Capítulo 4
Gravidez na Infância e na Adolescência

Taisa Maria Macena de Lima[1]
Maria de Fátima Freire de Sá[2]

1. A ARTE IMITANDO A VIDA: "JUNO" E "PHILOMENA"

Juno é um filme americano-canadense (2007), com roteiro original de Diablo Cody e dirigido por Jason Reitman. Trata-se de uma comédia-drama, em que Juno MacGuff, protagonizada por Ellen Page, engravida, aos dezesseis anos, de seu melhor amigo Paulie Bleeker, interpretado por Michael Cera.

Como tantas outras adolescentes de sua geração, Juno vive protegida pelo pai e pela madrasta, sem maiores preocupações na vida. Após uma única relação sexual, Juno descobre-se grávida. Consciente de que não está preparada para assumir a maternidade nesse momento de sua vida, em um primeiro impulso resolve interromper a gravidez, ideia abortada quando já se encontrava na clínica.

Conversando com sua amiga Leah (Olivia Thirlby), Juno decide procurar pais adotivos que ofereçam à criança uma vida familiar estruturada. É assim que Vanessa (Jennifer Garner) e Mark (Jason Bateman) entram em sua vida. O encontro é marcado na residência do casal, com o acompanhamento da advogada deles que, inclusive, oferece a Juno compensação financeira, prontamente recusada. A menina deixa claro que sua intenção é proporcionar à criança uma vida feliz.

É importante salientar que Juno teve o apoio de sua família quando decidiu ter a criança e encaminhá-la para adoção, o que foi fundamental para o exercício da autonomia pela adolescente. No entanto, nem sempre isso é possível, como no drama *Philomena*.

Baseado em história real, o filme é dirigido pelo inglês Stephen Frears e narra a trajetória da enfermeira irlandesa Philomena Lee, interpretada por Judi Dench, na busca pelo filho Anthony, que teve na adolescência.

Na Irlanda da década de 1950 foram muitas as jovens solteiras que, grávidas e abandonadas pelas famílias, foram recolhidas em conventos. Em troca de alimentação e moradia, lá trabalhavam por anos a fio, quase que em regime servil. As crianças nascidas nessas instituições eram encaminhadas, contra a vontade de suas

---

1 Doutora e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUC Minas. Ex-bolsista do DAAD – Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico. Desembargadora Federal do Trabalho.

2 Doutora (UFMG) e Mestre (PUC Minas) em Direito. Professora do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUC Minas. Pesquisadora e Coordenadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Advogada.

mães, para a adoção por casais abastados que, agradecidos pela oportunidade de se tornarem pais, faziam doações significativas à Igreja Católica.

Foi nesse ambiente hostil às chamadas "mães solteiras" que viveu Philomena. E certamente foi por isso que ela escondeu, durante cinquenta anos, esse filho jamais esquecido. O fato só veio à luz quando finalmente teve coragem de confessar tudo à sua filha que a encorajou a descobrir o paradeiro do irmão. É nesse momento que o jornalista Martin Sixmith, interpretado por Steve Coogan (coprodutor e corroteirista do filme), inicialmente relutante, aceita escrever um livro de história de interesse humano e passa a investigar, não só o paradeiro daquela criança, mas todos os fatos relacionados à Irlanda católica.

Confrontando as duas narrativas, a primeira fictícia e a segunda real, sobressai a distinção entre o exercício da autonomia para levar adiante a gravidez e a posterior escolha pelo exercício da maternidade. No primeiro caso, Juno pode escolher ter o filho e, destinando-o a adoção, claramente escolheu não exercer a maternidade. No segundo caso, Philomena sequer cogitou interromper a gravidez, algo impensável por dupla razão: os próprios valores católicos que ela assimilou e o ambiente opressor no qual estava inserida. A escolha pelo exercício da maternidade foi-lhe dolorosamente retirada. Em uma visão atual é de se defender que cabia somente à Philomena a opção pelo exercício ou não da maternidade, o que não era o pensamento nem a prática da época.

