

DA MENINA GRÁVIDA À RELAÇÃO CONCUBINA: primeiras impressões da lei

13.811/2019 na proteção da vulnerabilidade

FROM PREGNANT GIRL TO CONCUBINE RELATIONSHIP: first impressions of law

13.811/2019 on vulnerability protection

RESUMO

A lei 13.811/2019 alterou o Código Civil extirpando as exceções que legitimavam o casamento entre aqueles que ainda não atingiram a idade núbil. A alteração normativa exige, a priori, a busca por dados que mensure a quantidade de pessoas sujeitas ao impacto dessa alteração do ordenamento jurídico. Optou-se por utilizar dados que extrapolam a realidade brasileira com o fim de averiguar a realidade nacional dentro do contexto da América Latina e Caribe, o sul subdesenvolvido. A redução da taxa de fertilidade é uma marca comum a esses países no transcurso do tempo. Chama atenção, porém, que as políticas públicas adotadas desde 1980 exerceram pouco impacto na faixa etária de quinze a dezenove anos, além da previsão de aumento do número de gravidez infantil. Os números nacionais apontam uma leve diminuição na comparação dos anuários 2014 a 2016 quanto aos nascidos vivos com mães em idade entre quatorze e dez anos e com idade inferior a dez anos, ainda representando um total um pouco superior a setenta e nove mil casos de nascidos. Mesmo que não exato estes números apresentam importante informação sobre o “público alvo” da nova lei. Superado esse primeiro momento, a alteração legislativa deve primar pela manutenção da coerência e do ordenamento jurídico. A lei inserida no microssistema protetivo de proteção à criança e ao adolescente deve harmonizar com o motivo que configura esses sujeitos como vulneráveis e garante uma proteção especializada. A condição de pessoa em desenvolvimento é o parâmetro que fundamente essa faixa de vulnerabilidades. O ser vulnerável é aquele que dentro de uma relação particular está sujeito de modo potencializado, por sua condição específica, a sofrer danos em seus direitos fundamentais. O vulnerável não é o frágil despido da capacidade de decidir ou de se manifestar com autonomia em busca do que é melhor para si. A proteção ao vulnerável se trata de limitações em face dos demais que se relaciona com o vulnerável. A excepcionalidade será a imposição da heteronomia. Nesse conceito de vulnerabilidade e compreendido o microssistema, a conclusão que se chega da análise da lei 13.811/2019 é que se trata uma mera restrição à formalização de uma família regular, impondo a mãe, ou grávida, menor de dezesesseis anos que ao unir com o genitor paterno estabelecerá um vínculo concubino, não protegido pelo Estado. Sem haver, contudo, qualquer justificativa compensatória dessa limitação à autonomia do livre planejamento e construção familiar.

Palavras-chave: Gravidez infantil. Vulnerabilidade relacional. Autonomia. Lei 13.811/2019.

ABSTRACT

Law 13,811 / 2019 amended the Civil Code by removing the exceptions that legitimized marriage between those who have not yet reached the age of marriage. The normative change requires, a priori, the search for data that measures the number of people subject to the impact

of this alteration of the legal order. It was decided to use data that extrapolate the Brazilian reality with the purpose of ascertaining the national reality within the context of Latin America and the Caribbean, the underdeveloped South. Reducing the fertility rate is a common brand for these countries over time. It should be noted, however, that the public policies adopted since 1980 had little impact in the age group of fifteen to nineteen years, besides the prediction of an increase in the number of child pregnancies. The national figures indicate a slight decrease in the comparison of the annuals 2014 to 2016 for live births with mothers aged between fourteen and ten years and under the age of ten, still representing a total of slightly more than seventy-nine thousand cases of births . Even if not accurate these figures present important information about the "target audience" of the new law. After that first step, the legislative amendment must take precedence over the maintenance of coherence and legal order. The law inserted in the protective micro-system to protect children and adolescents must harmonize with the motive that configures these subjects as vulnerable and guarantees specialized protection. The condition of developing person is the parameter that bases this range of vulnerabilities. Vulnerability is one that, in a particular relationship, is subject to a potential, by its specific condition, to suffer damage to its fundamental rights. The vulnerable is not the fragile layoff of the ability to decide or to manifest with autonomy in search of what is best for you. Protecting the vulnerable is about limitations in relation to others that relate to the vulnerable. The exceptionality will be the imposition of heteronomy. In this concept of vulnerability and understood the microsystem, the conclusion reached from the analysis of law 13.811 / 2019 is that it is a mere restriction to the formalization of a regular family, imposing the mother, or pregnant, under sixteen years of age that when uniting with the paternal parent shall establish a concubine, not protected by the State. There is, however, no compensatory justification for this limitation to the autonomy of free family planning and construction.

Keywords: Childhood pregnancy. Relational vulnerability. Autonomy. Law 13.811/2019.

1 INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico conferido ao grupo de crianças e adolescentes tem com a Constituição Federal de 1988 uma mudança significativa quanto ao elemento fundamental. É reconhecido o melhor interesse da criança e a doutrina da proteção integral como pilares na formulação de políticas pública e na garantia da proteção jurídica de modo a possibilitar que estes sujeitos atinjam o pleno desenvolvimento.

