



Marina Carneiro Matos Sillmann

*Competência e recusa de  
tratamento médico por  
crianças e adolescentes:*

*Um necessário diálogo entre o biodireito  
e o direito infantojuvenil*

coleção 

*Direitos da criança  
e do adolescente*



editora  
**D'PLÁCIDO**

*Direitos da criança  
e do adolescente:*

*Competência e Recusa de tratamento médico  
por crianças e adolescentes - um necessário diálogo  
entre o biodireito e o direito infantojuvenil*



Marcelo de Mello Vieira  
Paulo Tadeu Righetti Barcelos  
*[Orgs.]*

Marina Carneiro Matos Sillmann

# *Direitos da criança e do adolescente:*

*Competência e Recusa de tratamento médico  
por crianças e adolescentes - um necessário diálogo  
entre o biodireito e o direito infantojuvenil*

coleção 

*Direitos da criança  
e do adolescente*



Copyright © 2019, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2019, Marina Carneiro Matos Sillmann.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Produtora Editorial**  
*Bárbara Rodrigues*

**Capa, projeto gráfico**  
*Nathalia Torres*

**Diagramação**  
*Nathalia Torres*

**Coleção Direitos da Criança e do Adolescente**

**Coordenadores:**

*Plácido Arraes*

*Marcelo de Mello Vieira*

*Paulo Tadeu Righetti Barcelos*

**Editora D'Plácido**

Av. Brasil, 1843, Savassi

Belo Horizonte – MG

Tel.: 31 3261 2801

CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

### Catálogo na Publicação (CIP)

#### Ficha catalográfica

SILLMANN, Marina Carneiro Matos.

Direitos da criança e do adolescente: Competência e Recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes - um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infantojuvenil -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.  
200 p.

1. Direito 2. Direito Civil 3. Direito da Criança I. Título II. Artigos

CDU342.17

CDD347

GRUPO  
D'PLÁCIDO



  
Rodapé



São as nossas escolhas, Harry, que revelam  
o que realmente somos, muito mais  
do que as nossas qualidades.

*ROWLING, 2000, p.280*



*A todos aqueles que estão em busca  
de sua autonomia.*



## *Agradecimentos*

De início, agradeço à minha família. À minha mãe Fabíola, pelo apoio e incentivo nos momentos mais difíceis, por ser uma presença constante mesmo distante geograficamente. Agradeço especialmente também por estimular o desenvolvimento de minha autonomia desde a mais tenra idade.

Ao meu pai Rodney, como pediatra, por servir de inspiração para a escolha do tema tratado. Como pai, por ter abraçado meu plano de fazer mestrado, fornecendo amplo suporte.

À minha avó Cláudia, como neonatologista, demonstrando que é possível a construção de uma relação humanizada entre médico, familiares e paciente, por tirar minhas dúvidas e auxiliar na elaboração dos conceitos da área médica. Também agradeço pelo estímulo à continuidade dos meus estudos.

Ao meu avô Jair, pelo suporte fornecido para concretizar os estudos na PUC Minas. Aos meus irmãos, João e José. Saibam que mesmo distantes vocês estão sempre no meu coração. À Maira e ao meu tio Danilo, pelo incentivo e apoio.

À Athena pela companhia e pelo afeto.

À professora Maria de Fátima, por servir de inspiração nos estudos do biodireito, desde a época da minha graduação, trabalhando com questões extremamente delicadas

com uma visão sensível, humana e criteriosa. Agradeço ainda por ter aceitado me orientar e abraçado o desafio de escrever sobre autonomia de crianças e de adolescentes.

Aos meus amigos deixo meu agradecimento por todas as conversas, mensagens e incentivos.

Ao Ramon pela cumplicidade.

Ao Marcelo por me apresentar uma nova visão sobre o direito da criança e do adolescente.

À Beatriz pelo constante incentivo na carreira docente e pela amizade que surgiu nos corredores da PUC.

Aos meus alunos pelo constante estímulo para meu aprimoramento.

Enfim, deixo aqui o meu mais sincero obrigada!

## *Coleção Direitos da Criança e do Adolescente*

A Coleção Direitos da Criança e do Adolescente tem como objetivo reunir obras que trabalhem os direitos infantojuvenis sob um viés transdisciplinar e sejam capazes de conjugar robustez teórica com aspectos práticos, indo muito além de apenas análise de leis e de julgados.

