

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo¹

TEORIA DA MATURIDADE PROGRESSIVA DO MENOR APLICADA AO DIREITO À SAÚDE

Minor progressive maturity theory applied in the right to health

¹Universidade Federal de Pernambuco. Recife/PE, Brasil.

Correspondência: rocoaraujo@hotmail.com

Recebido: 10/02/2019. Revisado: 14/10/2019. Aprovado: 31/10/2019.

RESUMO

O presente artigo analisou os limites do poder familiar nos casos envolvendo recusa de tratamento médico por adolescentes. A partir dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, pretendeu-se fazer uma releitura da autonomia do adolescente e, em virtude do fenômeno da mundialização dos juízes, reforçar no Direito brasileiro alguns fundamentos oriundos de precedente inglês que deu origem à teoria do menor maduro. Concluiu-se com a análise dos fundamentos e dos requisitos para a recusa de tratamento médico por adolescentes no Direito brasileiro.

Palavras-Chave

Autonomia Adolescente; Doutrina do Menor Maduro; Poder Familiar; Tratamento Médico.

ABSTRACT

This article analyzed the limits of family power in cases involving refusal of medical treatment by adolescents. Based on the constitutional principles and infraconstitutional provisions, it was intended to re-read the adolescent autonomy and, due to the phenomenon of the globalization of judges, to reinforce in Brazilian law some fundamentals derived from an English precedent that gave rise to the theory of the mature minor. It was concluded with the analysis of the fundamentals and requirements for the refusal of medical treatment by adolescents in Brazilian law.

Keywords

Adolescent Autonomy; Doctrine of Mature Minor; Family Power; Medical Treatment.

Introdução

Nos últimos anos, em razão do desenvolvimento tecnológico e do incremento das pesquisas na área de saúde, vem sendo observado um aumento no número de serviços e tratamentos médicos oferecidos à população. Diversos procedimentos cirúrgicos invasivos e remédios com fortes efeitos colaterais são oferecidos como alternativa terapêutica em situações antes sem solução, exigindo um aperfeiçoamento na relação médico-paciente a fim de que possa existir um consentimento livre e informado por parte daqueles que desejarem se submeter aos tratamentos disponíveis.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é o aumento do acesso à informação promovido pelos meios digitais nos últimos anos, permitindo que o cidadão tenha mais conhecimento e acesso a uma diversidade de religiões, credos e doutrinas, que podem estabelecer como mandamentos a vedação de determinados tratamentos médicos – como é o caso da proibição da transfusão de sangue em pessoas da religião Testemunhas de Jeová.

Esses aspectos tornam-se ainda mais problemáticos quando pacientes adolescentes maiores de 16 anos têm divergências de opinião com seus pais, pelos mais diversos motivos, no tocante à realização de determinado tratamento informado pelo médico, surgindo controvérsia entre o exercício do poder familiar e a autonomia do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹ estabelece que a adolescência começa aos 12 anos e termina aos 18 (art. 2º), ressaltando relativa autonomia do adolescente (art. 17) e colocando-o a salvo de toda forma de violência e opressão. O Código Civil², por sua vez, considera os menores de 16 anos absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil (art. 3º, I), enquanto os maiores de 16 e menores de 18 anos são considerados incapazes relativamente a certos atos. Entretanto, esses menores relativamente incapazes podem ter sua incapacidade cessada nos casos em que houver emancipação (art. 5º, I a V). A Constituição Federal de 1988³ (CF/88), por sua vez, considera os menores de 18 anos penalmente inimputáveis, sujeita-os a legislação especial (art. 228), faculta o voto aos maiores de 16 e menores de 18 anos (art. 14) e preconiza a idade mínima de 16 anos para o trabalho, salvo na condição de menor aprendiz (art. 7º, XXXIII).

Não obstante seja possível ao adolescente maior de 16 anos praticar diversos atos civis, não há na legislação brasileira autorização legal expressa para que o

¹BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

²BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

adolescente maior de 16 anos não emancipado tenha autonomia para aceitar ou recusar procedimentos relacionados a sua saúde quando há divergência com o entendimento dos pais, o que vem suscitando debate acerca da possibilidade de aplicação, no Direito brasileiro, da doutrina do menor maduro (*mature minor*), oriunda de precedente do Direito inglês e corolário do direito ao desenvolvimento da personalidade.

No Brasil, não há muitas decisões nem doutrina consistentes sobre o tema, porém é possível extrair de alguns dispositivos normativos da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (Decreto n. 99.710/1990⁴), do ECA, do Código Civil e dos princípios constitucionais uma releitura da autonomia do adolescente para a prática de determinados atos – como na área da saúde –, levando em conta seu contínuo e progressivo grau de desenvolvimento neuropsicológico e sua maturidade na percepção dos eventos, sem que isso signifique a quebra do poder familiar.

Ademais, o fenômeno da mundialização da justiça⁵ em matéria de direitos fundamentais vem estabelecendo como paradigma a necessidade de as cortes superiores de países democráticos observarem as razões judiciais adotadas em casos homólogos por tribunais estrangeiros respeitados na comunidade internacional, como uma forma de permanente releitura dos institutos e consolidação de entendimentos, sem que isso configure ruptura da soberania ou relação hierárquica entre os Estados. É nesse contexto que será analisada a possibilidade de utilização, no Direito brasileiro, das razões do caso *Gillick versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, apreciado em 1985 na Câmara dos Lordes, no Reino Unido, e tido como referência mundial de aplicação da doutrina do menor maduro quando há divergência de consentimento entre adolescentes e os pais em relação a tratamento médico.

A partir dos argumentos acima delineados, pretende-se estabelecer os fundamentos e requisitos para a recusa ou aceitação de procedimentos relacionados à saúde por adolescentes maiores de 16 anos no Direito brasileiro quando houver divergência com a opinião dos pais, com a análise de algumas situações levadas à apreciação do Judiciário.

Não se pretende firmar uma conclusão definitiva sobre o tema nem esgotar todos os aspectos problemáticos que podem existir, mas apenas conferir uma nova possibilidade de análise da matéria e contribuir para a solução de um problema ainda pouco explorado no Direito brasileiro e que gera tantas controvérsias, tanto na seara jurídica quanto no âmbito da sociedade.

⁴BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁵ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 35.

I. Poder familiar e autonomia do adolescente

A CF/88 prescreve, em seu artigo 229, a obrigação dos genitores de assistir, criar e educar os filhos menores. Desse dispositivo normativo, emerge a necessidade de os pais cumprirem diversos deveres em relação à formação e ao desenvolvimento da vida de seus filhos, como a escola em que serão matriculados, a educação religiosa e os cuidados necessários com a saúde.

No mesmo sentido, o artigo 1.634 do Código Civil e o artigo 22 do ECA prescrevem o poder familiar, outrora denominado “pátrio poder”, como poder-dever dos pais em relação aos filhos quanto à educação e à criação, à companhia, ao consentimento para casamento, bem como poder-dever de representá-los ou assisti-los, dentre diversos outros.

