

A CAPACIDADE CIVIL DA MÃE ADOLESCENTE: DIFICULDADES E BARREIRAS DE ACESSO DA MÃE ADOLESCENTE NO JUS POSTULANDI PRÓPRIO E REPRESENTATIVO (COMUM OU CONGÊNERE AO BPC).

[\[ver artigo online\]](#)

Anderson Tiago Brito Cavalcante¹
Luciane Costa e Silva Pinto²

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de compreender e exemplificar as nuances da capacidade civil da mãe adolescente, elidindo através de correspondências legais, doutrinárias e jurisprudenciais as dificuldades e barreiras de acesso de mães adolescentes no *jus postulandi* representativo comum e/ou congêneres ao BPC. No ordenamento brasileiro atual a maternidade não figura como causa antecipadora dos plenos efeitos da capacidade civil completa, ou seja, mitiga a capacidade postulatória própria da mãe adolescente e também atenua seus poderes representativos no asseguamento de direitos, como o BPC, inerentes ao tutelado. Neste sentido, buscou-se através do método exploratório, explicativo e qualitativo, a delimitação jurídica e axiológica da capacidade civil da mãe adolescente e seus percalços representativos pelo *jus postulandi* parcial. Da análise evidenciada aduz-se que os critérios do *jus postulandi*, por si só, dificultam e criam barreiras de acesso para mãe adolescente; em outro óbice também se evidenciou maculas para o poder familiar de representação em benefícios garantidos ao incapaz deficiente e concluiu-se pela exposição teórica e doutrinária de um cadafalso jurídico não debatido: a maternidade como critério de antecipação da capacidade civil plena.

Palavras-chave: Capacidade. Civil. Mãe. Adolescente. Acesso.

THE CIVIL CAPACITY OF THE TEENAGE MOTHER: DIFFICULTIES AND BARRIERS OF ACCESS OF THE TEENAGE MOTHER IN THE INDIVIDUAL AND REPRESENTATIVE JUS POSTULANDI (COMMON OR CONNECTED TO BPC).

ABSTRACT

This article aims to understand and exemplify the nuances of the civil capacity of the teenage mother, eliding through legal, doctrinal and jurisprudential correspondences the difficulties and barriers of access of teenage mothers in the common representative *jus postulandi* and/or connected to the BPC. Current in the Brazilian legal system, maternity does not appear as an anticipating cause of the effects of full civil capacity, that is, mitigating the postulatory capacity of the adolescent mother and also decreasing her representative rights, especially related to BPC. In this way, through the exploratory, explanatory and qualitative method, was tried to explore the legal and axiological delimitation of the civil capacity of the adolescent mother and its representative mishaps by the partial *jus postulandi*. From the evidenced analysis, it appears that the *jus postulandi* criteria, by themselves, make it difficult and create barriers to access for teenage mothers; in another point of view were also evidenced the family power of representation difficulties in benefits guaranteed to the incapable and disabled and it was concluded by the theoretical and doctrinal exposition of an undiscussed legal scaffold: the maternity as a criterion for anticipating full civil capacity.

Keywords: Capacity. Civil. Mother. Adolescent. Access.

¹ Acadêmico de Direito. UNIRON. Rondônia. E-mail: tiagocavalcanteamperes@gmail.com.

² Professora Orientadora, Advogada, Mestre e Especialista. UNIRON. E-mail: lucianecostaesilva@gmail.com



INTRODUÇÃO

A capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro existe enquanto característica do sujeito de direito em manifestar vontades, opiniões e decisões sem que haja consentimento ou validação de terceiro. Tem-se disposto nos artigos do Código Civil que a pessoa até 16 anos é considerada “absolutamente incapaz” na expressão de seus direitos e obrigações, ou seja, para expressar características e direitos jurídico-sociais esta necessita de representação. Em outro óbice, aqueles que são maiores de 16 anos, mas ainda não atingiram a maioridade (menores de 18 anos) possuem a chamada “incapacidade relativa”, significando dizer que embora possam, em alguns casos, manifestar direitos sem o acompanhamento do responsável, ainda sim são assistidos por estes na validação desta vontade.

A capacidade civil da mãe adolescente precisa ser compreendida por primas técnicos e preventivos (no ponto de vista jurídico), visto que a adolescência consiste no período de 12 a 18 anos, e este período possui duas formas de incapacidade: a absoluta e relativa.

Outro parâmetro conceitual válido é expressar os meios jurídicos permissivos sobre a antecipação (emancipação) desta capacidade plena, sendo estes a (1) concessão dos pais; (2) o casamento; (3) pelo exercício de emprego público efetivo; (4) pela colação de grau em curso de ensino superior; (5) pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego (nos casos em que o menor de 16 anos tenha economia própria).