Idealizada pelo professor Marcelo de MelloVieira, que atua também como seu curador, essa coleção de livros visa oferecer àqueles que buscam conhecer e se aprofundar no estudo dos direitos infantojuvenis o fácil acesso a trabalhos que levam a sério esses direitos.

Em um mercado editorial inundado por livros simplificados e legislações comentadas, a Coleção Direitos da Criança e do Adolescente pretende ser uma opção para aqueles que desejam ampliar suas pesquisas sobre a temática e ter contato com as mais variadas fontes jurídicas que permeiam essa menosprezada área do direito, que, ironicamente, é a única que goza de prioridade constitucional.

Prezando pela profundidade teórica e pela análise crítica, esta coleção tem um compromisso com a defesa e a promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes do Brasil e almeja ser sinônimo de produção científica de qualidade.



## *Sumário*

<i>Apresentação</i> .....	17
<i>Prefácio</i> .....	19
<i>Introdução</i> .....	23
<i>Capítulo 1</i> .....	31
Doutrina da Proteção Integral e seu Desenvolvimento no Direito Brasileiro	
1. Ausência de tratamento específico: o direito penal do menor.....	31
2. O tratamento jurídico específico conferido aos menores: a doutrina da situação irregular.....	35
3. O reconhecimento jurídico do desenvolvimento humano: a doutrina da proteção integral.....	41
<i>Capítulo 2</i> .....	63
Direitos da Personalidade, Capacidade Civil de Crianças e Adolescentes e Poder Familiar	
1. A construção de uma teoria da incapacidade etária no direito brasileiro: do Esboço de Teixeira de Freitas ao Código Civil de 2002.....	64

2. Capacidade, direitos da personalidade e pessoalidade.....	72
3. Poder Familiar e exercício dos atos referentes aos direitos da personalidade de crianças e adolescentes: qual o limite?.....	75

*Capítulo 3*.....81

Autonomia Progressiva

1. Desenvolvimento humano: breve análise da teoria cognitiva de Piaget.....	81
2. O caso Gillick como parâmetro de verificação da possibilidade de tomada de decisões por crianças e por adolescentes.....	88
3. Autonomia progressiva.....	96

*Capítulo 4*.....109

Recusa de Tratamento Médico por Crianças e por Adolescentes

1. Relação médica entre a criança e o seu pediatra.....	114
2. Respeito à autonomia do paciente: dever de esclarecimento e consentimento informado.....	119
3. A competência para tomada de decisões médicas: um parâmetro além da capacidade civil.....	132
4. Ausência de competência: tomada de decisões médicas por pais em nome de seus filhos menores de idade.....	140
5. Teoria do menor maduro, Espanha e Argentina: experiência estrangeira.....	144

6. Linhas gerais acerca da possibilidade de recusa de tratamento médico diante do ordenamento jurídico brasileiro.....	154
7. Hannah Jones e Julianna Snow: podem as crianças optar pela recusa de tratamento médico?.....	163
<i>Conclusão</i> .....	173
<i>Referências</i> .....	183



## *Apresentação*

“Competência e Recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o bio-direito e o direito infantojuvenil”, de autoria da professora Marina Carneiro Matos Sillmann, chega para trazer novas luzes e fundamentos ao público que se interessa pelo bio-direito e sua relação com a construção de uma autonomia para as crianças e para os adolescentes, especialmente no que diz respeito ao exercício de seus direitos de personalidade e construção de sua personalidade.

Esse livro é fruto da dissertação de Mestrado de Sillmann, defendida no ano de 2017, mediante a orientação da professora Doutora Maria de Fátima Freire de Sá, perante a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Nesse contexto de ideias, a condição da criança e do adolescente enquanto ator do seu desenvolvimento decorre de longa evolução social, cultural, científica e legislativa. Ou seja, do direito penal do menor, passando pela doutrina da situação irregular até a consagração da doutrina da proteção integral, nota-se que, a manutenção de um mero critério etário pela codificação civil de 2002, (entre a gradação do capaz e o incapaz), ainda os ignora enquanto detentores de autonomia progressiva.