A condição de a criança e o adolescente se encontrarem em meio ao processo de desenvolvimento (biológico com a transformação do corpo, maturação da compreensão da realidade e das emoções, além da afirmação da própria relação como sujeito envolvido num contexto social permeado por relações complexas de poder) aponta à necessidade de proteção especial através de um regime de vulnerabilidade.

Imperioso destacar que ser vulnerável não remete a mera transferência, que não a própria criança e o próprio adolescente, do poder de decidir e anunciar o que é o melhor interesse. Reconhecer a qualidade de sujeito de direitos implica assegurar instrumentos que garantam o livre desenvolvimento da individualidade, intrínseco a existência única de cada pessoa, e a proteção aos direitos da personalidade e a viabilização do homem, mesmo em terna idade de escrever a própria história.

Será concedido aos sujeitos que se encontram na faixa etária da infância e da adolescência uma dupla proteção jurídica. Os direitos e garantias individuais previstos no corpo do texto constitucional são concedidos conjuntamente aos preceitos normatizados no Estatuto da Criança e do Adolescente e em leis esparsas direcionadas exclusivamente ao grupo. O reforço protetivo garantidos a este grupo tem por fundamento assegurar que no tráfico das relações privadas e públicas as relações se pautem no equilíbrio entre as partes envolvidas.

Adota-se como marco teórico para vulnerabilidade o conceito trabalhado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem que através de uma perspectiva relacional na qual as pessoas ou conjunto de pessoas são vulneráveis quando a presença alguma característica potencializa o risco de sofrerem lesão a direitos fundamentais nas relações firmadas entre particulares (MARQUES; MIRAGEM 2014). A construção teórica é uma introdução na literatura jurídica nacional dos trabalhos do conduzidos pelo jurista alemão Erik Jayme.

Deste conceito de vulnerabilidade se formam os microssistemas protetivos, guiados pela característica ou qualidade que potencializa o risco de lesão daquelas pessoas, apto a viabilizar o exercício da autonomia. Não se pretende superar a qualidade que caracteriza estes ou aqueles indivíduos como vulneráveis, nem mesmo afirmar o que seria a postura ou comportamentos tomados se não presente tal qualidade (um aparente padrão normal de conduta), o que se pretende é que os demais atuem respeitando a boa-fé e o princípio da solidariedade quando da firmação de vínculos.

É nesse cenário que se entende que a regra é a garantia da autonomia dos sujeitos vulneráveis, cabendo à limitação normativa apenas naquilo estritamente necessário em que os sujeitos não demonstrem aptidão para tanto. Corrobora essa afirmativa, a alteração propagada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que exige do juiz, em sentença, considerar o discernimento e a capacidade de manifestar vontade para demarcar os limites e quais atos patrimoniais estão para além desse círculo da capacidade. Não se nega a autonomia do sujeito como um bloco. Avalia-se a cada caso as condições e qualidades da pessoa para exercer os direitos e atos da vida civil.

O problema que se pretende enfrentar nesse artigo diz respeito à harmonização da recente lei 13.811/2019 que veda a realização de casamentos para as pessoas com idade inferior a dezesseis anos com o microssistema protetivo da criança e do adolescente.

A proposta de estruturação desse artigo se dá com uma primeira seção que demonstrará o “público alvo” da alteração legislativa. Considerando que o evento gravidez e o evitar imposição e cumprimento de pena criminal eram os situações que excepcionavam o casamento pelas pessoas que ainda não atingiram a idade núbil. Delimita-se a analisar a situação das meninas grávidas com diminuta idade através da utilização de pesquisas em nível de América Latina e região caribenha, além do banco de dados público do Ministério da Saúde.

Norteados quantitativamente o impacto da alteração legislativa, parte-se a uma análise do microssistema jurídico de proteção a criança e adolescente, adotando para tanto uma perspectiva de vulnerabilidade relacional. O seguimento número três terá o objetivo específico de apresentar a razão da existência de um sistema especializado na proteção das pessoas que ainda não atingiram a plena capacidade civil, ou seja, os dezoito anos completos.

A quarta seção apresentará a alteração jurídica e as consequências jurídicas no regime familiar firmado entre a adolescente ou criança menor de dezesseis anos grávida e o pai da criança vindoura, no que tange à classificação do vínculo, ao aceite jurídico dessa situação e as devidas repercussões patrimoniais. Apenas diante dessas minúcias é possível concluir pela legitimidade em limitar a autonomia dessas pequeninas casarem.

2 GRAVIDEZ INFANTIL: CENÁRIO

Em uma perspectiva internacional, o controle da fecundidade é visto como um direito humano decorrente da liberdade de exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Em 1994, o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ainda que elevando o desenvolvimento ao status de direito universal, propõe uma pauta de cooperação entre os países e realização de políticas nacionais com o objetivo de garantir o bem-estar através do acesso e gozo dos direitos humanos fundamentais, dentre eles a saúde reprodutiva.