Ensina Paulo Lôbo⁶ que, em virtude de o poder familiar representar um encargo para seus titulares e de este instituto ter como finalidade o interesse do menor, futuro da sociedade, o Estado tem o poder e também o dever de controlar seu adequado exercício – ou seja, o poder familiar não é absoluto. A entidade estatal age para salvaguardar o interesse do menor, evitar abusos contra ele e, caso haja desvio de finalidade no exercício do poder familiar, tomará providências (suspensão, extinção ou perda) por meio de decisão judicial.

Sílvio de Salvo Venosa⁷, por sua vez, sustenta que, visto sob o prisma do menor, o poder familiar consagra um conteúdo de honra e respeito, afastando a ideia de uma singela subordinação. Portanto, o poder familiar contém mais do que uma simples prescrição moral contida no ordenamento jurídico e exige um atuar permanente de ambos os pais, em igualdade plena, por meio de um conjunto de deveres com relação aos filhos. Ademais, a CF/88 passou a reconhecer que existem vários modelos de família e de filiação, baseados tanto em laços consanguíneos quanto em relações de afeto, todos merecedores de proteção estatal, sem que haja uma hierarquia entre eles.

Para Ishida⁸, o poder familiar apresenta características bem marcantes: (i) é um múnus público imprescritível, espécie de função correspondente a um cargo privado (poder-dever); (ii) é irrenunciável, pois dele os pais não podem abrir mão; (iii) é inalienável, uma vez que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso (embora os respectivos atributos possam, em casos expressamente contemplados na lei, ser confiados a outra pessoa, ou seja, na Adoção e na suspensão do poder dos pais); (iv) é imprescritível, pois dele não decai o genitor pelo simples fato de deixar de exercê-lo e somente poderá perdê-lo nos casos previstos em lei.

⁶LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 298.

⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 361.

⁸ISHIDA, Valtter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 27.

Conforme aduz Waldyr Grizard Filho⁹, essa nova conformação constitucional do poder familiar que visa ao melhor interesse da criança (art. 227) e à isonomia entre os sexos (art. 226, §5º) consagra uma grande conquista histórica, pois, no Direito romano, a figura do pai (*pater*) era tida como uma espécie de chefe absoluto. Os membros da família (mulher, filhos e escravos) eram “propriedade” do *pater*, que poderia vendê-los, puni-los e até matá-los – ou seja, a *patria potestas* romana abrangia o poder de vida e morte. Embora o afeto pudesse existir, não era ele o elo que unia a família; havia um dever cívico.

Beauchamp e Childress¹⁰ definem o melhor interesse do menor – fundamento central do poder familiar – como aquele em que um substituto na tomada de decisões deve determinar a maior rede de benefícios entre as opções existentes, designando diferentes pesos a cada opção e descontando ou subtraindo os riscos inerentes, destacando que é necessário que o substituto aja de modo a sempre escolher o que for mais favorável à criança.

Existem boas razões para a presunção legal de respeitar a autonomia dos pais e a privacidade da família, pois, em geral, existe uma relação de afeto que motiva a tomada de decisões consideradas mais benéficas em relação às crianças e aos adolescentes, além de a proximidade física com os filhos garantir espaço privilegiado para análise das escolhas.

O poder familiar, portanto, surge da necessidade de proteção de crianças e adolescentes, que são considerados vulneráveis pela legislação em virtude da presunção de ausência de maturidade cognitiva para pensar nas consequências futuras de seus atos, especialmente se a intervenção for traumática ou dolorosa.

II. A doutrina do menor maduro

Tendo em vista que a maturidade vem sendo utilizada para justificar a autonomia da decisão do adolescente maior de 16 anos em questões relacionadas à saúde, devem-se perquirir a origem e os fundamentos da teoria do menor amadurecido.

A teoria do menor maduro (*mature minor*) surgiu em 1985 no Reino Unido, no caso que ficou conhecido como *Gilligk versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*¹¹. A origem da controvérsia teve início em 1974, a partir da emissão de uma circular pelo Departamento de Saúde e Seguridade Social que permitia às

⁹GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

¹⁰BEAUCHAMP TL, Childress JF. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford, 2001. p. 93-126.

¹¹CORNOCK, M. A. (2007). Fraser Guidelines or Gillick Competence? *Journal of Children and Young People's Nursing*, v. 1, n. 3, 2007. Disponível em: http://oro.open.ac.uk/15910/1/Cornock_Fraser_guidelines_article.pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

autoridades de saúde, em algumas circunstâncias, prescrever métodos contraceptivos a menores de 16 anos sem autorização dos pais.

O governo inglês estabeleceu, na referida circular, que a faixa etária não seria passível de ser adotada como único meio idôneo para aferir a capacidade de um adolescente consentir na utilização de métodos contraceptivos, devendo ser adotados outros elementos, e que a decisão sobre a existência da maturidade caberia ao médico, respeitando o dever de confidencialidade entre médico e paciente jovem. Victoria Gillick manifestou contrariedade ao conteúdo dessa circular e defendeu que jamais poderia ser aplicado algum tratamento contraceptivo a suas filhas menores sem o consentimento parental, acionando a autoridade de saúde para tal desiderato.

O pedido de Gillick não foi aceito pelas autoridades sanitárias. Em consequência da recusa, foi ajuizada uma ação na justiça contra a autoridade sanitária regional de West Norfolk e Wisbech com o fundamento de que a circular favorecia a prática do crime de incitamento e ajuda à prática de ato sexual ilegal com uma menor de 16 anos, punido pela seção 28 da *Sexual Offences Act* (lei de crimes sexuais) de 1956, bem como aniquilava o exercício das responsabilidades parentais.

As razões invocadas na petição inicial não foram aceitas pelo juízo de primeiro grau, que julgou improcedentes os pedidos por entender que a prescrição de contraceptivos a jovens sem a anuência dos genitores não seria crime, bem como que tal medida não implicaria violação dos direitos parentais. Irresignada, Gillick apresentou recurso de apelação ao Tribunal de Apelação, que lhe deu razão e considerou a circular ilegal por entender que nenhum médico estaria autorizado a prescrever tratamento contraceptivo a jovens sem o consentimento dos pais. Por sua vez, o Departamento de Saúde recorreu à Câmara dos Lordes, que concluiu pela legalidade da circular, restabelecendo os efeitos da sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau.

Outro caso interessante¹² que seguiu as razões do precedente *Gilligk versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, embora não tenha sido sequer judicializado, ocorreu com uma menina de 13 anos chamada Hannah Jones, que sofria de leucemia mieloide aguda. Em virtude de complicações da doença, houve necessidade de um transplante de coração, com possíveis sequelas. Todos os riscos inerentes ao procedimento foram explicados para a jovem e seus pais. Hannah Jones posicionou-se contrariamente ao transplante e recebeu a concordância dos pais. Inicialmente, a equipe médica não tinha concordado com essa decisão e estava disposta a acionar o Judiciário para realizar o procedimento de forma compulsória, mas, após uma equipe realizar avaliação psicológica favorável da paciente, resolveu acatar a decisão da jovem.