Para além do Direito Civil, o livro da professora Marina, assume relevo ímpar por dois motivos: I) transdisciplinaridade:

por estudar a criança e o adolescente e seu desenvolvimento: médico, pedagógico, psicológico e jurídico e II) por trazer ao leitor uma proposta de revisão da teoria da incapacidade do Código Civil de 2002 baseada em critérios etários, no que diz respeito ao exercício autônomo por crianças e adolescentes de seus direitos da personalidade. Para tanto, a análise do direito argentino e espanhol, bem como dos casos Gillick; Hannah Jones e Julliana Snow ganham destaque ao lado do estudo da capacidade, responsabilidade, competência, personalidade, autonomia progressiva, maturidade e discernimento, em prol de sustentar que as escolhas das crianças e dos adolescentes acerca de seu tratamento médico seja inteligente e responsável.

Ao final a autora defende que a criança e o adolescente sejam protagonistas de seu processo de desenvolvimento, para tanto acredita que “o critério etário deve permanecer para aquilo que foi criado: exercício dos atos patrimoniais. Em relação aos direitos da personalidade, defende-se a modulação dos efeitos da capacidade a partir da efetivação da autonomia progressiva da criança e do adolescente. Esta possibilidade, prevista pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 representaria o equilíbrio entre a tão necessária segurança jurídica aos negócios patrimoniais e o exercício dos direitos da personalidade por aqueles que são seus titulares”.

A felicidade que sinto de poder apresentar ao público essa obra, resulta da amizade e admiração que tenho pela autora, aliada à sua responsabilidade e seriedade com os assuntos relacionados aos temas biojurídicos e infantojuvenis. Tenho certeza de que o leitor tem em mãos um material teórico e científico de qualidade!

*Beatriz Schettini*

Professora do curso de Direito da UFOP.  
Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC-MG.

## *Prefácio*

O desenvolvimento social e tecnológico impõe constantemente novas questões que o Direito tem dificuldade de responder. Neste contexto, o jurista meramente conhecedor de leis e altamente especializado em uma área jurídica acaba tendo ainda mais dificuldades em tratar tais questões de forma adequada. Hoje, diversas áreas do Direito demandam uma visão mais abrangente do fenômeno jurídico e o diálogo com outros saberes.

O Direito da Criança e do Adolescente apresenta-se como uma dessas áreas especialmente inquietantes. Por representar uma completa superação do antigo Direito do Menor e demandar uma formação interdisciplinar necessária para se compreender a Doutrina da Proteção Integral que a embasa, o Direito infantojuvenil ainda não foi completamente assimilado pelos juristas nacionais que insistem em praticar o menorismo ou fazer perigosas analogias com o Direito Civil ou Direito Penal.

Da mesma forma, Biodireito, entendido como a área do Direito que regulamenta as relações de saúde, exige tanto conhecimento em Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo etc. como também em Medicina, Psicologia, dentre outros. O mesmo jurista deve estar preparado para debater questões éticas, conhecendo os

fundamentos da Bioética e os códigos deontológicos das áreas de saúde.

Unir essas duas áreas, ainda com pouca visibilidade no país, promovendo um debate profundo é uma tarefa árdua que poucos estudantes de Direito estão dispostos a fazer. Marina Sillmann aceitou esse desafio e nos presenteou com esse livro que tenho o prazer de prefaciar.

A autora inicia a presente obra traçando uma breve contextualização dos Direitos infantojuvenis, abordando o antigo Direito do Menor para, posteriormente, evidenciar suas diferenças com o Direito da Criança e do Adolescente. Por meio de um olhar histórico sobre os documentos internacionais, Marina Sillmann aborda a construção internacional da proteção à criança, mostrando que o sistema cunhado pela Doutrina da Proteção Integral complementa o sistema de proteção dos Direitos Humanos e não o exclui. Trabalhando o Estatuto da Criança e do Adolescente, a autora traça as principais características dessa legislação, de um lado, ressaltando os ganhos ocasionados com a sua promulgação e, por outro lado, demonstrando outros aspectos poderiam ser melhor trabalhados, especialmente no que se refere aos princípios da participação e da autonomia progressiva.

