas de como a criança deve gerenciar seus recursos financeiros. Muitas vezes, os pais dão aos filhos as chamadas ‘mesadas’ fazendo com que a criança aprenda a administrar seu dinheiro seja no momento de adquirir o lanche na escola ou na hora de comprar o brinquedo novo. Essas noções são fundamentais para o desenvolvimento mental da criança, uma vez que ela é investida de noções básicas de gestão de recursos e de sociabilidade.

No entanto, ações simples como estas do cotidiano, não seriam possíveis se a legislação nacional e internacional não previssem normas principiológicas que garantissem a autonomia da criança e do adolescente para a prática de determinados atos compatíveis com a sua maturidade. Como já mencionados, a regra contida no Código Civil brasileiro afirma que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes (art. 3º, I), o que significa dizer que não podem praticar qualquer ato da vida civil, sendo o ato praticado nulo de pleno direito (art. 166, I). De forma que, pequenos negócios jurídicos como a compra e venda mencionada não seriam válidos juridicamente. A interpretação literal desta norma viola o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que obsta a formação intelectual da criança para lidar com os atos da vida civil e, decerto, em que pese mal redigida, não é este o espírito da norma, que visa à proteção do indivíduo em desenvolvimento.

Assim, utilizando essa linha de pensamento, entendemos que, na atualidade, um adolescente, de quatorze a dezesseis anos incompletos, tenha aptidão para praticar atos da vida civil, portanto, não concordamos que ele deva ser ainda considerado absolutamente incapaz pela legislação vigente, pois, conforme demonstrado por VELHO (*et a*, 2014) uma parcela significativa de especialistas que estudam adolescentes acreditam que jovens com quatorze anos já apresentam as habilidades necessárias para tomar algumas decisões e de decidir, inclusive, sobre a própria saúde. Digno de destaque é o fato de que questões relacionadas à saúde podem ter um alto grau de complexidade como, por exemplo, a escolha ou recusa de um tratamento médico¹⁰.

Além disso, a legislação brasileira¹¹ permite que jovens de quatorze anos trabalhem na condição de aprendizes, o que nos parece uma contradição, uma vez que se o jovem de

¹⁰ Vázquez de Castro (2010, p. 151-158) relata um caso médico-jurídico em que um menor de 13 anos se recusou a receber transfusão de sangue, pois professava ser Testemunha de Jeová. Mesmo o Hospital conseguindo autorização judicial para transfundi-lo, como o menor se encontrava consciente e continuava a afirmar, com grande temor, que não queria a transfusão de sangue, os médicos não a fizeram por questões éticas, bem como não houve jeito de convencê-lo. Com isso, o menor recebeu alta. A família buscou outros hospitais que pudessem realizar um tratamento médico sem sangue, no entanto, todos foram unânimes em afirmar que apenas a transfusão resolveria o problema. Uma decisão judicial determinou que uma Comissão Judicial entrasse na residência do menor para realizar a transfusão de sangue, o menor foi novamente transferido para o Hospital e, desta feita, a transfusão foi realizada, pois o mesmo já estava inconsciente, no entanto, em razão do grave estado que se encontrava o mesmo não resistiu vindo a falecer após a transfusão.

¹¹ CF/88, Art. 7º, XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Na Consolidação das Leis do Trabalho é reservado um capítulo (IV) para tratar do trabalho realizado por menores que vai do art. 402 ao 441.

quatorze anos está apto ao trabalho, ainda que na condição de aprendiz, por que não seria capaz de realizar outros atos da vida civil. Lembrando que, ainda nesta idade estaria assistindo por seus representantes legais, na condição de relativamente incapazes (art. 4º, I CC/2002).

No ECA, também é possível perceber uma influência da teoria do menor maduro em, por exemplo, seus artigos §§ 1º e 2º do art. 28, inciso XII do parágrafo único do art. 100, inciso V do art. 111 e § 2º do art. 45¹² que tratam sobre questões de guarda, tutela e adoção, sobre a aplicação de medidas proteção e garantias processuais.

Importante questão se apresenta com a possibilidade do menor ser ouvido como testemunha, uma vez que o depoimento do mesmo pode, por um lado, facilitar a investigação de um crime e, por outro lado, expor o menor a uma situação de risco, principalmente, quando envolve abuso e a criança é a única vítima e/ou testemunha do fato.

Segundo Azumbaja (2006 *apud* ARANTES, 2009), *nestes casos, a oitiva visa essencialmente produção da prova da autoria e materialidade [...] recaindo na criança uma responsabilidade para a qual não se encontra preparada.*

Arantes (2009) aborda a questão da metodologia do depoimento sem dano ao afirmar que o depoimento da criança em juízo é um direito, em que é possível diminuir os danos causados pela intervenção judicial.]