O progresso econômico dos países era ainda desafiado pela identificação de pessoas em extrema pobreza no quadro populacional. Nesse quadro, identifica-se o acesso desigual aos direitos humanos por homens e mulheres como um entrave ao progresso. A participação

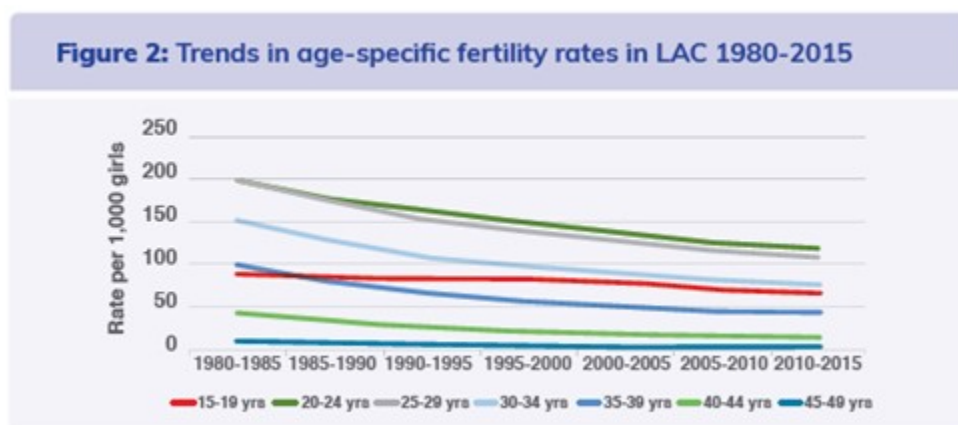
plena da mulher na vida social, econômica, política e cultura, inspiraram a formulação de propostas direcionadas à promoção da saúde reprodutiva e combate às formas de discriminação sexista. O sétimo capítulo do programa destinou-se aos direitos reprodutivos e à saúde reprodutiva, Nações Unidas (1994):

7.2 A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer.

Nos países da América Latina e do Caribe têm apresentado nos últimos trinta anos uma redução da fertilidade total, assim considerado o número de crianças por mulheres, conforme estudo publicado por Pan American Health Organization, United Nations Population Fund e United Nations Children's Fund (2017).

Diversos são os fatores passíveis de influenciar essa diminuição, dentre eles o acesso a métodos contraceptivos, o engajamento da mulher no mercado de trabalho, as políticas públicas voltadas ao planejamento familiar, a melhorias no acesso ao serviço de saúde que garantiram melhores condições de taxa de sobrevivência dos recém-nascidos e, ainda, o elevado custo com a criação e educação dos filhos.

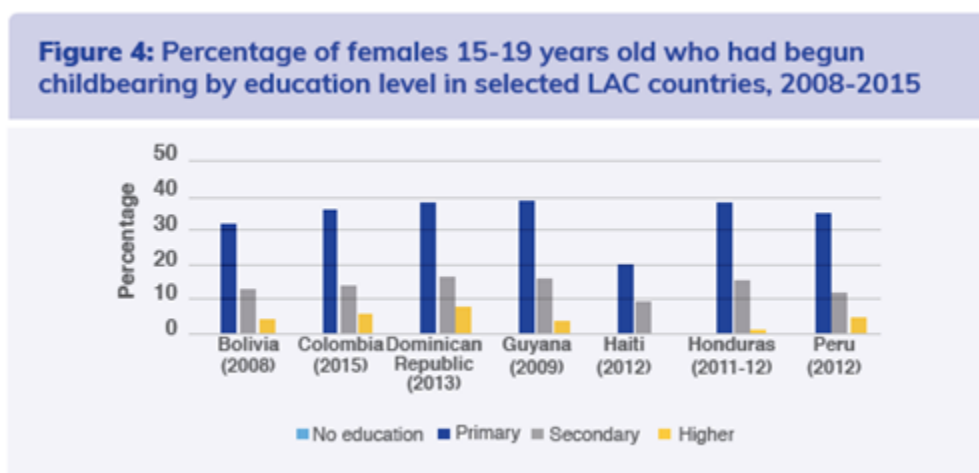
A análise dos números absolutos demonstra que as políticas realizadas, até então, estão garantido maior liberdade às mulheres a construir a estrutura familiar em acordo a sua vontade e os planos de vida. Não obstante é necessário estratificar os dados, considerando as reduções nos grupos de acordo com a faixa etária. A Pan American Health Organization, United Nations Population Fund e United Nations Children's Fund (2017) apresenta:



O grupo mais jovem, aqui considerado as pessoas entre quinze e dezenove anos, apresenta um padrão que em muito se difere ao restante dos níveis etários. A redução experimentada pelo grupo é sensivelmente inferior ao experimentado pelas mulheres adultas. A necessidade de atenção e revisão das políticas juntos a faixa etária de mulheres com idade inferior a vinte anos torna-se mais evidente em decorrência do estudo “Stolen lives” realizado pela organização Planned Parenthood Federation of America (2015) que apresenta a América Latina e do Caribe como a única região com tendência de aumento no número de gravidez infantil. A qualificadora infantil, aqui atribuída, denota a ocorrência do evento gravídico em mulheres com idade inferior a quinze anos.