¹²SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diego Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

Elucida Henry Black¹³ que o precedente judicial, para ser assim qualificado, deve ser entendido como a decisão de um tribunal considerada como fornecedora de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido. Observe-se que a referida definição de precedente abrange toda a decisão proferida pelo órgão julgador, aí incluídos o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O precedente seria, assim, todo o texto normativo (fonte do direito) e englobaria todos os aspectos fáticos e jurídicos da controvérsia; a partir do precedente, seria possível extrair a norma jurídica que já aplicada no caso concreto e que servirá de paradigma em casos futuros análogos.

A referida definição traz dois aspectos importantes para a compreensão dos precedentes, quais sejam: (i) os precedentes judiciais não são preceitos abstratos e genéricos, estando diretamente vinculados aos casos concretos que lhes deram origem, razão pela qual sua posterior utilização exige a comparação entre a base fática do caso originário e a daquele no qual se pretende usar; (ii) a existência de uma subordinação hierárquica do órgão que emitiu o precedente em relação ao órgão incumbido de decidir o litígio posterior.

Para o entendimento adequado de um precedente, é necessário que o operador do direito compreenda e aplique satisfatoriamente alguns conceitos vinculados ao tema, dentre eles o de *ratio decidendi* (no Direito inglês), *holding* (no Direito estadunidense) ou razões de decidir/motivos determinantes (Direito brasileiro)¹⁴. Trata-se da norma jurídica extraída do precedente que possui caráter vinculante ou obrigatório e que deverá ser utilizada na solução de futuros casos análogos¹⁵.

Ao se qualificar a *ratio decidendi* como norma jurídica, é imprescindível que se reforce a distinção entre o texto do precedente e a norma do precedente, da mesma forma como se opera a distinção entre texto da lei e norma proveniente do texto legal.

É importante destacar, ainda, que a norma do precedente vai sendo esclarecida e tendo seu caráter ampliado ou restringido a partir de sua invocação em casos posteriores em função do raciocínio analógico. Alguns autores, como José Rogério Cruz e Tucci¹⁶, afirmam até mesmo que a *ratio decidendi* não é individualizada pelo tribunal que proferiu a decisão paradigma, e sim posteriormente, pelos juízes que irão extrair a norma jurídica da decisão paradigma para aplicá-la no caso concreto submetido a seu crivo.

¹³BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 7th ed. St. Paul: West Publishing, 1990. p. 1176.

¹⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 630705*; Relator Dias Toffoli; Julgado em: 11/12/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508468/agreg-no-recurso-extraordinario-re-630705-mt-stf/inteiro-teor-111733029>. Acesso em: 24 fev. 2021.

¹⁵OROZCO MUNÓZ, Martín. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra-ES: Aranzadi; Thomson Reuters, 2011. p. 64.

¹⁶CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.

No mesmo sentido, Marinoni¹⁷ esclarece que a definição do que seja a *ratio decidendi* não é função exclusiva da corte suprema e nem de cortes ordinárias. É possível e desejável que a corte suprema explicita o que considera *ratio decidendi*, porém a essa tarefa soma-se a interpretação conferida pela doutrina e, especialmente, pelos advogados e juízes dos casos futuros, sendo atividade dinâmica e conjunta.

Portanto, o sentido jurídico não é estagnado com a emissão do julgamento, razão pela qual o uso posterior do precedente o insere em um novo círculo hermenêutico potencialmente formador de um significado diverso (círculo virtuoso de significado).

Impende trazer à baila, para uma melhor compreensão desse aspecto da *ratio decidendi*, a metáfora do romance em cadeia de Ronald Dworkin¹⁸. Em tal projeto, o autor idealiza os juízes como um grupo de escritores que escrevem um romance em série. Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu e acrescenta um novo, levando em consideração aquilo já constante nos capítulos anteriores, e assim sucessivamente. Cada um deve escrever seu capítulo sem prejuízo de observação criteriosa do que já foi escrito anteriormente, como se fosse obra de um único autor, mas com liberdade para criação. A partir dessa imagem, Dworkin pretende consolidar a ideia de que o poder judicial de formar precedentes obrigatórios deve ser analisado a partir do paradigma da integridade e coerência. Não há nem liberdade criativa total, vez que não se pode desconsiderar o que foi escrito antes pelo tribunal que inaugurou o romance (precedente), nem coerção mecânica, tal como ocorre com o tradutor de um texto estrangeiro, pois o intérprete dos casos seguintes é também criador da norma, vez que raramente ocorre uma perfeita similitude dos fatos apresentados.

Portanto, ao interpretar a *ratio decidendi* do caso Gillick, é possível afirmar que, apesar de estar relacionado com o tratamento contraceptivo a uma menor de 16 anos, o princípio segundo o qual uma adolescente pode consentir em seu próprio nome sobre o tratamento foi estendido aos meninos, bem como a aconselhamento e tratamento de outra natureza médica que não anticoncepcional. Verificou-se no acórdão, como bem pontuou Cláudia Abreu¹⁹, que o fundamental para determinar se um jovem podia ou não consentir num ato médico passava por aferir sua capacidade, inteligência e discernimento, de modo a concluir se teria ou não compreendido os conselhos médicos e tratamentos propostos; seria essencial também que o adolescente compreendesse questões morais, familiares e emocionais. Nos debates realizados durante o julgamento do caso Gillick, conduzidos pelos juízes Fraser e

¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 133.

¹⁸DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 277.

¹⁹ABREU, Cláudia Raquel Sousa. *Os menores e o consentimento informado para ato médico*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015.

Scarman, foi sugerida a aplicação de testes que permitissem ao médico determinar se a menor teria ou não discernimento suficiente para compreender o ato médico que lhe era proposto, as possíveis consequências, os efeitos secundários e os riscos.

Na opinião de Fraser, a capacidade intelectual da criança era o mais relevante nessa matéria, e não sua idade. Por sua vez, Scarman entendia que as responsabilidades parentais não foram eliminadas com a circular e que o direito parental de escolher se o filho menor poderá receber tratamento médico terminaria se e quando a criança atingisse entendimento e inteligência suficientes que lhe permitissem compreender em absoluto o que lhe era proposto. Já os juízes Brandon e Templeman entenderam que prestar aconselhamento a meninas adolescentes sobre contracepção e lhes prescrever tratamento contraceptivo envolveria necessariamente promover ou encorajar o ato sexual. Estes juízes defenderam que as adolescentes não possuem discernimento suficiente para decidir por si mesmas e que só nos casos de pais não presentes ou que tivessem abusado do poder parental é que o médico poderia decidir legalmente sem o consentimento dos progenitores. Desta feita, a decisão do Tribunal de Apelação produziu o efeito exatamente oposto àquele que Gillick desejava: passou a ser válido o consentimento de menores de 16 anos em qualquer ato médico desde que possuam competência para tanto – a chamada “competência de Gillick”.