Ato contínuo, considerando que a maternidade na adolescência não é parâmetro para antecipação da capacidade plena, urge outro meandro jurídico válido: os direitos de um absolutamente incapaz estar sendo tutelado por outro indivíduo não plenamente capaz. Ou seja, os direitos da criança tutelada são geridos por uma mãe que conceitualmente também possui seus direitos tutelados (ou absolutamente ou relativamente). Fato é que independente da espécie de tutela imposta sobre a mãe (absoluta ou relativa) esta encontra-se incapacitada de garantir, defender ou postular sobre os direitos do próprio filho de forma independente, figurando conduta atípica ao ordenamento, e sendo fulcro do presente artigo.

Noutro diapasão, diante desta imparidade gestacional da mãe para com seu tutelado (também incapaz) fomentam-se inúmeras possíveis supressões a garantias jurídico-sociais que afetam tanto a vida do tutelado quanto da mãe adolescente que dever-lhe-ia representar. Nesta gama de situações, urge como outro mote comparativo a concessão do benefício da prestação continuada (BPC) a bebês deficientes, e a função da mãe no pleito por estes direitos.

O exercício do poder familiar nos casos de maternidade juvenil (leia-se adolescência) presume que a adolescente estará sendo assistida por seus responsáveis para o exercício de capacidade relativa própria (ou representativa no caso dos direitos do filho da menor), assim, tem-se como efeitos práticos, que os responsáveis da mãe adolescente sub-roga-se em dois direitos representativos: o primeiro no exercício da supervisão/corroboração de vontade da relativamente capaz (mãe) e o segundo pela influência indireta em direitos representativos da mãe sobre o absolutamente incapaz (filho).

Destarte, percebe-se que a capacidade relativa da mãe adolescente (nos casos em que esta possui entre 16 e 18 anos) encontra vínculo de dependência com a opinião de terceiros – fato que pode obstar sua função materna completa; isto quando não se postula sobre casos em que a mãe adolescente (entre 12 e 16 anos) encontra-se com status de absolutamente incapaz.

O *jus postulandi* neste caso possui diversas facetas visto que não representam apenas a capacidade representativa individual da mãe, mas também a representação materna sobre a garantia de direitos constitucionais ao absolutamente incapaz tutelado. Suscitar-se-á alhures sobre possíveis soluções que viabilizem a aplicabilidade do *jus postulandi* materno-juvenil na garantia dos interesses do tutelado, em voga de analisar a juridicidade teórica da emancipação da mãe relativamente incapaz para defesa completa e independente dos interesses de seu filho.

1 ASPECTOS JURÍDICOS DA CAPACIDADE CIVIL DA MÃE ADOLESCENTE EM PARALELO AO EXERCÍCIO DA GUARDA E DO PODER DE FAMÍLIA

A capacidade civil é a capacidade que toda pessoa possui em exercer direitos e adimplir deveres, ou seja, é a aptidão para a prática dos atos da vida civil, sendo esta dividida entre a capacidade de direito e a capacidade de fato (exercício). Dentro dessa divisão podemos compreender que, todas as pessoas podem ter capacidade de direito, mas nem todas podem exercer esse direito, ou seja, o próprio Código Civil brasileiro estipula quem são aqueles considerados incapazes para os atos da vida civil, sendo absolutamente incapazes os menores de 16 anos e relativamente capazes aqueles que possuam entre 16 e 18 anos incompletos. Em relação à extinção da menoridade civil em meio alternativo a maioridade (18 anos), o Código Civil estabelece algumas situações, vejamos:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (BRASIL, 2002).

Mister salientar que além de não evidenciar a maternidade juvenil como meio de antecipação da maioridade, a lei é silente sobre outros meios de manutenção independente da maternidade nos casos de incapacidade absoluta ou relativa da genitora; dando azo a interpretação sobre um poder representativo duplo aos pais da genitora.

A incapacidade absoluta impede que a pessoa exerça qualquer de seus direitos. O exercício dos direitos é feito mediante a figura do representante legal, assim entendido o que o direito impõe nessas circunstâncias. Os pais são os representantes legais de seus filhos até que completem dezesseis anos. (LOBO, 2021, P.37)

Nesse entendimento observamos que existe uma espécie de limitação quanto ao pleno exercício da maternidade da mãe adolescente no *jus postulandi* próprio e representativo relativo à genitora; razão que pode tornar-se um fator complicador face as responsabilidades e aos desejos filosóficos e morais da mãe no que tange o crescimento do filho tutelado em vista do exercício pleno do poder familiar.

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade [...] A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade” (GOMES, 2001, P.62)

Neste sentido concebe-se que o direito por si só, sem capacidade de exercício, reflete uma supressão que pode ser benéfica para frear (ou contrapesar) impulsos imaturos de uma mãe adolescente despreparada, como também pode ser maléfica ao restringir os direitos de tutela e

proteção da mãe adolescente sobre possíveis ingerências e/ou influências negativas dos tutores da genitora, que neste caso, exercem um duplo grau de decisão.

Em similar diapasão, encontramos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ainda sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, princípios norteadores da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo o direito à vida e o direito a ter direito o fator que permite todos os demais direitos fundamentais básicos.