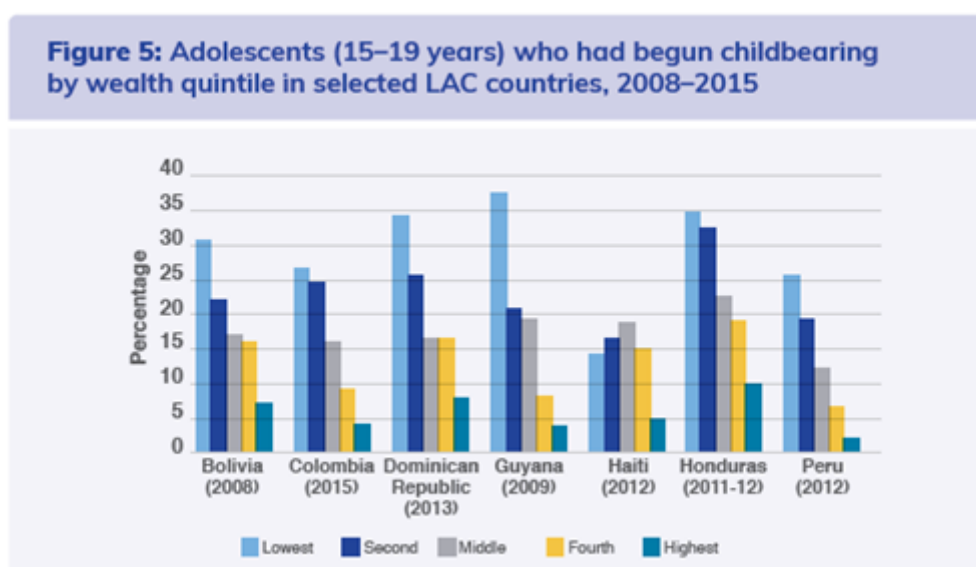
A gestação enfrentada por mulheres nessa reduzida idade desencadeia um forte risco a saúde física, mental e social. A possibilidade de ruptura antecipada da membrana e a consequente ocorrência de partos prematuros têm ocorrência maior nessa faixa etária, comparativamente às demais (PLANNED PARENTHOOD FEDERATION OF AMERICA, 2015). A identificação de menor atenção e frequência às consultas pré-natais agravam as condições de saúde das jovens grávidas.

Percebe-se que a estrutura social na qual estão inseridas as adolescentes, adotando aqui o referencial da Organização Mundial de Saúde que compreende esse estágio da vida correspondendo ao período de dez a dezenove anos de idade, desequilibra a distribuição das mães adolescentes nos países da América Latina e do Caribe. Adotando uma perspectiva de educacional, as mulheres que nessa específica faixa etária engravidaram, apresentam menor escolaridade. Pan American Health Organization, United Nations Population Fund e United Nations Children’s Fund (2017):



Na estrutura social, a gravidez na adolescência é vista com “perda de oportunidades de vivências na juventude” (SANTOS, *et al.* 2010, p. 75) exigindo a obtenção de meios financeiros aptos a garantir a manutenção de si e do filho. A demanda de cuidados com o filho acarreta, no mais das vezes, o abandono escolar interrompendo o processo educacional das meninas-mães, acarreta uma limitação de acesso às vagas de emprego.

A Pan American Health Organization, United Nations Population Fund e United Nations Children’s Fund (2017) apresenta o seguinte gráfico quanto às faixas econômicas em que se encontram as adolescentes com filho:



A baixa escolaridade original e a evasão escolar somada a condição de reduzida capacidade econômica das adolescentes mães, representa uma rígida estrutura que inviabiliza o exercício da autonomia dessas mulheres. A fragilidade social desse quadro potencializa a manutenção intergeracional da pobreza e de violação dos direitos humanos para os sujeitos vindouros dessa gravidez decorrente de um contexto de ausência de planejamento familiar e despido de estabilidade econômica.

A possibilidade de compreensão da realidade brasileira é possível através dos dados fornecidos pela plataforma oficial do Ministério da Saúde com números relativos aos nascidos vivos. Apresentando dados sob um recorte anual, banco disponibiliza informação referente aos bebês nascidos com vida até o ano de 2016.

DATASUS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016) expõe os seguintes números:

Região	2014	2015	2016	Total
--------	------	------	------	-------

TOTAL	28.245	26.701	24.139	79.085
1 Região Norte	5.190	5.014	4.780	14.984
2 Região Nordeste	10.176	10.065	9.216	29.457
3 Região Sudeste	7.701	7.081	6.068	20.850
4 Região Sul	2.867	2.491	2.159	7.517
5 Região Centro-Oeste	2.311	2.050	1.916	6.277

O comparativo entre os anos de 2016 e dois anos que o precedeu, analisando os nascimentos com vida proveniente de mães com idade inferior a dez anos e idade entre quatorze e dez anos, apontam que o Brasil acompanha o cenário da América Latina e do Caribe, tanto com a redução do número de novas mães nessa faixa etária, quanto com a vagarosa redução desse número.