As linhas orientadoras da competência de Gillick resultaram em três regras que visam a auxiliar o profissional de saúde a verificar se um adolescente tem ou não capacidade para consentir com determinado ato médico sem o consentimento dos pais: (i) deve o médico procurar persuadir a criança a envolver os pais na decisão; (ii) deve o médico estar convicto de que a criança é madura o suficiente para compreender em absoluto a natureza, o propósito e as consequências do tratamento proposto; (iii) o tratamento ser realizado no melhor interesse da criança. Assim, o adolescente só será competente à luz do teste Gillick quando estes critérios estiverem preenchidos, ou seja, quando o médico estiver convicto de que o jovem tem entendimento e inteligência suficientes que lhe permitam compreender a atitude terapêutica proposta.

Depreende-se dessa teoria que, ao se analisarem aspectos cognitivos de um determinado adolescente, é possível entender que ele poderá utilizar sua autonomia e capacidade intelectual para aceitar tratamento médico independentemente da autorização dos pais. Não se trata de generalização realizada com fundamento único e exclusivo na idade cronológica, mas em diversos outros elementos, a partir de análise realizada por médico ou outro profissional da área da saúde.

Os fundamentos do caso Gillick vêm sendo utilizados em diversos países, como a Áustria²⁰, onde a criança que tem capacidade para compreender toda a infor-

²⁰MATOS, Mafalda Francisco. O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos: uma perspectiva jurídico-penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 90. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico; 21).

mação que lhe é passada pode, sozinha, consentir em um ato médico ou dissindir dele; só no caso de lhe faltar essa capacidade é que os representantes legais são chamados a intervir.

Na Holanda²¹, existe “um sistema de aquisição da capacidade para consentir em cascata”: as crianças com menos de 12 anos são incapazes para consentir num ato médico; salvo prova em contrário, entre os 12 e os 15 anos presume-se capacidade e, se o menor for competente, exige-se duplo consentimento (dos pais e do menor). Todavia, se a recusa partir dos pais, a intervenção médica será realizada desde que seja fundamental para evitar um dano grave à saúde do menor ou desde que ele assim o queira.

No entanto, diversos outros aspectos merecem ser levados em consideração, como o fato de que, no caso Gillick, a adolescente decidiu submeter-se a tratamento médico, e não se recusá-lo. Outro aspecto relevante é que, nesse caso, não havia risco de morte ou dano irreversível para a adolescente. Por fim, o caso em nenhum momento levou em consideração eventual recusa por motivos religiosos ou filosóficos.

Como ensinam Barroso e Perrone²², o que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquelas em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção. Porém, o desafio consiste justamente na precisa delimitação dos fatos relevantes e irrelevantes no julgamento em análise, especialmente em um país onde os operadores do direito não têm tradição nessa área. Ademais, a necessidade de fundamentação exauriente prevista no artigo 489, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil exige que o magistrado demonstre de forma analítica a distinção entre os fatos relevantes, e não que apenas faça uma afirmação genérica de que os fatos do caso concreto se ajustam na decisão paradigma, como uma simples operação de subsunção.

III. A teoria da mundialização do direito e o intercâmbio de decisões judiciais

Não se pretende discutir a teoria da mundialização do direito em todos os seus aspectos nem tecer uma abordagem problemática dela, vez que tal escopo fugiria ao âmbito deste trabalho. O presente tópico limita-se a oferecer uma visão

²¹PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: COMEMORAÇÕES dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007. v. 2, p. 297.

²²BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano 15, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.15.n.03.2016.854>.

inicial do assunto e permitir uma reflexão acerca da possibilidade de influência do precedente inglês – o caso *Gillig versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* – no Direito brasileiro em relação à possibilidade de reconhecimento da autonomia do adolescente em relação aos pais no tocante a realização ou recusa de tratamentos médicos.

Existe um certo consenso de que o sistema jurídico brasileiro é vinculado à tradição do *civil law*. Todavia, como aduz Hermes Zaneti Júnior²³, o sistema brasileiro é híbrido, pois a previsão de controle difuso de constitucionalidade inserida desde 1891 é decorrente da tradição do *common law* estadunidense, enquanto o direito privado e o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) são provenientes do *civil law*.

No mesmo sentido vai Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior²⁴, quando afirma que o sistema jurídico nacional materializa uma tendência mundial de convergência entre as tradições jurídicas, sendo a noção de precedentes obrigatórios algo que vem ganhando destaque e relevância. Como exemplo, cita que a estrutura do Poder Judiciário é bastante rígida e hierarquizada, com a previsão dos precedentes próprios da tradição do *common law* tanto no âmbito infraconstitucional (por exemplo, incidente de resolução de demandas repetitivas) como constitucional (por exemplo, arguição de descumprimento de preceito fundamental), os quais devem ser seguidos obrigatoriamente tanto pelos juízes quanto pelos tribunais. Assim, merece ser reproduzida a afirmação de que o Brasil é mestiço até mesmo em seu sistema jurídico²⁵.

É que a primazia da lei, base do *civil law*, não estava permitindo determinar com segurança qual seria a norma aplicável pelos tribunais em dadas situações, nem qual seria o resultado de um eventual julgamento, mesmo em casos aparentemente análogos, ocasionando um fenômeno que passou a ser chamado de “jurisprudência lotérica”²⁶.

Portanto, embora o Brasil seja constantemente associado como um país da tradição do *civil law*, e ainda que se considere a existência dos precedentes obrigatórios como algo próprio da tradição do *common law*, nada impede sua adoção pelo sistema jurídico brasileiro, pois a Constituição Federal e o Código de Processo Civil contemplam essa possibilidade.

Importante registrar, ainda, que o direito também é atingido pela globalização, por estar presente em diversos aspectos cotidianos da sociedade e ser compartilhado entre os países. A produção das fontes primárias do direito e a

²³ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.

²⁴ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 42-44.

²⁵MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.84.

²⁶CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-228, abr. 2001.

força dos precedentes como produto oriundo da soberania estatal absoluta estão em profunda transformação, tanto nos países comumente associados ao *civil law* quanto naqueles vinculados ao *common law*. Nesse sentido, Julie Allard e Antoine Garapon²⁷ afirmam que os juízes citam cada vez mais decisões de magistrados de outros países democráticos em seus julgamentos e se inspiram em soluções propostas por colegas estrangeiros.

Assim, as remissões a decisões precedentes em outros países não surgem como forma de os magistrados negarem o direito nacional vigente e tentarem conquistar uma autonomia da esfera política, criando uma ordem jurídica mundial una, uma espécie de “esperanto judicial”. Essas referências recíprocas entre os magistrados também não significam apenas atos demonstração de erudição ou de conhecimento de casos estrangeiros por parte dos juízes, sem que isso represente qualquer influência real nos julgamentos. Pelo contrário, como bem explicam Julie Allard e Antoine Garapon²⁸, o fenômeno da mundialização do direito é decorrência de uma nova ordem global que foi acentuada após o fim da Guerra Fria, em 1991, sendo marcante o intercâmbio econômico entre os diversos países no tocante à circulação de produtos e serviços em comum, notadamente com o crescimento e a consolidação de grandes empresas multinacionais e, até mesmo, do comércio eletrônico.