[...] apesar da ausência da plena capacidade civil, as pessoas em desenvolvimento têm o poder de ostentarem, como titulares, prerrogativas inerentes ao exercício de direitos fundamentais. Poderão exercer livremente os direitos humanos reconhecidos internamente, que, positivados, passam a ostentar o status de fundamentais. Ademais, por serem pessoas em desenvolvimento, deverão as crianças e os adolescentes ter todas as oportunidades e faculdades para potencializarem o seu estado físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (ROSATO, 2021, P.104)

Neste prisma, obsta-se que a oportunidade da mãe adolescente exercer o pleno poder familiar potencializa seu estado moral e social lhe proporcionando liberdade e dignidade. De outro giro, também se concerne o entendimento filosófico que a maternidade em si, capacita-a (ou ao menos deveria capacitar) a um novo status de capacidade civil condizente com sua nova função social: a maternidade.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e a educação;
II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

Urge desta premissa que assim como o poder familiar pode ser cessado em condições especiais, este em mesma linha hermenêutica deveria ser concedido a mãe adolescente no sentido de permitir-lhe o melhor interesse e a proteção dos filhos.

O Código Civil expõe que o exercício do poder familiar compete a ambos os pais, sendo que tal autoridade temporária e condicionada ao melhor interesse do tutelado (filho) podendo cessar pela emancipação, pela maioridade, ou pela cassação do poder de família.

O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos. (DINIZ, 2022, P.48)

Observa-se que apesar do Código Civil externar o poder de guarda aos pais na busca do melhor interesse do menor, o legislador não se atentou a possibilidade do exercício desse poder nos casos de maternidade juvenil, ficando assim, essa responsabilidade estendida aos avós (pais da genitora). De todo modo, ainda que existam pontos passíveis de melhora, nota-se um avanço na legislação atual comparada ao exercício do poder familiar previsto no Código Civil de 1916, visto que sequer a mãe absolutamente capaz era detentora do poder familiar, sendo este concentrado na figura do pai através do pátrio poder.

Ato contínuo, a própria expressão “poder familiar” é recente ao ordenamento brasileiro e parte da nova concepção de direito moderno, sendo incluída no Código Civil por sugestão de Miguel Reale face o antigo Código (de 1916) utilizar, como levantado alhures, a expressão “pátrio poder” como forma de atribuição ao poder de decisão sobre os tutelados menores, atribuindo a capacidade gestacional do filho as decisões do pai, que poderia ser sugestionado pela mãe – mas que em caso de discordância, segundo artigo 380 do CC/1916, a opinião prevalente seria a paterna.

Paulo Lobo⁷ discorre sobre a falta de cabimento desta nova expressão, visto que mesmo estando melhor aplicada que a anterior, família torna a semântica muito abrangente, ressaltando “[...] que as legislações estrangeiras mais recentes optaram por 'autoridade parental'. [...], desenvolvendo este raciocínio, emenda-se alhures:

[...] autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada. 'Parental' destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe. (LOBO, 2008, P. 269)

Outro ponto importante que reflete a necessidade da mãe (mesmo adolescente) poder exercer tal poder de forma independente passa pela inteligência de irrenunciabilidade do poder familiar. O poder familiar conforme ver-se-á alhures, transpassa a mera representatividade básica, motivo que se opera razão a mãe adolescente, em desejar, de forma independente (sem influência de terceiro que não o genitor) definir o destino e as necessidades do filho.

"[...] intransferível, inalienável, imprescritível, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados."(DIAS, 2013, P.436)

Nos tópicos seguintes, o pleito de benefícios sociais e até mesmo a concessão de direito básicos passa pela capacidade postulativa da mãe (mesmo que adolescente) em exercer seu papel materno no *jus postulandi*, sendo esta assistência parental que lhe recai em face da capacidade relativa, uma supressão de direitos e um fato atípico da capacidade civil e/ou das causas de emancipação.

[...] de Clóvis Bevilacqua, como sendo 'o complexo dos direitos que a lei confere aos pais sobre a pessoa e os bens do filho', até a noção conceitual da autoridade parental (ou poder parental) de Waldyr Grisard Filho como 'o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual e social', muitas transformações ocorreram na sociedade brasileira e na própria comunidade internacional a motivarem a mudança do centro de interesses tutelados, da pessoa dos pais (ou do pai-marido) para a pessoa dos filhos. (GAMA, 20089, P. 469)

Destarte, nota-se que o poder familiar enlaça uma relação jurídica entre os pais e seus filhos; sendo centro da relação o exercício representativo de direitos pessoais e/ou materiais refletidos pelas relações de parentesco definidas no Direito Pessoal do Código Civil de 2002.

Nesta toada, segundo o artigo 229, 1ª parte, da Constituição Federal, a educação dos filhos, a atribuição de valores filosóficos e imateriais e a luta por seus direitos é função exclusiva dos genitores, sendo definida didaticamente por Motauri Ciocchetti (SOUZA, 2010, P.13) como “*educação informal*”.

Urge desta premissa um tópico importante da presente reverberação crítica, principalmente sobre os casos de representatividade secundária (ou colateral), onde os pais da genitora (mãe adolescente) são responsáveis pela filha que se tornou mãe, como também são – ao menos

teoricamente – os responsáveis colaterais pelo filho diante da incapacidade civil relativa que se apresenta.