3 O MICROSSISTEMA PROTETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A proteção à pessoa com terna idade é uma pauta em constante trâmite nas convenções internacionais de direitos humanos. Inicialmente, pode-se observar na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) que a necessidade de submissão à proteção e cuidados especiais à criança é fundamentada no reconhecimento da pessoa em estágio de desenvolvimento e ainda não maduro. “(...) a criança, por motivo de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”. Essa mesma motivação é considerada e mantida na Convenção sobre os Direitos das Crianças que restou aprovada e ratificada pelo Brasil no ano de 1990.

É digno de nota enumerar que os diplomas normativos internacionais adotam a terminologia “criança” para identificar a pessoa humana com idade biológica inferior aos dezoito anos completos. É reconhecido como exceção à regra, as pessoas sob domínio de norma jurídica interna que estabelecem para a maioridade um termo de idade mais exíguo.

A adoção desse parâmetro etário pela norma internacional segue em descompasso com a disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), considerando a legislação brasileira que criança é apenas a pessoa com idade de doze anos incompletos, adicionando a categoria de adolescente para a pessoa com idade compreendida entre os doze anos completos e os dezoito anos incompletos. Conquanto essa divergência, a

análise do microssistema protetivo dos sujeitos com diminuta idade não sofrerá qualquer desarmonia: protegem-se aqueles com até dezoito anos incompletos.

No direito interno, a CRFB/88 inaugura um novo paradigma no trato com crianças e adolescente. A influência das construções teóricas da proteção integral e do superior interesse da criança com fim de garantir o pleno desenvolvimento e o respeito aos direitos assegurados ao grupo, previstos nas normas internacionais, foram introduzidos na lei maior.

Em consequência, tem-se o esvaziamento de legitimidade científica da literatura que via o menor apenas em situação irregular, envolvidos com a marginalidade ou sujeito passivo do abandono familiar e da condição de rua, assim como a não recepção das leis que seguiam essa doutrina, dada a sua desarmonia com os novos preceitos de proteção integral, do reconhecimento à criança e ao adolescente da qualidade de sujeito de direitos e do superior interesse desses sujeitos.

A grosso modo, até o advento da vigente Carta Política, havia uma certeza jurídica baseada no binômio proteção-repressão da infância “desajustada” aos padrões estabelecidos pela elite social. Introduziu-se, por intermédio do texto constitucional, uma nova realidade jurídica democrática e emancipadora, em conformidade com o Estado Democrático de Direito – que precisa ser materialmente efetivado – em que deixa de existir o “menor desajustado” e passa a merecer atenção legal a infância e a juventude como um todo, independente de qualquer condição social ou adjetivação qualificadora. (TERRA, 2001 ,p. 50)

A ordem constitucional, elevando a criança e o adolescente como sujeito de direitos, impõe o dever social de garantir o efetivo exercício desses direitos. A toda comunidade, não apenas família e Estado, por imposição do princípio da proteção integral, é exigido promover condições de igualdade no trato com o grupo não-adulto (NUCCI, 2014).

Garantir uma atenção especial à instrumentalização do exercício de direitos a esses sujeitos deriva da identificação do processo de desenvolvimento e maturação psicofísica em que se encontram a criança e o adolescente. Nas palavras de Teixeira e Pereira (2016, p. 202) há “subjetividade abstrata frente à realidade concreta” que os põe em situação de potencial fragilidade, suscetível a não ter respeitado os direitos fundamentais que os assistem nas relações em que se envolvam.

Importante inovação apresentada pelo microssistema protetivo é a conferência de titularidade e a capacidade de ser sujeito ativo. Marques e Miragem (2014) compreendem esse fenômeno como uma decorrência de um dos elementos da pós-modernidade: a comunicação. Em virtude desse elemento, é garantida ao vulnerável participação ativa no exercício dos

direitos que é titular, não bastando a mera participação opinativa ou consultiva, representando, assim, a superação da condição de objeto de poder para o protagonismo do sujeito.

Trata-se do abandono de uma postura que entende a criança e o adolescente como um ser marginal à racionalidade e inferiorizado ao discurso do adulto (SOUZA, 2008), adotando agora a progressividade da aquisição de discernimento, noção de responsabilidade e liberdade para tomada de decisão consciente.

Nesse sentido, deve ser respeitada a manifestação livre da opinião e da vontade emanada pela criança e pelo adolescente nas questões que os digam respeito, diante da demonstração de capacidade para tanto, conforme prevê a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. No cenário nacional, a lei 13.257/2016 prestigia a participação da criança na formulação das políticas públicas voltadas à promoção dos direitos da criança na primeira infância. A exigência da capacidade, aqui compreendida por discernimento, será o elemento que garantirá o agir com autonomia.