2. UM CASO TORMENTOSO: GRAVIDEZ INFANTIL

Foi amplamente divulgado na mídia o caso de uma menina paraguaia que, abusada sexualmente pelo padrasto, veio a engravidar. A criança tem dez anos de idade, mede 1,39 metros e pesa 34 quilos. Segundo relatório médico ela está abaixo do nível esperado para alguém de sua idade.

A mãe da menina pediu que ela se submetesse a um aborto, o que foi negado pelo judiciário ao fundamento de que a gestante, embora criança, não corre risco de morte. A circunstância de a gravidez ser o resultado de abuso sexual não foi considerada na decisão, porquanto a legislação paraguaia não autoriza o aborto em caso de gravidez decorrente de estupro, mas, tão somente, em caso de risco de morte para a gestante.

A gravidez na infância, por si só, já configura a violação de um direito da criança. A imposição de se levar essa gravidez adiante, não seria mais uma violação aos seus direitos, dessa vez perpetrada pelo Estado? Afinal, não se trata de gravidez de adolescente, de uma jovem de quinze ou dezesseis anos que engravidou do namorado, mas de uma menina de dez anos, violentada por alguém de quem se espera cuidado e proteção.

Esse caso gerou uma comoção mundial a ponto de a UNICEF ter alertado para a falta de proteção das meninas vitimas de abusos sexuais no Paraguai.[3] Ocorre que esses casos não são exclusividade daquele país. Não se pode fechar os olhos

[3] Disponível em: <http://www.portalguaira.com/paraguai-menina-gravida-aos-10-anos-gera-debate-sobre-legislacao-do-aborto/> Acesso em 27.07.2015.

para os inúmeros problemas de violência sexual no seio da própria família, revelando o grave problema das chamadas famílias incestogênicas, nas quais as interações afetivas entre seus membros manipulam a criança ou o adolescente vítima, a uma relação sexual-afetiva, culturalmente condenada, que é o incesto.

Revela essa dura realidade o caso de uma menina uruguaia que, aos doze anos, protocolou pedido para casar-se com o próprio pai de quem se encontra grávida.[4] Conquanto autorizada pela ordem jurídica a interromper a gravidez, a menina nega-se a abortar. Esse caso revela não só o abuso físico sexual, mas também, o abuso emocional, uma vez que a preocupação maior da criança é preservar o relacionamento com seu pai, o que foi constatado por laudo psicológico. A criança, que segundo salientado pela imprensa, tem um leve retardo psicológico, não parece consciente de que é vítima de agressão e de abuso, pondo-se ao lado do seu pai agressor. Segundo o já citado laudo psicológico, a menor se encontra em uma situação de extrema vulnerabilidade emocional e existencial. No atual estágio da gravidez não há o que fazer, a não ser esperar o nascimento do bebê. Fica então a pergunta: seria possível impor à gestante, mesmo menor de idade e portadora de retardo psicológico, um aborto indesejado?

Antes de enfrentar essa pergunta, necessário analisar esses dois casos sob a ótica do Direito brasileiro referente ao incesto, ao abuso sexual e ao aborto.

Do ponto de vista jurídico a proibição ao incesto se faz pela lei civil e não pela lei penal. Com efeito, o incesto não é tipificado como crime, mas o parentesco pode ser agravante de crimes, inclusive de crimes sexuais. Já a lei civil, pelo artigo 1.521, ao disciplinar os impedimentos matrimoniais, dedica cinco incisos a situações que configurariam o incesto, não podendo casar: os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil (I); os afins em linha reta (II); o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante (III); os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e os demais colaterais até o terceiro grau inclusive (IV); o adotado com o filho do adotante (V).

O conceito de incesto para o legislador civil não se restringe aos laços de consanguinidade, alcançando, também, os laços nascidos pela adoção e a afinidade que cria o parentesco com os parentes do cônjuge.

Em se tratando dos colaterais em terceiro grau (tios e sobrinhos) é possível que o impedimento seja levantado judicialmente, mediante laudo médico. Ora, condicionar o levantamento do impedimento a um laudo médico é lançar sobre o casamento, ainda nos dias de hoje, um olhar medieval. É encarar o casamento como meio de se ter prole e não como espaço de convivência e afetividade.