No mesmo sentido, com o final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, houve a consolidação dos direitos humanos em diversos tratados internacionais e com a maior fiscalização, pela comunidade internacional, do cumprimento desses diplomas normativos para fins de responsabilização dos diversos países signatários de tais tratados. Vários tribunais internacionais (Tribunal Penal Internacional, Corte Interamericana de Direitos Humanos etc.) foram criados, compostos por integrantes de diversos países, e com isso aumentaram a aproximação e a atuação conjunta de juízes de diferentes Estados. Esses aspectos reforçaram que a integração econômica e política demanda também uma integração jurídica, o que possibilitará a redução dos custos de transação e a garantia de segurança jurídica dos intercâmbios graças à linguagem comum e operativa.

Assim, não é mais possível pensar que a soberania pode funcionar como critério suficiente para impedir que juízes de determinados países deixem de levar em consideração aspectos importantes trazidos no julgamento de casos similares em democracias homólogas.

Na dicção de Julie Allard e Antoine Garapon²⁹, a mundialização do direito não significa transpor o princípio da soberania próprio dos Estados, vez que os diversos sistemas nacionais não entram em concorrência nem há pretensão de

²⁷ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *op. cit.*, p. 35.

²⁸*Id.*, p. 30.

²⁹*Id.*, p. 36.

algun país impor-se hierarquicamente a um outro, estando todos em situação de avaliação recíproca permanente. Portanto, a previsibilidade e a coerência na tomada de decisões acerca de assuntos globalizados são um mecanismo implícito que os tribunais de diversos países têm adotado de forma espontânea, sem qualquer caráter cogente, dificultando o isolamento que a soberania nacional costuma reivindicar.

Um grande exemplo do fenômeno de mundialização do direito é o mandado de detenção europeu. Como aduz Anabela Miranda Rodrigues³⁰, imediatamente após os atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, alguns tribunais europeus começaram a adotar o entendimento, oriundo de decisões judiciais de outros países do continente, de que era possível substituir o processo de extradição por um processo judicial simplificado que estava tendo sucesso: o mandado de detenção europeu. No mesmo sentido vão as decisões acerca dos procedimentos a serem seguidos pela arbitragem nas relações comerciais, funcionando a mundialização do direito como excelente mecanismo para dirimir fortes contradições oriundas das incertezas de interpretação advindas das legislações nacionais.

É preciso registrar que a mundialização do direito não é unanimidade, e vários juízes vêm registrando em seus votos irrisignação à citação de julgados estrangeiros em decisões nacionais. Um exemplo foi a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Lawrence versus Texas*³¹. Tratava-se de uma ação em que se discutia uma lei do Texas que proibia relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo; a lei texana foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte com várias referências às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em Estrasburgo. Em voto dissidente, o juiz Antonin Scalia afirmou que a discussão de decisões estrangeiras seria desprovida de interesse e perigosa, pois tendia a impor hábitos ou modos de outros países aos estadunidenses sem qualquer legitimidade.

Tal argumento não procede, pois, como bem sustentam Ost e Kerchove³², a mundialização do direito não significa a aplicação de precedentes de direito estrangeiro em determinado país. A mundialização do direito é, na verdade, uma dimensão do próprio direito interno que, a partir da observação dos argumentos aplicados em decisões judiciais estrangeiras ou internacionais, permite uma releitura dos institutos do direito interno e dos tratados de direito internacional devidamente incorporados.

Não existe qualquer obrigatoriedade de os tribunais assim procederem, porém a preocupação com a reputação da decisão no plano internacional, a necessidade de conferir mais segurança jurídica para a atração de investimentos de empresas

³⁰RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

³¹*Lawrence versus Texas*, 539 EUA 558 (2003) é um caso histórico de direitos civis na Suprema Corte dos Estados Unidos. A Corte derrubou a lei de sodomia no Texas por seis votos a três e, por extensão, invalidou as leis de sodomia em outros 13 estados, tornando a atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo legal em todos os estados e territórios dos EUA.

³²OST, François; KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau*. Bruxelas: FUSL, 2002.

estrangeiras e o dever de conferir tratamento uniforme aos direitos humanos tornam a mundialização do direito uma constante na atualidade, fazendo com que a pirâmide de Hans Kelsen ceda espaço a um espaço não hierárquico e policêntrico, em que todos os tribunais se relacionam e podem se influenciar mutuamente, sem, contudo, perderem sua autonomia e independência.

Nesse sentido, o caso *Gilligk vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* – considerado um relevante precedente acerca da teoria da maturidade progressiva do adolescente na Inglaterra, país com alta tradição na matéria – pode ser utilizado como notável influência na construção da norma proveniente da interpretação da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (promulgada no Brasil pelo Decreto n. 99.710/1990), do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil.

IV. A autonomia progressiva do adolescente em questões de saúde no Direito brasileiro

No presente trabalho, revela-se essencial analisar a juridicidade de eventual prevalência da decisão dos filhos adolescentes maiores de 16 anos em relação à dos pais em situações de conflito de interesses em matéria de saúde – notadamente a recusa de tratamento médico –, bem como em quais casos essa prevalência seria possível.

Ademais, ainda que seja reconhecida a juridicidade de prevalência da decisão dos filhos adolescentes maiores de 16 anos em relação à dos pais, torna-se imprescindível estabelecer e comprovar os requisitos mínimos exigidos para a realização válida do ato, levando em conta os dispositivos normativos que regem a matéria e alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STF) em relação à matéria.

A questão não é simples e existem diversas perspectivas, pois podem ocorrer divergências que coloquem, de um lado, a proposta terapêutica do médico/desejo dos pais e, do outro lado, a escolha do jovem. Da mesma forma, pode ocorrer discordância entre a proposta terapêutica do médico/desejo do jovem e a escolha dos pais. Pode, ainda, haver divergência entre os pais e o adolescente sobre a opção de seguir ou não determinado tratamento quando mais de um médico analisou o paciente e cada um prescreveu distintos procedimentos a serem seguidos.

Importante destacar também que as discordâncias entre os pais e os adolescentes maiores de 16 anos podem ocorrer por motivos religiosos, nas hipóteses em que professam crenças diversas. Ademais, a questão pode envolver hipóteses de que determinada escolha conduza, com elevado grau de probabilidade baseado em evidências científicas, ao óbito ou a um dano físico ou psíquico irreversível do jovem, enquanto outras escolhas sejam menos traumáticas. Enfim, existem inúmeras possibilidades.

Diversos autores, como Carlos Casabona³³, entendem que a vontade do adolescente deve ser levada em consideração quando existe prescrição para que ele seja submetido a tratamento médico, desde que possua capacidade natural de juízo e suficiente maturidade para compreender a natureza e as consequências do ato ao qual consente. O referido autor, a partir da psicologia evolucionista de Piaget³⁴, sustenta que, uma vez constatada a maturidade do adolescente por profissionais capacitados, seria possível atestar sua autonomia para o consentimento.