O microsistema protetivo enumera diversas relações em que a criança e o adolescente são reconhecidos como vulneráveis. A afirmação toma por base todo o complexo de normas que vem regular os comportamentos e direitos desses sujeitos, uma vez que a pluralidade de fontes é pressuposto da estrutura protetiva.

Destaca-se nesse sistema a proteção conferida em duas situações em que estão envolvidos a criança e o adolescente, a citar: as relações de trabalho e consumerista. No âmbito laboral, a legitimidade para ingresso no mercado de trabalho exigirá idade mínima de dezesesseis anos, ou quatorze para aqueles em condição de aprendiz. (BRASIL, 1988)

A Consolidação das Leis Trabalhistas (BRASIL, 1943) e o ECA (BRASIL, 1990) vão, conjuntamente, enumerar diversas restrições aos empregadores com objetivo de garantir o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento e à efetiva capacitação profissional. Nesse sentido proíbe-se a realização da prestação laboral em locais insalubres ou perigosos e determina-se que o horário do desempenho das atividades não pode ser noturno ou incompatível com a frequência escolar.

Diante das relações consumeristas, criança e adolescente são vistos como sujeitos em uma relação agravada de vulnerabilidade. O desequilíbrio nas relações consumerista foi pontuado pelo Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) através do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. A proteção se dá por uma presunção que não admite exceções, tão pouco requer a demonstração de inferioridade contratante diante de um fornecedor de bens ou serviço num vínculo consumerista.

Nessa específica relação, o consumidor criança ou adolescente é visto como um grupo que “por fatores ou condições pessoais sofrem maior prejuízo na liberdade de escolha e decisão nos contratos pactuados com empresas” o que resultaria no reconhecimento da vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade (GAUDENCIO, 2016, p. 151). No texto legal, a vedação à prática publicitária que se aproveite “da deficiência de julgamento e experiência da criança” coaduna com a soma de sistemas protetivos, decorrente da vulnerabilidade agravada, ora apresentada.

Assegura-se, dessa forma, que o ordenamento jurídico adota o atributo da qualidade de pessoa em desenvolvimento e a necessidade de alcançar o melhor interesse da criança e do adolescente como fundamentos para existência de proteção específica para os sujeitos que ainda não atingiram a idade biológica de dezoito anos. Resta analisar os impactos efetivos da norma e a harmonia com o microssistema em que será inserida.

4 A LEI 13.811/2019: A PROMOÇÃO DA “VULNERABILIDADE”

No mês de março do corrente ano, entrou em vigor a lei 13.811/2019 (BRASIL, 2019) com o objetivo de suprimir as exceções legais que permitia os infantis casar. A norma alterou o artigo 1.520 do CCB/02 (BRASIL, 2002), fazendo constar a seguinte redação: “Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.”. Aduz a nova lei que a vigência do mandamento não observará qualquer prazo de *vacatio legis*, devendo ser observada e regular as relações futuras à data da publicação.

A compreensão da alteração passa pela análise do *caput* do artigo 1.517 do CCB/02 (BRASIL, 2002) que anuncia a possibilidade de homens e mulheres com idade de dezesesseis anos casarem, logo os que ainda não atingiram a plena capacidade civil, desde que mediante a autorização de ambos os pais ou dos representantes legais.

A proibição de casar alcançada pela nova lei trata dos menores de dezesesseis anos, qualificados pelo CCB/02 como aqueles que ainda não atingiram a idade núbil, a quem excepcionalmente era conferida a possibilidade de casar com o objetivo de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Importa destacar a alteração legislativa que introduziu o artigo 217-A ao Código Penal (BRASIL, 1940) criminalizando a prática de atos libidinosos com menores de quatorze anos, reconhecendo a presunção de violência ou grave ameaça por não reconhecer nos

sujeitos dessa faixa etária o livre exercício da sexualidade. Por consequência deste ditame legal, o casamento não teria condão de afastar a ilicitude da conduta ou mesmo livrar o infrator do cumprimento da pena. Logo, apenas sobre as crianças e adolescentes grávidas que a nova lei incidirá efeitos.

Percebe-se que a nova lei amplia o rol daqueles impedidos para o casamento. Por via direta, também se proíbe que o vínculo firmado entre a mulher grávida e genitor consubstancie uma união estável, conforme a redação “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. (BRASIL, 2002)

Em resumo os impedimentos para o casamento gravitam na vedação à poligamia, no repúdio às relações incestuosas seja por parentesco natural ou civil, assim como na repulsa às relações firmadas entre o “cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte” (BRASIL, 2002). Incluiu-se, pela nova lei, nesse rol a pessoa com idade inferior a dezesseis anos.

Os reflexos negativos que giram em torno da proibição de firmar casamento ou união estável tem inicialmente o traço da clandestinidade do vínculo firmado entre o casal. Posiciona-se em consonância com o entendimento de unidade familiar deve ser tecido considerando a superação do patriarcalismo, da hierarquização que vinculava os membros do grupo familiar (inicialmente a figura dominando todo o grupo, e posteriormente a mãe e o pai tratando a prole como meros objetos despidos de liberdade), assim como da emancipação feminina.