No entanto, os adolescentes são sujeitos de direito conforme extraiu-se alhures, com direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ECA. Dentre estes direitos basilares está o direito à liberdade (incluindo-se a liberdade de escolha). Exemplo disso é o ECA que postula em seus dispositivos o direito da criança ser ouvida e até recusar adotantes.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.
[...] § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. (BRASIL, 1990)

Nota-se, neste sentido, que a definição e os efeitos da incapacidade absoluta trazida pelo Código Civil não respeitaram os direitos das crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos – ignorando que estes não são mais apenas objetos de direito –, desrespeitando, portanto, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Da mesma forma que adolescentes possuem o direito de rejeitar uma família adotiva, um lar adotivo, e até mesmo formar convicção de terceiro sobre a homologação da adoção, as mães com menos de 16 anos merecem ter seu direito representativo e/ou poder familiar conservado (ainda que assistido), e não serem reféns de uma terceira vontade, que pode ou não ser similar a sua própria.

Em casos saudáveis em que haja uma relação de confiança e independência entre os pais e a genitora (mãe adolescente) sobre os aspectos desta educação informal (subjéctiva), a baliza torna-se simples porque há concordância e diálogo – mas considerando o parâmetro técnico jurídico e o senso comum atual, olvide-se a suposição de tratar de uma família desestruturada e divergente sobre o campo subjéctivo religioso, moral e intelectual, onde os avós da criança tendo o poder familiar sobre a genitora, e colateralmente sobre a criança tutelada, por motivos desconhecidos não atentasse ao melhor interesse da própria filha, tampouco do seu neto (filho da genitora). Neste caso, diante de um caso atípico, que é desconhecido cientificamente sobre sua repetição, e/ou acontecimento atual – mas que suscita a dúvida sobre o real detentor do poder familiar que atenda o melhor interesse da criança.

Neste campo de concepção, o poder deveria ser atribuído a quem que geriu, pariu e deu a luz, ou os avós que possuem o poder familiar (jurídico e teórico) sobre a genitora e colateralmente sobre o filho desta? A capacidade civil de um ou de outrem reflete o melhor interesse da criança, ou a cega vontade burocrática de seguir um conceito ultrapassado de capacidade civil relativa da mãe adolescente (maior de 16 anos) invés de reinventa-lo para melhor atender a realidade destas mães e ainda garantir o *jus postulandi* mais benéfico ao representado? Em mesma luz argumentativa, vejamos a sabedoria da sentença do juiz caucasiano Azdak na parábola do círculo de giz:

"Na lenda do círculo de giz, o juiz caucasiano, faz colocar a criança num círculo de giz. Cada uma das pretensas mães deve tomar a criança pelo braço e puxá-la para fora do círculo. As duas ao mesmo tempo. A que conseguir revelar-se-á a mãe verdadeira. Assim como no episódio de Salomão, aqui é a renúncia à lesão do filho que vai indicar à autoridade o deferimento da guarda: à mãe biológica ou a mãe social. Parece importante observar que Azdak, o juiz caucasiano, não ignora que atenta contra o vínculo da consanguinidade. E por que o faz, não obstante? Por que decide confiar o menino a uma simples criada, pobre e inculta, que na opinião do próprio juiz, não devia saber mais de 'vinte palavras', ao invés de dá-lo à outra pretendente, pessoa da nobreza e que, além de tudo, o concebeu - para usar as palavras de um dos seus advogados - 'no sagrado, êxtase do amor', carregou-o no seu ventre, alimentou-se com o seu sangue' e 'o pariu com dor'? Vejamos, antes, em resumidas palavras, os antecedentes da questão. Numa cidade da Grusínia governava 35 um rico senhor, até que, sobrevindo uma sublevação, é vencido e decapitado. Sua mulher e a criadagem organizam apressadamente a fuga, para não caírem nas mãos dos insurretos. Um incómodo obstáculo se interpõe aos seus planos: Miguel, o pequeno filho do Governador deposto, a quem a mãe acaba preterindo aos vestidos que deseja, a todo custo, meter na carruagem. Gusche, uma criada, se compadece do menino, resiste aos apelos instintivos para também fugir e, enfrentando perigo, fome e frio, assume-lhe decididamente a proteção. Refugia-se nas montanhas, onde sofre vergonha e, de novo privações. Uma reviravolta política e o Grão-Duque, então afastado do poder, recupera-o. A antiga ordem se restabelece. O pequeno Miguel é localizado, retirado de Grusch e levado ao Tribunal, para que este lhe decida o futuro. Nos debates do Tribunal, percebe-se que a recuperação da criança é condição para que a mulher do Governador entre na posse da considerável riqueza da família. A prova é, então, preparada. O menino é levado para o círculo de giz e, nesse momento, sorri para Grusch. Convocadas pelo Juiz, as litigantes tomam posição. Grusch acaba por soltar a criança, que a mulher do Governador, ao contrário, puxa para si. Expressões de vitória. Mas o Juiz manda repetir a prova. E Grusch, mais uma vez, solta o menino. Desesperada, vira-se para o Juiz e exclama: 'eu o criei! Devo agora machucá-lo? Não posso fazê-lo. 'Ato continuo, Azdak, o irreverente Juiz, que só se utiliza do Código para sobre ele se assentar, levanta-se e sentencia: o Tribunal está convencido de quem seja a verdadeira mãe.' E, voltando-se para Grusch: 'toma o teu filho e leva-o.' " (VILLELA, 1980, P.49)