Entretanto, a aplicação da teoria do menor maduro a questões de saúde envolvendo divergência entre adolescentes e pais não é de fácil resolução. É que, diferentemente do que acontece na Argentina, cujo novo Código Civil (Lei n. 26.994/2014³⁵) estabelece, em seu artigo 26, que a pessoa menor de idade (entre 13 e 18 anos) que contar com suficiente grau de maturidade poderá exercitar pessoalmente diversos atos da vida civil, não há previsão expressa nesse sentido na CF/88, no Código Civil e no ECA do Brasil. Nem mesmo o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015³⁶) apresentou um novo critério para aferir a maturidade progressiva dos adolescentes em termos de capacidade para a prática de atos de natureza cível.

E mais: no Código da Argentina, há previsão expressa no sentido de que o adolescente entre 13 e 18 anos tem aptidão para decidir sobre tratamentos médicos não invasivos que não comprometam seu estado de saúde; já em caso de tratamento invasivo que comprometa seu estado de saúde ou ponha em risco sua integridade, o jovem prestará consentimento com a assistência dos pais. Eventual conflito será resolvido levando em conta o interesse do menor, com base na opinião médica cientificamente aceita acerca das consequências da realização do ato. A partir dos 16 anos, o adolescente será considerado adulto para as decisões relacionadas ao próprio corpo.

No mesmo sentido, a teoria do menor maduro a partir da perspectiva da mundialização do direito não é capaz de, por si só, impor a autonomia do adolescente em relação aos pais. Afinal, conforme já asseverado anteriormente, apesar de reconhecer que os tribunais dos diversos países podem se inspirar em soluções propostas por seus homólogos estrangeiros e adotar seus argumentos, a teoria da mundialização do direito encontra limites interpretativos na legislação nacional e nos precedentes das cortes superiores, sob pena de esvaziamento da soberania.

³³ROMEO CASABONA, Carlos Maria. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Org.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 149.

³⁴PIAGET, J. *Epistemologia genética*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁵ARGENTINA. SISTEMA DE INFORMACIÓN DE TENENCIAS EDUCATIVAS EN AMERICA LATINA. *Ley N. 26.994/2014. Código Civil y Comercial de la Nación*. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_argentina_0837.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

³⁶BRASIL. *Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

Em outras palavras, a teoria da mundialização do direito não significa uma vinculação hierárquica dos tribunais brasileiros aos tribunais estrangeiros, mas apenas uma forma de acentuar que nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos fundamentos de seus homólogos de países democráticos, havendo necessidade de diálogo entre as razões, ainda que para realizar uma releitura de interpretações normativas e institutos nacionais.

Todavia, a partir de uma pesquisa mais atenta, é possível verificar que a previsão da maturidade do menor prevista no Código Civil argentino possui seu fundamento no artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, tratado internacional que também foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro e que traz a previsão da autonomia progressiva do adolescente ao lhe assegurar o direito de expressar suas opiniões sobre todos os assuntos relacionados a seu interesse, levando-se em consideração sua idade e maturidade.

Conforme o atual entendimento do STF³⁷, os tratados internacionais incorporados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004³⁸ e cuja matéria disser respeito a direitos humanos possuem *status* infraconstitucional e supralegal, o que, portanto, os coloca verticalmente acima de quaisquer leis ordinárias, dentre as quais estão inseridos o Código Civil e o ECA. Dessa forma, em que pese não haver consagração explícita da autonomia progressiva do adolescente no Código Civil nem no Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo fato de essa matéria estar prevista em tratado internacional (Convenção dos Direitos da Criança de 1989), sua aplicação faz-se obrigatória em nosso sistema jurídico, devendo a legislação infraconstitucional ser interpretada e passar pelo filtro das convenções internacionais – no denominado o controle de convencionalidade³⁹.

Ademais, a previsão da autonomia progressiva do adolescente não entra em confronto com qualquer norma constitucional e pode ser extraído de outros dispositivos constitucionais, como o que faculta o voto aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos (art. 14), e infraconstitucionais, como os artigos do Código Civil que permitem que o adolescente maior de 16 anos se emancipe (art. 5º, IV), seja testemunha em alguns atos jurídicos (art. 228, I) e elabore testamento (art. 1.860, § único).

Vale argumentar, ainda, que os artigos 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o direito dos jovens à liberdade, ao respeito e à dignidade. Registre-se, também, que as crianças e os adolescentes são titulares de direitos da

³⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Habeas Corpus (HC) 87.585-TO*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 24. fev. 2021. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Recurso Extraordinário (RE) 466.343-SP*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 24. fev. 2021.

³⁸BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc45.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

³⁹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 4.

personalidade, conforme previsão no Código Civil (arts. 11 a 21). Tais direitos, por decorrência lógica, só podem ser efetivados quando respeitados os valores, crenças e opiniões das crianças e dos adolescentes.

Imprescindível que os pais resistam à tentativa de sempre realizar pelos filhos, em todos os assuntos, o julgamento das opções de vida e, ainda, a eleição de qualquer delas. Isso jamais corresponderia ao fomento da liberdade e da responsabilidade. Os jovens tornam-se os sujeitos em questão, ocupando lugar de destaque nessa relação parental enquanto sujeitos promotores de seu próprio processo de constituição pessoal. Os pais devem respeitar este espaço, sem, contudo, deixar de realizar seus deveres oriundos do poder familiar.

Evidente que nem todas as vontades dos adolescentes deverão ser cumpridas, mas, na condição de pessoas em formação, eles possuem o direito de participar das decisões sobre questões que envolvam sua vida, sendo alargado esse poder decisório na medida em que amadurecem – notadamente os adolescentes maiores de 16 anos, que, por disposição legal, podem ser emancipados e até exercerem o direito ao voto.

Autores como Maria de Fátima Sá e Bruno Neves⁴⁰ sustentam que a justificativa é a preservação de sua autonomia futura, para que, devidamente capazes e com discernimento, façam suas próprias escolhas. A menoridade corresponderia a um estágio normal e progressivo para a plena capacidade de agir, visando, por um lado, a proteger a vulnerabilidade e dependência da criança e, por outro, dar aos jovens as ferramentas necessárias para que se tornem adultos autônomos e responsáveis.

A adoção da possibilidade da consagração da maturidade progressiva do adolescente também encontra consonância na teoria da mundialização do direito, a exemplo de países como Inglaterra (*Gilligk versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*) e Holanda. Neste último país⁴¹, existe “um sistema de aquisição da capacidade para consentir em cascata”: as crianças com menos de 12 anos são incapazes para consentir em ato médico. Salvo prova em contrário, a justiça holandesa presume capazes adolescentes com entre 12 e 15 anos – se o menor for competente, exige-se um duplo consentimento (dos pais e do menor). Todavia, se a recusa partir dos pais, a intervenção médica será realizada desde que seja fundamental para evitar um dano grave para a saúde do menor ou que este assim o queira.