O modelo atual de família prima por um grupo gravado pelos ideais de liberdade e igualdade, garantindo-se direito de fala a capacidade de influenciar nas decisões tomadas pela família, todos os sujeitos com igual potencial de participação, consubstanciando uma estrutura democrática de saudável contexto deliberativo. É evidente que a promoção de um ambiente de respeito mútuo no qual todos estão dispostos à convivência coesa o respeito e a tolerância devem se fazer presentes (MORAES, 201-).

O que se percebe é que diante da dificuldade em conceituar família de modo a não excluir nenhuma formação protegida pelo Estado em nível de entidade familiar, a literatura tem preferido descrever tais formações e os valores e formas que nortearam essas relações internas ao grupo.

Apesar desse contexto de família exposto não se pode cerrar os olhos aos seguintes posicionamentos que negam o *animus* de constituir família nas “relações ilegais”. Assim, Diniz afirma (2010, p. 395) “No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe

retira o caráter de entidade familiar (CC, 1.727), visto que não pode ser convertido em casamento”.

Interessa também a postura adotada por Madaleno (2017, p. 50) ao tratar das famílias informais, entendidas como aquelas que estão à margem da proteção legislativa ou mesmo proibidas por ela, elenca a norma constitucional como divisor de águas alçando o concubinato puro ao status de união estável e garantindo proteção jurídica através do reconhecimento como entidade familiar:

Denominado concubinato, em 1988 foi alçado à condição de entidade familiar com o advento da vigente Carta Federal, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada de união estável. Enquanto viveu à margem da lei, o concubinato procurou lentamente seu caminho ao reconhecimento e consagração de uma típica espécie legítima de constituição familiar, primeiro, logrou ver judicialmente reconhecidos direitos que comparavam a mulher concubina à servicial doméstica, concedendo-lhe, com a ruptura do concubinato, uma indenização por serviços prestados, e se ela de alguma forma tivesse contribuído com recursos próprios para a aquisição de bens registrados em nome do concubino, por analogia ao Direito Comercial podia reivindicar a divisão dos bens comuns em valor proporcional ao montante de seus efetivos aportes financeiros, pois seu vínculo afetivo era equiparado a uma sociedade de fato.

A Carta Política de 1988 resgatou a dignidade do concubinato e passou a denominá-lo união estável, mas não tratou o legislador constituinte de apagar as marcas do preconceito e da histórica censura às relações informais de uma união marginal que, embora socialmente tolerada, já mereceu no período colonial brasileiro a condição de crime passível do degredo e do cárcere. Claro que os tempos e a legislação constitucional não reservaram tamanha ojeriza cultural à união estável, mas, ao estabelecer que a relação informal possa a qualquer tempo ser convertida em matrimônio (CF, art. 226, § 3º), com efeito, que fez parecer existir uma espécie de segunda categoria de entidade familiar, com uma nem tão velada preferência pela instituição do casamento.

É percebido que os princípios constitucionais vedariam uma possível hierarquização entre as entidades familiares que apontariam à primazia da família formada através do casamento em detrimento de outra (conforme, o autor, as oriundas de uniões estáveis). A lógica aplicada sob uma perspectiva negativa é: a relação concubina é uma sociedade de fato, e não apresenta a finalidade de constituir família. Seria uma estrutura social subalterna à família.

Há um autêntico desafio. O movimento jurídico está direcionado à pluralidade da família, não cabendo ao direito ditar um padrão familiar. É reconhecida e protegida juridicamente a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988). Por outro lado discrimina a união do pai, mãe e criança pelo singelo motivo de um dos genitores não ter alcançado a idade núbil.

Outro aspecto marginalizado pelo legislador diz respeito à distinção entre direitos existenciais e patrimoniais, numa perspectiva de restrição exacerbada de liberdade, sendo possível uma medida mais branda.

A utilização do padrão etário de dezesseis anos na proibição do casamento, consonante com a teoria das capacidades apresentada nos artigos 3º e 4º do CCB/02 (BRASIL, 2002), reafirma uma postura regulatória das situações cunho patrimonial. A normatização das situações existenciais fica a cargo, quando se trata de crianças e adolescentes do ECA, adotando outros padrões de idade.

Observam Aguiar e Barbosa (2017) a ausência de correspondência entre as faixas etárias estabelecidas pelo CCB/02 e aquilo que está disposto no ECA, o marco etário utilizado pela norma especial classifica como criança as pessoas com idade inferior a doze anos e por adolescente as pessoas entre doze e dezoito anos incompletos. A ausência de padronização é atribuída à finalidade que ensejou a promulgação de cada uma dessas normas. O CCB/02 voltado a questões contratuais adota uma postura mais paternalista com fins de salvaguarda o patrimônio, já o ECA visaria, à proteção do grupo específico de sujeito de modo a garantir o pleno desenvolvimento físico e intelectual e assegurar a existência digna dos mesmos.