Observa-se que neste caso, o Juiz mencionado mesmo sendo exclusivamente técnico e legal, contraria o esperado (e o juridicamente assentado) de devolver o filho a quem a lei mandara (a mãe biológica, no caso), visto que percebeu pelo “círculo de giz” que à quem a lei atribuía o direito do poder familiar não era quem representava o melhor interesse sobre o direito e a proteção da criança.

Neste sentido, a guarda ultrapassaria o sentido etimológico do poder de família, visto que na dissonância sobre o que é o melhor para o filho da adolescente, esta e seu responsável podem divergir sobre a criação e educação da criança – razão que deveria operacionalizar prioridade ao direito de escolha da adolescente em detrimento da opinião da mãe da genitora adolescente que possua o poder familiar colateral.

“Tê-los em sua companhia e guarda, pois esse direito de guarda é, concomitantemente, um poder-dever dos titulares do poder familiar. Dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores. Se confiarem a sua guarda de seus filhos a pessoa que sabem que os prejudicará material ou moralmente cometerão o delito previsto no Código Penal, art. 245”. (DINIZ, 1999, P.444)

Outro ponto interessante de reverberar nestas linhas é que embora a maternidade na adolescência (acima de 16 anos) não seja causa de antecipação da capacidade civil, no Brasil, o casamento (uma das causas legais de emancipação) pode ocorrer na mesma idade (acima dos 16 anos); ou seja, o casamento é juridicamente considerado causa de antecipação da maioridade, enquanto a maternidade (função que exige mais dos direitos civis) não o é.

Assim, diante do instituto da família moderna, onde conceber prole não guarda vínculo com casamento, restringir o acesso pleno da mãe adolescente à sua capacidade civil pleno exclusivamente pelo casamento é uma via semanticamente ilógica, visto que burocraticamente esta bastaria casar-se com pai da criança para possuir sua capacidade absoluta e assim poder gerir seu poder familiar sem influencia de terceiros. Razão que além de não presumir lógica factual, retroage a tempos rudimentares em que a mulher não era livre e dependia de um homem para ter acesso a sua manifestação.

Ou seja, permitir que o casamento com 16 anos seja causa de emancipação enquanto a maternidade no período de incapacidade relativa não produza mesmo efeito é um absurdo vácuo interpretativo da capacidade civil do cidadão maior de 16 anos (e menor de 18). Ora, se este pode casar-se, votar e expressar suas vontades de inúmeras formas jurídicas e sociais, resta o questionamento retórico sobre quais razões vedariam a mãe adolescente (maior de 16 anos) ter acesso ao ser poder familiar completo visto que já possui capacidade de gerir, parir e cuidar fisicamente das necessidades do filho – e até mesmo casar-se – tão logo, seu poder familiar não deveria estar atrelado ao casamento, e sim a uma concessão da emancipação de seu direito pleno em benefício do melhor interesse da criança (sem interferência externa).

2 DIFICULDADES E BARREIRAS DE ACESSO DAS MÃES ADOLESCENTES NO *JUS POSTULANDI* REPRESENTATIVO COMUM E/OU CONGÊNERE AO BPC.

O direito reverbera na modernidade enquanto ferramenta social de igualdade, justiça, equilíbrio e liberdade – sendo indispensável a garantia de direitos a todos, sem distinção de idade, credo, raça ou definição. Outrossim, ainda que na modernidade essa premissa seja uníssona e indiscutível, nem sempre ocorreu desta forma. Somente após o período da 1ª e 2ª guerra mundial a comunidade internacional começou a perceber as necessidades individuais de grupos específicos, neste interim do artigo, um olhar para os direitos e deveres das crianças e dos adolescentes; observa-se que somente em 1959 foi aprovada a Declaração dos Direitos da Criança, fato este que só pode ser discutido após a comunidade observar o grande número de órfãos após a morte familiar causada pela guerra. Após a aprovação da Declaração frente à Assembleia Geral da ONU, a criança deixa de ser um objeto de proteção para ser considerado um sujeito de direitos.

Embora sendo uma declaração aprovada em uma Assembleia geral da ONU, esta não possuía caráter obrigatório entres os Estados, fato que dificultou sua efetividade ideal, sendo necessário um novo documento que tivesse essa força de coerção. Assim surgiu a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, também conhecida como Convenção de Nova York, nela, a criança passou efetivamente a concepção de sujeito de direitos com integral proteção.

O BPC também está disposto na LOAS, especificamente no artigo 20 da lei orgânica mencionada e intui procura pela garantia e efetivação da dignidade da pessoa humana em vista

da insuficiência social por capacidade reduzida e/ou pela impossibilidade de manutenção de suas necessidades por sua família.