O abuso sexual, nos dois casos analisados, está contemplado no artigo 217-A do Código Penal brasileiro,[5] com a redação da Lei n. 12.015/2009, como estupro de

---

4 Disponível em: <http://gcn.net.br/noticia/292315/brasil-e-mundo/2015/07/garota-gravida-aos-12-anos-quer-se-casar-com-o-proprio-pai-apos-abuso> Acesso em 27.07.2015.

5 Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
§ 2º Vetado.

vulnerável. No segundo caso, haveria dupla causa de vulnerabilidade, quais sejam, tratar-se de pessoa com idade inferior a catorze anos e apresentar enfermidade ou deficiência mental.

Por fim, em qualquer dos casos, estaria aberta a possibilidade de interrupção da gravidez, independentemente de autorização judicial, porquanto o Código Penal brasileiro conquanto tipifique o aborto como crime, não o pune em caso de gravidez resultante de abuso sexual. Também não há punição quando há risco para a vida da gestante, o que bem poderia ser o caso da menina paraguaia; afinal, não se pode ignorar que a gravidez precoce é mais arriscada, principalmente nos dois primeiros anos após a menarca.[6] Além disso, no mundo inteiro, são contabilizadas duzentas mortes por dia, como consequência da gestação na infância e na adolescência.

3. AUTORIDADE PARENTAL X AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Retomando a pergunta: seria possível impor à gestante, menor de idade, um aborto indesejado? E, se além de menor, a gestante for portadora de enfermidade ou deficiência mental, poderá ela decidir? Problematizando ainda mais a situação: podem os pais proibir a interrupção da gestação contra o desejo da menor de fazer o aborto, naqueles casos em que a lei o permite?

Tais questões passam pela análise da extensão e limites da autoridade parental em face da autonomia da criança e do adolescente. As possibilidades de atuar e de decidir, conferidas pelo ordenamento jurídico aos titulares do poder familiar não se encontram no campo da autonomia privada. A autonomia se dá quando a ação é livre. Assim, caracteriza-se como ato negocial a autorização para um tratamento médico; por exemplo, uma cirurgia de reconstituição de mama, concedida pela própria paciente. Todavia, quando os pais decidem pela interrupção da gravidez da filha menor, está-se diante do exercício de um múnus, de modo que a decisão deve ser tomada em benefício da própria menor, mesmo quando isso contrarie os interesses do titular da autoridade parental. Trata-se, portanto, de ação necessária e não de ação livre.

A distinção acima encontra-se alicerçada nas lições de João Baptista Villela quando traça os contornos do ato jurídico não negocial em confronto com os negócios jurídicos:

> [...] dir-se-á que o negócio se distingue do ato em que aquele é uma ação *livre*, este uma ação *necessária*. [...]. Certo que também nos negócios há submissão a vínculo. Neles, contudo, o compromisso surge, para usar a feliz observação de Rescigno, da liberdade e vontade dos sujeitos (cf. *Manuale*, cit., p. 261). O consentir em intervenção cirúrgica, por exemplo, só não tem natureza negocial para o agente que se encontre sob o dever de praticá-lo, como

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
§ 4º Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

[6] Disponível em <http://www.partonobrasil.com.br/2013/10/maternidade-precoce-enfrentando-o.html>. Acesso em 27.07.2015.

> é o caso do representante do paciente incapaz. Mas é negócio próprio e verdadeiro quando o paciente é também autor da declaração, ressalvada a hipótese de um suposto dever jurídico para consigo próprio. (VILLELA, 1982, p. 265, grifo no original).

Fica claro, portanto, que a tomada de decisão pelos pais deve observar, de um lado, o dever de cuidado inerente à autoridade parental e, de outro, a autonomia do menor nos limites delineados pela ordem jurídica,[7] em especial o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como pessoa humana em processo de desenvolvimento, a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, entre outros (ECA, artigo 15). Como componente do direito à liberdade, o artigo 16 refere-se a "opinião e expressão" (inciso II), ou seja, se lhes garante o direito de ter ideias próprias e de expressá-las. Não foi expressamente incluído no direito de liberdade, o direito a tomar decisões sobre o próprio corpo. Contudo, é-lhes assegurado o direito ao respeito que, nos termos da lei, consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (ECA, art. 17).