Podemos concluir, portanto, que no Direito brasileiro o menor de 16 anos é considerado, por presunção absoluta do legislador diante de sua suposta ausência de maturidade cognitiva, como civilmente incapaz para tomar decisões concernentes à escolha de tratamento médico ou outros procedimentos na área de saúde, e os pais são responsáveis por tomar todas as decisões em seu lugar.

⁴⁰SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diego Luna. *op. cit.*, p. 131.

⁴¹PEREIRA, André Gonçalo Dias. *op. cit.*, p. 297.

Durante essa fase da vida do jovem, portanto, verifica-se uma presunção de incompetência para que ele atue autônoma e pessoalmente e, até que atinja 16 anos de idade, o Código Civil adota uma forma de suprimento: a representação legal, que cabe, em primeiro lugar, aos detentores das responsabilidades parentais. É uma forma de proteger a vulnerabilidade e dependência da criança e do adolescente até 16 anos, estando em conformidade com a doutrina da proteção integral prevista na CF/88 e no ECA.

É verdade que a autoridade dos pais não é absoluta e que é válida eventual manifestação do jovem nessa faixa etária, pois, quando a escolha dos pais contraria o melhor interesse da criança, o Estado pode intervir, agindo segundo a doutrina *parens patriae*, que legitima que o poder público intervenha contra um pai abusivo ou negligente. É importante registrar, contudo, que nessa hipótese não há prevalência da autonomia do adolescente em relação ao poder familiar, mas mero ajuste no exercício do poder familiar.

Porém, é possível realizar uma interpretação do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir de uma filtragem decorrente da Constituição Federal e da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, em relação ao adolescente maior de 16 anos para consagrar a ideia de maturidade progressiva.

Nessa hipótese, apenas o critério da idade não é suficiente para aferir se o menor está capaz ou não para consentir ou recusar a realização do tratamento médico quando em confronto com a vontade manifestada pelos pais. Todavia, afastar o critério legal da idade e conferir autonomia ao adolescente exige um conjunto de cautelas e exigências.

O primeiro critério é que o adolescente maior de 16 anos esteja apto para manifestar sua vontade, o que exclui as pessoas em estados psíquicos alterados, por situação genética ou traumática, por adição a substâncias entorpecentes ou por estarem sob efeito de medicamentos que impeçam ou dificultem de forma significativa a cognição.

Ademais, como aduz Luís Roberto Barroso⁴², para que se repute o consentimento como inequívoco, ele deverá ser personalíssimo, expresso e atual. Personalíssimo exclui a recusa feita mediante representação. A decisão também haverá de ser expressa, não se devendo presumir a recusa de tratamento médico, bem como prestada em momento imediatamente anterior à suposta realização do procedimento, não se admitindo recusa de tratamento por antecipação.

⁴²BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 49–91, abr./jun. 2010.

O segundo critério é que o exercício da autonomia precisa ser genuíno, fruto de uma vontade livre e informada. É o que a doutrina denomina “consentimento informado”. Segundo Hewlett⁴³, trata-se de um processo em que um médico concede informações a um paciente em relação a um possível tratamento ou procedimento. O médico e os demais profissionais de saúde envolvidos explicam ou revelam ao paciente todos os fatos necessários e todos os riscos envolvidos no procedimento, mesmo que remotos ou pouco prováveis, para que ele tome uma decisão inteligente e forneça seu consentimento ou não consentimento consciente. Tal esclarecimento representa um estímulo à construção de uma relação baseada na confiança, uma vez que respeito, lealdade e confiança são os melhores mecanismos ou instrumentos na relação médico-paciente. E, para que seja considerado genuíno, o consentimento precisará ser livre, fruto de escolha do titular, sem interferências indevidas. Isso significa que ele não deve ter sido produto de influências externas indevidas, como induções, pressões ou ameaças dos pais, da família ou de determinada comunidade religiosa.

Contudo, não basta que o adolescente tenha sido devidamente informado; é essencial que uma equipe multidisciplinar analise se ele foi capaz de compreender de forma plena a situação, a partir de uma efetiva relação dialógica entre médico e paciente⁴⁴.

Por fim, o adolescente maior de 16 anos também tem o direito de se recusar a ser informado. Nestes casos, os profissionais de saúde devem questioná-lo sobre quais parentes ou amigos devem servir como canal das informações.

Se compreende as informações fornecidas, o paciente assina o termo de consentimento livre e esclarecido e, assim, demonstra seu consentimento. Todavia, como bem esclarecem Daniel Muñoz e Paulo Antônio Fortes⁴⁵, é preciso fazer a distinção entre consentimento esclarecido, que consiste em um processo para contribuir à tomada de decisão pelo paciente, do termo de consentimento, que é um documento legal, assinado pelo paciente ou por seus responsáveis com o intuito de respaldar juridicamente a ação dos profissionais e dos estabelecimentos hospitalares. Este último tem pouca validade quando não contempla os fundamentos do processo de manifestação autônoma da vontade do paciente e é fornecido em um texto padronizado para todo e qualquer caso.

Verifica-se, portanto, a prevalência da vontade do adolescente maior de 16 anos em relação à vontade dos pais em virtude da consagração da teoria da

⁴³HEWLETT, Sarah. Consent to clinical research: adequately voluntary or substantially influenced? *J. Med Ethics*, v. 22, n. 4, 232-237, 1996. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/medethics/22/4/232.full.pdf>. <https://doi.org/10.1136/jme.22.4.232>.

⁴⁴KONRAD, M. A defense of medical paternalism: maximizing patient's autonomy. In: EDWARDS, Rem B.; GRABER, Glenn C. *Bioethics*. San Diego: Hachett Brace Jovanovich Publishers, 1988, p. 141-50.

⁴⁵MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: Costa, Sérgio Ibiapina Ferreira; Garrafa, Volnei; Oselka, Gabriel. *Iniciação à bioética*. Brasília-DF, Conselho Federal de Medicina, 1998.

maturidade progressiva no Direito brasileiro, desde que preenchidos os requisitos acima delineados.

Importante registrar, porém, que tal possibilidade não abrange os casos que possam causar danos irreversíveis ou de difícil reversibilidade à saúde do menor. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o adolescente pretende a recusa de tratamento médico por motivo religioso (como nas hipóteses da transfusão de sangue em testemunha de Jeová).

Não se nega que, em relação ao adulto, a crença religiosa deve ser respeitada, mesmo que ele esteja correndo risco de morte. Afinal, conforme elucida Luís Roberto Barroso⁴⁶, a liberdade de religião é um direito fundamental, constituindo escolha existencial que deve ser respeitada pelo Estado e pela sociedade, razão pela qual a recusa em se submeter a procedimento médico por motivo de crença religiosa configura manifestação da autonomia do paciente derivada da dignidade da pessoa humana. E não cabe ao direito apontar erros ou acertos de dogmas religiosos, mas apenas respeitá-los se forem oriundos de íntima convicção, desde que não acarretem prejuízos ou danos a terceiros.