Entende-se que a postura mais sensata a ser tomada pelo legislador seria a regulamentação apenas do regime de bens a ser aplicado a essas entidades familiares. Tal qual se adota uma postura protetiva ao patrimônio quando o casamento envolve pessoa com idade superior a setenta anos. Desse modo resguardaria o livre planejamento familiar que não pode ser restringido sem uma fundada justificativa.

No que tange aos aspectos promocionais da autonomia das crianças e adolescentes, não se reconhece no presente momento, menos de um mês de publicação e vigência da norma, qualquer aspectos positivo dessa inovação legislativa.

5 CONCLUSÃO

O enfrentamento da questão social da gravidez, que juridicamente está relacionada ao planejamento familiar e o livre exercício dos direitos sexuais, no Brasil se assemelha em muito com a realidade vivida pelos países América Latina e Caribe. Essa similitude atinge um nível de problema quando se trata da gravidez infantil no qual se reconhece a ineficácia das políticas públicas e um fator de grande significância para a manutenção da pobreza intergeracional.

Apesar da carência de dados recentes na plataforma da administração pública federal, é significativo o nascimento vivo de mais vinte mil bebês por ano cujas mães têm idade inferior a catorze anos que sofrerá o impacto da modificação legislativa. Alerta-se que o impacto da lei é ainda maior, mas em virtude da orientação dos dados na plataforma, não foi possível considerar as mães com quinze anos de idade, ou mesmo aquelas que engravidaram e não conseguiram conceber o filho com vida.

Diante do microssistema protetivo da criança e do adolescente a vulnerabilidade não pode ser entendida como uma fragilidade que retira do sujeito a autonomia. O crescimento e o desenvolvimento intelectual e social dos sujeitos exige a tomada de decisões e o enfrentar as consequências dos atos praticados. A limitação da liberdade de agir e a imposição heterônoma de comportamento seja pelo Estado, Conselhos Tutelares ou pais serão cabíveis diante da ausência de suficiente discernimento para tanto, carecendo de se demonstrar que essa invasão à liberdade da criança e do adolescente representa uma vantagem para esse.

A nova lei, ao impossibilitar o casamento de pessoas com idade inferior a dezesseis anos, mesmo diante do evento gravidez, não apresenta qualquer justificativa protetiva. Apenas torna a vinculação entre essa pessoa grávida e o genitor da criança um vínculo clandestino, além de afastar a proteção jurídica conferida à união estável e ao próprio casamento.

Limita-se a liberdade numa decisão legislativa que se pode traduzir numa arbitrariedade estatal que impõe uma presunção absoluta que o melhor para a criança ou a adolescente grávida menor de dezesseis anos é não casar ou firmar união estável. Para aquelas “menores de idade” grávidas que ainda não atingiram a idade núbil o Estado reconheceu a possibilidade de “constituição” de uma sociedade de fato, o concubinato, desprovida da proteção jurídica principiológica e normativa do Direito de Família, num evidente retrocesso social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. **Revista brasileira de direito animal**, Salvador, v. 12, n. 2, p. 17-42, mai./ago. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **LEX**: Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência, 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. **LEX**: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência, 1943.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **LEX**: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). **LEX**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **LEX**: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **LEX**: Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. Lei 13.811, de 12 de março de 2019. **LEX**: Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Brasília, DF: Senado, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5. Direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAUDÊNCIO, Aldo Cesar Filgueiras. (Hiper)proteção contratual do consumidor: consolidação da defesa dos consumidores hipervulneráveis no direito brasileiro. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. Brasília, v. 2, n. 1, p. 149-166, jan./jun. 2016.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION; UNITED NATIONS POPULATION FUND; UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. **Accelerating progress toward the reduction of adolescent pregnancy in Latin America and the Caribbean**. Disponível em: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/34493/9789275119761-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y&ua=1>>. Acesso em: 05 out. 2018.

PLANNED PARENTHOOD FEDERATION OF AMERICA. **Stolen Lives**. Disponível em: <https://www.plannedparenthoodaction.org/uploads/filer_public/db/6d/db6d56cb-e854-44bb-9ab7-15bb7fc147c5/ppfa-stolen-lives-english.pdf>. Acesso em: 05 OUT. 2018.

MADELENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **DATASUS**. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sinasc/cnv/nvuf.def>>. Acesso em 03 out. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da conferência internacional sobre população e desenvolvimento**. Disponível em: <www.unfpa.org.br/arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 02 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Elder C.; PALUDO, Simone dos S.; SCHIRO, Eva D. B. dei; KOLLER, Silvia H. Gravidez na adolescência: análise contextual de risco e proteção. **Psicologia em estudo**. Maringá, v. 15, n. 1, p. 73-85, jan./mar. 2010

SOUZA, Solange Jobim e. Criança e adolescente Construção histórica e social nas concepções de proteção, direitos e participação. In: UNGARETTI, Maria America (org.). **Criança e adolescente: direitos, sexualidade e reprodução**. São Paulo: ABMP e Childhood Brasil, 2008.