Esse quadro normativo é suficiente para se falar em uma autonomia corporal da gestante menor de idade. Assim, em caso de gravidez, não há como ignorar o seu desejo de ter a criança e mantê-la consigo; ter a criança e encaminhá-la para a adoção ou, ainda, praticar o aborto, nos casos em que a lei o permita.

Essas decisões, no entanto, são sérias e graves e podem comprometer o futuro, não apenas da menina que se encontra grávida, como da criança que irá nascer. Ouvir a criança e o adolescente configura-se dever jurídico. Necessário salientar que não se pretende defender que recaia sobre a criança ou o adolescente a responsabilidade da decisão; o que se defende é a sua participação no processo decisório, tal como preconiza o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 1990:

> 1 - Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.
> 2 - Para este fim é assegurado à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitam, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Não se pode esquecer, no entanto, a pessoa concreta. Situações haverá em que a menina gestante terá maturidade para participar ativamente do processo de decisão. De outro modo, a menina poderá ver-se totalmente despreparada para elaborar uma opinião, quanto mais expressá-la. Tal benesse legal recairia sobre ela como um peso insuportável. É difícil imaginar que uma menina de dez anos, abusada sexual-

---

7 Sobre a temática, ver: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

mente por um membro da própria família, tenha as mesmas condições emocionais de participar de um processo decisório e exercer a maternidade com tão tenra idade, quanto uma jovem de quinze ou dezesseis anos. Talvez aqui a distinção da lei brasileira entre criança e adolescente[8] tenha um papel relevante.

3.1. Competência Gillick

Os critérios para se reconhecer à criança e ao adolescente a possibilidade juridicamente garantida de tomada de decisões nas questões que lhe são afetas ou, ao menos, participar do processo decisório vem sendo alvo de discussão nas últimas décadas. Prova disso é o Caso Gillick,[9] apreciado pela Corte inglesa, em 1986.

Em verdade, o Caso Gillick representa um marco na conquista do direito de adolescentes e crianças receberem informações médicas, independentemente da autorização de seus pais ou responsáveis.

Gillick é o nome de uma preocupada mãe de cinco filhas que, inconformada com o disposto na circular - HSC(IS)32, emitida em 1974 pelo Departamento de Saúde e de Segurança Social do Reino Unido, requereu às autoridades locais a proibição de fornecer informações referentes a métodos contraceptivos às suas filhas, até que completassem a idade de dezesseis anos ou apenas mediante sua autorização.

A Circular mencionada é dirigida aos profissionais da área da saúde do planejamento familiar dedicando a seção G[10] aos jovens. De acordo com a Circular, as consultas clínicas devem ser disponibilizadas para pessoas de todas as idades. Sugere um tratamento menos formal aos jovens, feito por uma equipe com experiência e, ainda, que o médico aconselhe o jovem a envolver seu representante legal.

Inclui-se, nas atribuições do médico, o aconselhamento e a avaliação acerca da prescrição de métodos contraceptivos à criança ou ao adolescente, ainda que sem o consentimento dos pais.

---

8 ECA - Art.2º Considera-se criança para efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos.

9 As informações jurídicas sobre o caso foram retiradas do site: <http://www.cirp.org/library/ legal/UKlaw/gillickvwestnorfolk1985/>. Acesso em 11.09.15.