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) (Vide Lei nº 13.985, de 2020). (BRASIL, 1993)

Obsta-se firmemente nas linhas anteriores que o papel da mãe, adolescente ou não, por si só carrega uma função social; portanto, este papel no *jus postulandi* do pleito pelo BPC do filho incapaz torna essa função mais vigorosa face uma espécie de dupla função social que esta passa a exercer. Neste aspecto, cumpre-se evidenciar os §2 e §3 do art. 20 da LOAS.

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (BRASIL, 1993)

Ato contínuo, outro aspecto importante do presente artigo é o paralelo entre o *jus postulandi* próprio e/ou representativo quando relacionado ao papel da mãe (adolescente ou não) no pleito pelo acesso ao BPC - especialmente em voga da falta de independência civil da mãe em representar seu filho conforme elencado alhures nos tópicos anteriores.

Destarte, em linhas gerais, o princípio do acesso à justiça, visto sob o ângulo do liberalismo, correspondia, quase que exclusivamente, ao acesso ao Poder Judiciário, pouco importando se ao final do processo a parte teria, efetivamente, tutelado o seu direito. Tratava-se, assim, de uma visão estritamente formal do acesso à justiça, como mero contraponto à institucionalização do poder político e a subsequente vedação, imposta pelo Estado, à autotutela. (BARREIROS, 2009, P.170)

A solidificação dos direitos, entretanto, está intimamente relacionada a capacidade do direito chegar, de fato, à quem faz jus. Nos casos em que a mãe adolescente é privada de representar seu filho no pleito por tal direito, não apenas se viola a honra da função materna, como também suprime parte do garantismo humanitário ao qual o BPC busca evidenciar.

Abordagens pluralistas sugerem que o corpo deficiente é muito mais do que um fenômeno fisiológico, é também um sujeito socializado e uma construção discursiva. A incapacidade seria então o resultado de uma interação entre biologia, estrutura social e institucional. O desafio é entender a relação complexa entre fatores biológicos e sociais, refinando a análise da relação entre deficiência e incapacidade, a partir da percepção do corpo como fenômeno biológico e produção social. (SAMPÁIO, 2009, 476)

Nesta linha argumentativa, em 1993 foi definida a organização da assistência social através da lei 8.742 (conhecida como LOAS), nela está refletido o papel do Estado sobre a garantias e formas de assistência social a todo cidadão em vulnerabilidade, bem como os requisitos de sua aplicabilidade – reforçando que se trata de política não contributiva.

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. (BRASIL, 1993)

Neste diapasão percebe-se que o papel da mãe ultrapassa o mero cuidado, mas cumpre uma função social acessória do Estado ao exercer o *jus postulandi* representativo; assim, a inoperabilidade desta função materna de representatividade também obstaculiza parte da função social do Estado e reflete-se também em maculas aos direitos sociais da criança.

Outro direito-dever importante é a maternidade, concebida enquanto um ônus obrigatório que se reflete em todos os aspectos físicos, sociais e psicológicos da mulher, e que ao mesmo passo é recompensado pela vida e pela convivência com seu filho – o papel da mãe neste óbice desvincula-se de faixa etária e relaciona-se à uma função sagrada e extremamente digna paralela à tutela, aos cuidados e a representação dos direitos de sua prole.

[...] preconceitos, crendices, e outros erros [...] bem como a razão dos seus prejuízos, deverão desaparecer da linguagem do nosso povo, como o auxílio de todos, e, em particular, daqueles que me compreendem. Frisemos que às mães devem interessar, acima de tudo, a saúde e o bem estar do seu filho, assim como todos os cuidados que contribuam para torná-lo um cidadão válido e eficiente. (VASCO, 1945, P.3)

Mister salientar, por oportuno, que a função representativa da maternidade na defesa dos interesses do filho está principalmente vinculada à uma prerrogativa do filho e não da mãe – sendo sua atribuição intimamente relacionada ao papel filosófico da maternidade – ou seja,

privar uma mãe de representar os melhores interesses de seu filho não ofende apenas seus direitos, mas sim ataca diretamente o desenvolvimento e o melhor interesse da criança.

No Brasil pós Constituição Federal de 1988 instituiu-se a proteção integral da criança e do adolescente, fato que proporcionou a redefinição sobre paradigmas ultrapassados sobre a pessoa em desenvolvimento e fundamentou a prioridade absoluta desta relação e afastou a concepção que este possuía apenas direitos colaterais.

O acesso a direitos e prerrogativas sociais no Brasil nunca foi simples, e apesar de compreender-se a importância deste acesso nos tempos atuais, é necessário que se discuta melhorias que viabilizem o acesso ao BPC.