O Direito Civil é o tema do capítulo seguinte. Partindo da dicotomia existente entre o sistema de exercício de direitos presente no Código Civil de 2002 e do sistema pensado para o Direito da Criança e do Adolescente, a autora dedica-se a detalhar o regime das capacidades, buscando suas origens no Direito Privado nacional. Abordando a capacidade e sua relação com os direitos da personalidade e a ideia de personalidade, Marina Sillmann dá novos contornos à discussão sobre o exercício de direitos por crianças e adolescentes e o papel da autoridade parental.

A autonomia progressiva; tema presente, mas tratado de forma rasa nas obras de Direito Civil; é trabalhando pela autora com profundidade e a partir de uma visão transdisciplinar, trazendo contribuições da pedagogia e da psicologia. Após apresentar suas críticas ao sistema de capacidade civil a partir da Teoria do desenvolvimento Infantil de Piaget, Marina Sillmann cuida-se de apresentar o caso mais famoso sobre exercício autônomo de crianças e adolescentes, o Caso Gillick, trazendo o conceito de competência e discutindo questões relevantes como quem deve analisar o consentimento de uma criança e/ou um adolescente e se os mesmos parâmetros para esse consentimento seriam os mesmos para avaliar o dissentimento. A autora dedica-se também a abordar a autonomia progressiva destacando como que ele modifica a relação entre pais e filhos e tendo considerações sobre como avaliar essa autonomia partindo dos critérios estabelecidos no caso Gillick.

No derradeiro capítulo, Marina Sillmann foca a Bioética e o Biodireito, enfatizando a relação médico-paciente. Após traçar as características dessa relação, a autora debate a relação pediatra-paciente e trabalha as especificidades desta, especialmente, em pontos como o dever de esclarecimento e o consentimento informado, para então tratar da competência, ponto essencial nesse trabalho. Por fim, é abordada a recusa de tratamento médico, sob o viés dos direitos da personalidade e como ela seria tratada diante das peculiaridades do Direito infantojuvenil anteriormente expostos pela autora.

A presente obra é, portanto, essencial tanto para quem deseja trabalhar tanto com Direito da Criança e do Adolescente quanto para aqueles que trabalham com Bioética e Biodireito. Ela nos faz refletir sobre como o Direito pode contribuir para a discussão sobre autonomia e participação de crianças e adolescentes no exercício de seus direitos da personalidade, especialmente, nos direitos à saúde e à in-

tegridade, tema delicado e polêmico que, por vezes, toma espaço na mídia nacional.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2019.

*Marcelo de Mello Vieira*  
Doutor em Direito Privado pela PUC Minas  
Coordenador da Coleção Direito da Criança  
e do Adolescente

## *Introdução*

A prática médica apresentou uma notável evolução no modo de ser da relação entre o médico e o seu paciente. A medicina clássica era fundamentada na premissa de que o médico, por ser o detentor do conhecimento técnico, era a pessoa mais apta a decidir quais seriam as melhores condutas para seu paciente, bastando a este aceitá-las, de modo passivo.

O cenário apresentado pelo momento pós segunda guerra mundial impactou essa relação dando origem à bioética na década de 1950. A bioética nasceu com o intuito de conferir uma abordagem ética aos notáveis avanços da ciência médica, em especial, às questões referentes às pesquisas com seres humanos, conforme aduz Gracia (2010). Nesse contexto, a relação médico-paciente é afetada, de forma positiva, a partir da confirmação do dever do médico de informar ao seu paciente, de modo claro e efetivo, sobre os aspectos de sua saúde e a exigência do consentimento informado para o início de todo e qualquer tratamento.

Estas duas figuras tornam o diálogo eficaz entre o médico e o seu paciente, algo fundamental ao sucesso desta relação. A partir disso, busca-se uma relação horizontalizada na qual ambos discutem, de forma aberta, os riscos e benefícios dos tratamentos possíveis para a enfermidade do paciente, cabendo a palavra final a este. Contudo, a ho-

rizontalização efetiva dessa relação encontra entraves que ainda persistem, sejam eles culturais, referentes aos recursos econômicos, ou ainda, pessoais.