10 REVISED SECTION G-THE YOUNG: Clinic sessions should be available for people of all ages, but it may be helpful to make separate, less formal arrangements for young people. The staff should be experienced in dealing with young people and their problems. There is widespread concern about counselling and treatment for children under 16. Special care is needed not to undermine parental responsibility and family stability. The Department would therefore hope that in any case where a doctor or other professional worker is approached by a person under the age of 16 for advice in these matters, the doctor, or other professional, will always seek to persuade the child to involve the parent or guardian (or other person in loco parentis) at the earliest stage of consultation, and will proceed from the assumption that it would be most unusual to provide advice about contraception without parental consent. It is, however, widely accepted that consultations between doctors and patients are confidential and the Department recognises the importance which doctors and patients attach to this principle. It is a principle which applies also to the other professions concerned. To abandon this principle for children under 16 might cause some not to seek professional advice at all. They could then be exposed to the immediate risks of pregnancy and of sexually-transmitted disease, as well as other long-term physical, psychological and emotional consequences which are equally a threat to stable family life. This would apply particularly to young people whose parents are, for example, unconcerned, entirely unresponsive, or grossly disturbed. Some of these young people are away from their parents and in the care of local authorities or voluntary organisations standing in loco parentis. The Department realises that in such exceptional cases the nature of any counselling must be a matter for the doctor or other professional worker concerned and that the decision whether or not to prescribe contraception must be for the clinical judgment of a doctor.

A autora justificou o requerimento sustentando que dar informações sobre métodos contraceptivos sem autorização dos pais viola o direito à autoridade parental, argumento que não foi acolhido. Segundo o magistrado, informações dadas aos jovens, por si só, não incentiva a prática de atos sexuais por menores de dezesseis anos. Salientou, ainda, que o interesse dos pais sobre a vida dos filhos é, antes de tudo, um dever, e não um direito.

Em sede de recurso a mãe teve sua pretensão acolhida. O Tribunal de Recursos considerou a circular ilegal ao fundamento de que menores de dezesseis anos não podem receber aconselhamento sexual sem autorização de seus pais ou responsáveis. Contra essa decisão o Departamento de Saúde se insurgiu recorrendo à *House of Lords*.

A Corte decidiu pela licitude da Circular afirmando que a autoridade parental visa proteger a criança, tratando-se de um dever dos pais. Ao final, prevaleceu o entendimento de que é permitido ao menor de dezesseis anos dar seu consentimento em questões relacionadas a tratamento médico, independentemente de autorização do representante legal, desde que seja considerado apto para tanto pelo profissional da saúde.

O Caso Gillick deu origem ao termo Competência de Gillick (*Gillick Competence*). Para apurar se a criança ou o adolescente tem a compreensão necessária para tomada de decisões, foram criados os denominados testes Gillick (*Fraser Guidelines* e o teste de Lorde Scarman), elaborados por dois dos juízes que julgaram a questão.

Para Lorde Scarman os critérios são inteligência e discernimento, que devem ser avaliados pelo médico diante de cada situação.

Jane Fortin comenta a proposta de Lorde Scarman:

> [...] A fórmula para apurar a competência de Gillick elaborada por Lorde Scarman, para todos os efeitos, proporciona um excelente método pelo qual os médicos podem identificar os pacientes adolescentes que são suficientemente maduros para tomar decisões responsáveis. Ele permite que um médico adote uma abordagem muito mais inteligente para o conceito de capacidade do que só depender da idade ou até mesmo na evidência de pesquisa sobre o crescimento cognitivo das crianças. O teste é funcional - o menor tem capacidade de compreender, e, portanto, concordar com o procedimento, dependendo da gravidade do que é proposto. Mesmo assim, a dificuldade implícita no teste de avaliação da competência de Gillick é sua enganosa simplicidade. Na verdade, foi apenas no contexto de uma prestação de aconselhamento e tratamento contraceptivo que essa orientação foi desenvolvida. Em contextos médicos mais amplos, o teste de Gillick deixa os médicos sem diretrizes claras sobre as circunstâncias em que se pode aceitar que um adolescente possa consentir em um determinado procedimento, sem envolver seus pais. (FORTIN, 2009, p.148, tradução livre).[11]

[11] [...] Lord Scarman's Gillick competence formula, to all intents and purposes, provides an excellent method whereby doctors can identify those teenage patients who are sufficiently mature to reach responsible decisions for themselves. It allows a doctor to adopt a far more intelligent approach to the concept of capacity than one merely relying on age or even on the research evidence on children's cognitive growth. The test is a functional one – whether the minor has capacity to comprehend, and therefore consent to, the procedure depends on the gravity of what is proposed. Even so, the difficulty implicit in the test for assessing Gillick's competence is it's deceptive – simplicity. Indeed, it was only in the context of the provision of contraceptive advice and treatment that such guidance was developed further. In more general medical contexts, Gillick's left doctors with no clear guidelines over the circumstances in which they can accept that an adolescent can consent to a particular procedure without involving his or her parents.