Deveras esta é questão delicada e exige um total acompanhamento do menor por uma equipe qualificada e preparada, conforme defende Rivero (2007 *apud* VÁZQUEZ DE CASTRO, 2010), para verificar a aptidão do menor em prestar o depoimento e avaliar os riscos de danos psicológicos. Azumbaja (2006 *apud* ARANTES, 2009) ao tratar sobre a hipótese capitulada no §1º do art. 28 do ECA, afirma que não se deve confundir a possibilidade da criança ser ouvida com sua oitiva cogente. De igual sorte, entendemos que

¹² ECA, Art. 28, § 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 seu consentimento, colhido em audiência. Art.100, XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei. Art.111, V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; Art. 45, § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

mesmo que a legislação autorize a oitiva de menores na qualidade de testemunhas, esta norma, não deve prevalecer sobre o melhor interesse do menor, caso seja constatado risco de dano.

Arantes (2009), para exemplificar a complexidade da questão da oitiva de menores em processos judiciais, apresenta alguns exemplos que envolvem riscos à integridade física e psíquica dos menores, como o caso do menor que depõe contra o genitor ou genitora em caso de abuso sexual, ou de menor que presencia a prática de um crime contra a vida ou mesmo ações de grupos armados. Nesses casos, a responsabilidade e o dano causado podem ser muito superiores ao fim a que se pretende o depoimento, pois há que se falar, inclusive, em risco de morte. Nesses casos, fará bem o Estado em preservar a integridade física e psíquica do menor respeitando sua liberdade em não ser ouvido caso isso venha a representar um grave risco.

4 CONCLUSÃO

Ao defendermos a autonomia da vontade da criança e do adolescente como forma de garantir seu livre desenvolvimento não estamos buscando igualá-los aos adultos o que afastaria o ideal de proteção aos indivíduos em desenvolvimento. Acreditamos que a proteção integral à luz da dignidade efetiva-se através de uma análise cuidadosa do interesse do menor (autonomia), do grau de maturidade (capacidade natural) e de complexidade da questão posta e do nível de exposição (circunstâncias).

Nesse ponto, o papel dos princípios é fundamental, uma vez que não podemos compreender o menor como um sujeito passivo desprovido de uma atitude e capacidade, pois isso implica na violação da sua autonomia e, por via, sua dignidade e seu livre desenvolvimento. Cabe à família no primeiro plano e ao Estado determinarem, através do olhar cuidadoso e atento, suas aptidões e capacidades ao longo do seu caminhar gradual e progressivo de desenvolvimento.

Entendemos que, do ponto de vista da aptidão, a idade não é um fator determinante, mas sim o fenômeno biológico, psicológico e social. De forma que, quanto maior for o grau de maturidade do indivíduo mais apto ele estará para o exercício de sua autonomia.

Defendemos a aplicação da teoria do menor amadurecido para questões que vão além de decisões clínicas em saúde, buscando promover a sua autonomia sob o manto da proteção integral garantindo-lhe seu livre desenvolvimento.

Assim, seguindo os posicionamentos de Rivero e Vázquez de Castro, advogamos que a teoria do menor amadurecido deve ser aplicada com fins de relativizar a regra geral e garantir que menores em graus diferentes de desenvolvimento tomem decisões compatíveis com suas aptidões físicas, psíquicas, intelectuais, emocionais e biológicas, pois isto significa promover o livre desenvolvimento da sua personalidade e por consequência garantir sua dignidade enquanto ser humano.

Por certo, é necessário que haja, no caso concreto, uma adequação entre a complexidade do ato a ser praticado ou da decisão a ser tomada com o grau de maturidade e discernimento do menor, bem como há de se avaliar qual o nível de exposição (risco de violação de direitos fundamentais) a que o menor está se submetendo.

Por fim, acreditamos que, paralelo às questões trazidas neste trabalho, se faz necessária, como bem defende Arantes (2009), a ampliação e aprofundamento *do debate na perspectiva da integralidade e da indivisibilidade dos Direitos Humanos, fortalecendo as políticas públicas inclusivas e de qualidade e valorizando o protagonismo infanto-juvenil.*

REFERÊNCIAS

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. **Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção versus autonomia?**. *Psicol. clin.* [online]. 2009, vol.21, n.2, pp. 431-450. ISSN 0103-5665. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-56652009000200012>. Acesso em: 02 jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04 jul. 2015.

_____. ECA (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 04 jul. 2015.

_____. Código Civil (2002). Brasília, DF. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 04 jul. 2015.

_____. DECRETO No 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990.
Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 04 jul.
2015.

_____. DECRETO Nº 4.134, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2002. Promulga a Convenção
nº. 138 e a Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre
Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Brasília, DF. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4134.htm> Acesso em: 04 jul. 2015.
MORAES, Reinaldo Santos de. **A teoria do "menor maduro" e seu exercício nas questões
referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira.** 2011. Dissertação
(Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UFBA, Universidade Federal da Bahia,
Salvador.

VÁZQUEZ DE VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martinez. **El principio de libre desarrollo
de la personalidad en el ámbito privado.** Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010.

VELHO, Maria Teresa Aquino de Campos; QUINTANA, Alberto Manuel; ROSSI, Alvaro
Garcia. Adolescência, autonomia e pesquisa em seres humanos. **Rev. Bioét.**, Brasília, v.
22, n. 1, p. 76-84, abr. 2014. Disponível em
<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-
80422014000100009&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100009&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso
em 30 jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422014000100009>.