Já em relação a crianças e adolescentes, a questão merece ser analisada a partir de um prisma diverso, pois maturidade dessas pessoas ainda está em formação – jovem está em processo de construção do conhecimento existencial, filosófico e técnico. Ademais, muitas vezes os jovens são submetidos a um ambiente monocromático em termos religiosos e culturais, não tendo sequer a oportunidade de conhecer outros valores e crenças. Nos casos em que há risco de o paciente falecer, eventual frustração ou arrependimento posterior em virtude da maturidade plena não seria sequer possível, em virtude do dever de proteção integral da criança e do adolescente, com absoluta prioridade do direito à vida, previsto no artigo 229 da CF/88 e do artigo 7º do ECA. Além disso, nesses casos também os responsáveis não podem realizar a decisão substituta de recusa de tratamento médico em nome dos filhos adolescentes, sendo cogente cumprir a recomendação dos protocolos de tratamento médico.

O artigo 15 do Código Civil, por sua vez, como elucida Carlos Roberto Gonçalves⁴⁷, também não se refere a situações em que a recusa de tratamento médico possa ocasionar ou agravar um risco para a vida do paciente. Na verdade, ele consagra a recusa de tratamento que seja, em si mesmo, arriscado. O dispositivo, portanto, não faz nenhuma ressalva, não se cogitando da possibilidade de que o médico imponha o tratamento arriscado por considerar que a inação levaria à morte certa.

Foi exatamente essa linha interpretativa seguida nos autos do *habeas corpus* 268.459-SP, em que o Superior Tribunal de Justiça considerou ser possível a

⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, *cit.*

⁴⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

responsabilização criminal de médicos pela omissão em realizar transfusão de sangue em uma jovem testemunha de Jeová. A decisão reconheceu que os pais também tinham o dever de contribuir para a transfusão de sangue da filha, mas revelaram a atipicidade de sua conduta por ausência de dolo, vez que comungavam da religião Testemunhas de Jeová. Contudo, a responsabilização dos médicos restou reconhecida, destacando-se que, em casos envolvendo crianças e adolescentes com risco de morte, é irrelevante a vontade do paciente e/ou de seu representante legal, tendo em vista a previsão constitucional de proteção à vida dos jovens com absoluta prioridade.

Em outro caso, relacionado à colocação de tatuagem em menor, ainda que relativamente incapaz, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos autos da Apelação Cível n. 1.0672.15.005747-5/001, em julgamento realizado em 06/06/2018, entendeu que é imprescindível a autorização ou a ratificação dos genitores ou responsáveis legais, sob pena de cometimento de ato ilícito pela violação à integridade física do menor, que não tem capacidade civil para dispor do próprio corpo. Não houve, na fundamentação do julgado, qualquer menção à Convenção dos Direitos da Criança de 1989 ou à teoria da maturidade progressiva, mas simples remissão a dispositivo do Código Civil.

Eventual divergência entre o adolescente maior de 16 anos, seus pais e os médicos em relação a tratamento ocular (por exemplo, cirurgia para diminuição do grau de miopia) ou em relação à colocação de uma tatuagem é plenamente aceitável, desde que presentes os demais requisitos, vez que eventual escolha equivocada não impedirá o jovem de posteriormente realizar o procedimento – além do que, as frustrações e os arrependimentos no futuro fazem parte das relações humanas. Contudo, no caso de eventual tratamento médico em que existem sérias possibilidades de óbito ou de um dano irreversível (por exemplo, recusa de transfusão de sangue para realização de cirurgia), não é possível adotar a teoria da maturidade progressiva, sendo dever dos pais e dos médicos a realização do tratamento.

Conclusão

Verificamos que a moderna concepção do poder familiar deverá estar adequada à consideração da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e que é possível consagrar a teoria da maturidade progressiva do menor a partir de uma releitura da autonomia do adolescente consagrada na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (Decreto n. 99.710/1990) e nos princípios constitucionais que estabelecem o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, analisamos que o fenômeno da mundialização dos juízes possibilita a utilização de argumentos constantes em decisões proferidas em cortes estrangeiras e internacionais como importante meio argumentativo para defender a aplicação da teoria do menor maduro no Direito brasileiro, com especial destaque para o caso *Gilligk versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*,

considerado um relevante precedente acerca da teoria da maturidade progressiva do adolescente na Inglaterra. Essa leitura não significa abolir a soberania do Direito brasileiro, vez que a mundialização do direito surgiria como uma nova dimensão do direito interno.

Portanto, a idade de 16 anos não é critério suficiente para o adolescente atuar de forma completamente autônoma em relação aos pais em matéria de saúde, pois tem ainda de ser avaliada a maturidade de discernimento do jovem, o qual só poderá ter sua autonomia prevalente em relação ao poder familiar sobre ato médico se compreender o alcance de sua decisão, o tratamento a realizar, o modo como este se processa, sua duração e as consequências e os riscos existentes, desde que não haja dano irreversível.

A solução não é simples e permite a análise da situação a partir de várias perspectivas, razão pela qual este trabalho não pretendeu impor ou demonstrar qualquer situação, mas apenas lançar novas luzes a um problema relevante na sociedade.

Referências

- ABREU, Cláudia Raquel Sousa. *Os menores e o consentimento informado para ato médico*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015.
- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juizes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 49-91, abr./jun. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano 15, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.15.n.03.2016.854>.
- BEAUCHAMP TL, Childress JE. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford, 2001.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 7th ed. St. Paul: West Publishing, 1990.
- CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-228, abr. 2001.
- CORNOCK, M. A. (2007). Fraser Guidelines or Gillick Competence? *Journal of Children and Young People's Nursing*, v. 1, n. 3, 2007. Disponível em: http://oro.open.ac.uk/15910/1/Cornock_Fraser_guidelines_article.pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HEWLETT, Sarah. Consent to clinical research: adequately voluntary or substantially influenced? *J. Med Ethics*, v. 22, n. 4, 232-237, 1996. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/medethics/22/4/232.full.pdf>. <https://doi.org/10.1136/jme.22.4.232>.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2003.

KONRAD, M. A defense of medical paternalism: maximizing patient's autonomy. In: EDWARDS, Rem B.; GRABER, Glenn C. *Bioethics*. San Diego: Hachette Brace Jovanovich Publishers, 1988.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MATOS, Mafalda Francisco. O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos: uma perspectiva jurídico-penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico; 21).

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 4.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: Costa, Sérgio Ibiapina Ferreira; Garrafa, Volnei; Oselka, Gabriel. *Iniciação à bioética*. Brasília-DF, Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-70.

OROZCO MUNÓZ, Martin. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra-ES: Arazandi; Thomson Reuters, 2011.

OST, François; KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau*. Bruxelas: FUSL, 2002.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: COMEMORAÇÕES dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007. v. 2.

PIAGET, J. *Epistemologia genética*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Org.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diego Luna. *Autonomia para morrer*: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo – Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); mestrado em Direito pela UFPE; graduação em Direito pela UFPE. Professor da Faculdade Frassinetti do Recife (FAFIRE) e da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região. Juiz Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco – Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recife/PE, Brasil. E-mail: rocoaraujo@hotmail.com