Apesar da evolução crescente da população beneficiada pelo BPC, dados de 2005 indicam que apenas 37,16% das requisições resultaram em concessão do benefício, configurando-se um índice elevado de indeferimentos e “negativas” frente ao volume da demanda. Dentre as razões para a taxa significativa de 62,84% de requerimentos negados, prevaleceu, como principal motivo para os indeferimentos, a avaliação da perícia médica do INSS (40,93%), resultante da não caracterização de existência de incapacidade do requerente para a vida independente e o trabalho. (IVO, 2011, P.35)

Outrossim, ocorre que parte da macula enfrentada pela mãe adolescente em seu papel materno completo, ronda a capacidade civil mitigada pelo INSS limitar sua capacidade postulatória a anuência ou corroboração de seus responsáveis – fato que conforme trazido nas linhas acima, pode operar em cadafalsos jurídicos que obstam o acesso a justiça e o exercício do poder familiar.

Por sua vez, a Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, editada para especificar os procedimentos contidos no Regulamento (Decreto 3.048/99), estabelece todo um *iter* procedimental a ser observado pelos servidores da autarquia (INSS) na hipótese de recebimento do benefício por representante legal, consoante as seguintes regras:

Art. 406. O titular do benefício, civilmente incapaz, será representado pelo cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador, admitindo-se, na sua falta e por período não superior a seis meses, o pagamento a herdeiro necessário, na forma da lei civil, mediante termo de compromisso firmado no ato do recebimento.

§ 1º O pagamento de benefícios aos herdeiros necessários, além do prazo previsto no caput, dependerá da comprovação do andamento do respectivo processo judicial de tutela ou curatela.

[...]

§ 5º A tutela, a curatela e o termo de guarda serão sempre declarados por decisão judicial, servindo, como prova de nomeação do representante legal, o ofício encaminhado pelo Poder Judiciário à unidade do INSS.

§ 6º Tutela é a instituição estabelecida por lei para proteção dos menores, cujos pais faleceram, foram considerados ausentes ou decaíram do poder familiar.

§ 7º Curatela é o encargo conferido a uma pessoa para que, segundo limites legalmente estabelecidos, cuide dos interesses de alguém que não possa licitamente administrá-los, estando, assim, sujeitos à interdição, na forma do Código Civil.

§ 8º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos de guarda legal de menor incapaz, concedidas no interesse destes.

[...]

Art. 407. O curador e o tutor somente poderão outorgar mandato a terceiro *mediante instrumento público*, na forma do art. 400. (INSS, 2010)

Neste Aspecto, é importante mencionar que a Constituição Federal de 1988 define a Seguridade Social como um tripé que envolve Saúde, Previdência e Assistência: tripé em que saúde deva ser universal e gratuita; a previdência contribua como seguro social-econômico; e a assistência como forma de redistribuição de renda. Ou seja, suprimir o acesso da mãe ao condiciona-la a representação de seus responsáveis (avós da criança) como atualmente faz o INSS por meio de instruções normativas e/ou leis infralegais, ultraja e açoita o acesso à justiça e a evolução conquistada pelo ECA e confirmada pela Constituição Federal de 1988.

A proteção e a garantia destes direitos estão ligadas por laços mais fortes do que mera acepção jurídica ou técnica da lei, mas sim pela função filosófica do estado em suprir as dificuldades de seus tutelados através de programas e benefícios sociais que compensem a inatividade financeira e confira um novo status econômico de redistribuir renda. Ou seja, o papel da mãe nestes casos exprime a personificação dos direitos da criança e do adolescente, sendo seu impedimento um ultrage ao caráter iluminista da Constituição Federal. Outro aspecto interesse é o suporte econômico do BPC no trato de uma criança com necessidades e cuidados mais especiais – principalmente nos casos em que a mãe adolescente ainda não se encontra estabilizada financeiramente face ao prematuro papel materno-juvenil.

Nesse sentido, é importante considerar que as necessidades dos beneficiários não se esgotam no direito à renda de sobrevivência, pois a transferência dessa quantia cumpre um objetivo, mas não alcança sua completa efetividade se não estiver organicamente vinculada às outras ações de políticas sociais. (BRASIL, 2007)

Diante de tal problemática quando mencionada a dificuldade de acesso ao BPC pelo senso comum, questiona-se o quão potencializadas são as maculas que uma mãe adolescente (relativamente capaz) suporta no pleito pelos direitos de seu filho; ou seja, a falta de independência civil carregada por esta mãe retroage para atrapalhar sua função social materna e ainda obstaculiza a função social de programas como o BPC.

O acesso à justiça possui uma grandeza histórica, uma vez que era somente compreendida nos séculos XVIII e XIX como uma possibilidade do cidadão de requerer ao Estado através da propositura ou contestação de uma ação o direito ao acesso à proteção judicial, tendo o Estado como objetivo único não permitir que os direitos das pessoas fossem violados por terceiros. (CAPPELLETI, 1988, P.233)