A autonomia privada também se mostra peça-chave para essa nova forma de ser da relação entre médico e paciente. As transformações apresentadas por este princípio, em virtude da ineficácia da autonomia da vontade, significaram uma abordagem feita com fulcro no respeito a iguais liberdades, em que é dada a cada um a possibilidade de desenvolver sua concepção própria de vida boa, incluindo a de escolher aceitar ou não a proposta formulada pelo médico, fundamentada no impacto do que esta causaria naquilo que entende como sendo bom para si. Para efeito do tema a ser trabalhado, essa ideia envolve o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, concretizado a partir do acatamento da decisão do paciente pelo médico ainda que o profissional da saúde discorde dessa escolha. Em suma, parte-se da concepção do reconhecimento do paciente como sujeito da relação médica, assim como, da necessidade de se respeitar seus legítimos interesses.

Neste contexto de aplicação da autonomia privada na relação médico-paciente pergunta-se: qual é o papel desempenhado por aquele que é considerado incapaz pela lei civil em razão de sua idade e por isso impossibilitado de exercer sua autonomia, nesse tipo de relação? Seria de mero expectador ou de participação ativa na tomada de decisões médicas sobre seu próprio corpo? E mais, haveria a possibilidade de se pensar em uma reconstrução do critério etário de incapacidade, que permitiria a crianças e adolescentes o exercício por si de seus direitos da personalidade, em especial, o direito à recusa de tratamento médico?

O tratamento da teoria das incapacidades positivado pelo Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/2002) (BRASIL, 2002) apresenta rigidez quanto à possibilidade do exercício de direitos por crianças e adolescentes, con-

siderando como incapazes os menores de dezesseis anos e relativamente incapazes aqueles que se encontram entre dezoito e dezesseis anos de idade (arts. 3º e 4º, CCB/02). Dessa forma, em diversos aspectos, a realidade jurídica não corresponde à realidade fática. A teoria clássica das incapacidades pelo fator idade cria a ilusão de que, ao se completar a idade legal, o sujeito adquire o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil.

Contudo, o processo de desenvolvimento humano não vem acompanhado apenas do envelhecer. Diversos fatores, tais quais a criação dada à criança, o meio em que se vive, ou a presença de uma doença terminal, tornam este processo mais lento ou mais rápido, sendo único para cada pessoa.

Dessa forma, entende-se que, ao atrelar a capacidade de exercer seus direitos apenas a uma faixa etária, ignorando as circunstâncias concretas, estaria se limitando a livre construção da personalidade do sujeito a um momento específico da vida. Assim, em um estado democrático de direito, que adota uma visão pluralista enquanto fundamento jurídico de existência, permitindo que cada um defenda sua concepção de vida boa, explicita-se incompatível aquilo que foi estabelecido pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Por conseguinte, levanta-se a possibilidade de revisão da aludida teoria, buscando conciliar um mínimo de segurança jurídica com a defesa da autonomia para tomada de decisões daqueles que se mostrarem aptos para tanto, o que possibilitaria o protagonismo de crianças e de adolescentes na nova relação médico-paciente.

Pelo que foi traçado até então, poder-se-ia pensar que o objetivo dessa obra seria abolir o sistema de incapacidade por idade. Com toda certeza não é isso o que se pretende. A demarcação de marco etário na aferição dos patamares de incapacidade existe por razão política, principalmente pelo fator segurança jurídica, dada a impossibilidade de se verificar a capacidade de cada criança para todas as situa-

O desenvolvimento social e tecnológico impõe constantemente novas questões que o Direito tem dificuldade de responder. Neste contexto, o jurista meramente conhecedor de leis e altamente especializado em uma área jurídica acaba tendo ainda mais dificuldades em tratar tais questões de forma adequada. Hoje, diversas áreas do Direito demandam uma visão mais abrangente do fenômeno jurídico e o diálogo com outros saberes. [...]

A presente obra é, portanto, essencial tanto para quem deseja trabalhar tanto com Direito da Criança e do Adolescente quanto para aqueles que trabalham com Bioética e Biodireito. Ela nos faz refletir sobre como o Direito pode contribuir para a discussão sobre autonomia e participação de crianças e adolescentes no exercício de seus direitos da personalidade, especialmente, nos direitos à saúde e à integridade, tema delicado e polêmico que, por vezes, toma espaço na mídia nacional.

*Marcelo de Mello Vieira*



coleção   
*Direitos da criança  
e do adolescente*