Neste prima, consome-se que a supressão do acesso à justiça a mãe adolescente em voga do *jus postulandi* representativo reduzido por sua capacidade civil relativa além de institucionalizar uma barreira sobre os efeitos sociais do BPC também figura como um dos maiores cadafalsos jurídicos da modernidade visto que ao relativamente capaz (leia-se entre 16 e 18 anos incompletos) se permite premissas e obrigações como votar e casar ao passo que restringe e bloqueia o acesso à justiça, o direito de representação materno e a função social do Estado pela falta de disposições e critérios jurídicos que permitam a mãe adolescente relativamente capaz exercer os poderes de representação sobre o filho de forma independente e não assistida/influenciada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Porquanto extrai-se das linhas do presente artigo percebe-se que os direitos civis são garantidos pela própria evolução jurídica do direito moderno refletido pela Constituição Federal de 1988, que o acesso a justiça existe enquanto balizador de eficácia material destes direitos e que a criança e o adolescente também são figuras de direitos independentemente da capacidade civil de postulá-los. Evidencia-se que, embora tenhamos conquistado inúmeras evoluções semânticas e doutrinárias sobre o direito civil de mulheres e crianças, ainda existem maculas – e, portanto, existem pontos de melhoria – que devem ser discutidos e apreciados em benefício da melhor aplicação do direito e de uma acessibilidade real aos direitos tutelados pela carta magna.

Em similar diapasão, comprova-se que ainda existem cadafalsos hermenêuticos que formam barreiras e dificultam o papel materno-juvenil do sujeito relativamente capaz ao vincular

suas decisões a corroboração ou autorização de terceiro interventor que monopoliza o direito representativo sobre a mãe adolescente, e colateralmente sobre seu filho; dando azo a brechas que possam relativizar o melhor interesse da criança em voga de preciosismos ultrapassados sobre a capacidade civil.

Ato contínuo, fomentou-se argumentos sobre a capacidade civil do relativamente capaz (entre 16 e 18 anos incompletos) sobre suas capacidades civis e sobre as formas de emancipação e pleno gozo de prerrogativas civis; expondo que, por desídia ou falta de modernidade das leis que versam sobre o direito de família, atribui-se o casamento como fato antecipador de direitos, enquanto a maternidade – função que carece e exige amplos poderes de decisão – não o é.

Não obstante, demonstrou-se aspectos jurídicos e hermenêuticos da capacidade civil da mãe adolescente em paralelo ao exercício da guarda e do poder de família; refletindo os efeitos desta capacidade civil suprimida/condicionada c/c consequências no desenvolvimento da criança e na defesa dos direitos e benefícios do absolutamente incapaz tutelado por uma mãe adolescente relativamente capaz, em especial em paralelo ao BPC.

Em mesmo giro, demonstrou-se os aspectos socioeconômicos do BPC, tanto por sua capacidade assistencial quanto de redistribuição de renda e/ou inserção financeira; bem como argumentou-se sobre a independência que o BPC fomenta a mãe mal inserida no mercado financeiro permitindo que esta possa prover ao seu filho os cuidados e a atenção necessária para um desenvolvimento saudável sem precisar ausentar-se do lar e/ou tornar-se refém de benevolências, pressões ou chantagens familiares.

Por todo elencado nota-se que o direito perfeito é uma utopia inalcançável visto que sempre existirão sujeitos suprimidos na sociedade, logo, conseqüentemente sempre existirá a necessidade de novas leis e discussões que saneiem estas supressões e equilibrem a concepção de perfeição e equilíbrio jurídico (mesmo que momentâneo). Portanto, percebe-se a crítica e o questionamento sobre leis e concepções jurídicas como o gatilho inicial para garantia de direitos mitigados, neste caso especialmente, sobre a capacidade civil da mãe adolescente, as dificuldades e barreiras de acesso encontradas para exercer o *jus postulandi* próprio e/ou representativo (comum ou congêneres ao BPC).

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Breves Considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro.** Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 35, 2009.

BRASIL. **Lei 10.460, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. 2002.

_____. **Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. (Acesso: 31/07/2022)

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. (Acesso: 31/07/2022)

_____. **Lei 8.213 de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. (Acesso: 31/07/2022)

_____. **Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República. (Acesso: 31/07/2022)

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.** Brasília. MDS, 2007.

INSS. **Instrução Normativa 45 DE 06/08/2010.** Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=78445#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20administra%C3%A7%C3%A3o%20de,Nacional%20do%20Seguro%20Social%20D%20INSS.> Acesso em: 02/08/2022.

_____. **Instrução Normativa 77/2015.** Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 02/08/2022.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: direito de família.** 14ed.rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IVO, Anete Brito Leal, SILVA, Alessandra Buarque de A. **O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC**. Vol. 14. Florianópolis: Katál, 2011.

LOBÔ, Paulo. **Direito civil**. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____, Paulo. **Famílias: Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSSATO, L. A. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n.8.069/90 comentado artigo por artigo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.

SAMPAIO, R. F. & LUZ, M. T. **Funcionalidade e incapacidade humana: explorando o escopo da classificação internacional da Organização Mundial da Saúde**. Rio de Janeiro: Saúde Pública, 2009.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito educacional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

VASCO, Gilberto Branco. **O que se não deve fazer**. Saúde e Lar. Lisboa: 1945.

VENOSA, Sílvio. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

VILLELA, João Batista. **Desbiologização da Paternidade**. Rio de Janeiro: Rev. Forense. 1980.