A proposta de Lorde Fraser consiste na apuração de cinco elementos:

> (1) estar convicto de que o jovem compreende o aconselhamento/ tratamento; (2) não deve forçar o jovem a informar os pais ou a dar-lhe autorização para tal; (3) deve suspeitar que o jovem vai, quase certamente, começar ou continuar a ter relações sexuais com ou sem proteção; (4) deve suspeitar que, se o jovem não receber tratamento contraceptivo, a sua saúde física ou mental poderá sofrer danos; (5) deve considerar ser do melhor interesse do jovem receber aconselhamento ou tratamento contraceptivo sem o conhecimento ou consentimento dos pais. (ABREU, 2012, p. 16).

Transpondo essa construção do Direito inglês para a realidade da gestação precoce, o primeiro aspecto a ser verificado é se há, por parte da gestante, inteligência e discernimento (Lorde Scarman) suficientes para enfrentar essa delicada situação. A maior ou menor autonomia jurídica vai depender do maior ou menor amadurecimento psicológico da jovem. Situações haverá em que ela estará pronta para decidir, outras, apenas para participar do processo de decisão e, por fim, situações em que não estará pronta quer para participar do processo decisório, quer para decidir. Nesse último caso, a decisão ficará a cargo dos representantes legais, no melhor interesse da criança ou do adolescente.

O que parece ser mais tormentosa é a última hipótese aventada, qual seja, a da incompetência da criança para participar e/ou tomar decisão, recaindo sobre os pais essa responsabilidade. Se a gestação decorre de violência sexual, abre-se caminho para o chamado aborto sentimental, não punível no Direito brasileiro. Contudo, haverá sempre a hipótese de os pais, na circunstância do caso, decidirem pela continuidade da gravidez.

Quando a gravidez não decorre de violência sexual, nem põe em risco a vida da gestante, do ponto de vista jurídico, não há possibilidade de abortamento. Haverá, no entanto, decisões importantes que vão atingir a menina gestante e a criança por nascer. Assim, o princípio do melhor interesse da criança se desdobra para alcançar ambas.

Voltando à ficção, não há como negar que no caso da protagonista Juno, dar a criança em adoção foi a solução encontrada para atender tanto os interesses de Juno quanto os direitos do recém-nascido, devidamente acolhido por uma mãe amorosa. Enquanto isso, Juno poderia seguir a trajetória de adolescente e esperar o momento adequado para o projeto de maternidade. Diferentemente, a realidade de Philomena: a criança pode até ter tido uma boa vida, mas a gestante teve seus direitos violados.

4. O EXERCÍCIO DA MATERNIDADE

Por fim, há que se enfrentar a situação mais frequente. A adolescente dá à luz e assume a maternidade jurídica. A situação sugere vários desdobramentos considerando não apenas o discernimento, mas também a faixa etária porquanto este é um dos critérios eleitos pelo legislador para definir a categoria de plenamente capazes, relativamente incapazes e incapazes. Isso nos leva à seguinte

indagação: a atribuição da autoridade parental decorre do simples fato biológico da procriação? Ou também é exigido que os pais biológicos sejam plenamente capazes nos termos da lei civil?

Respeitáveis vozes do Direito brasileiro (CHAVES,1995; BARBOZA,1998) defendem que o adolescente, seja absoluta ou relativamente incapaz, titulariza a autoridade familiar e tem a representação legal do filho menor, afirmando que o exercício desse múnus não está vinculado à idade dos pais. Assim não entendemos. Não há coerência em uma ordem jurídica que veda a uma pessoa a prática de atos jurídicos que envolvam seus interesses patrimoniais e existenciais e, ao mesmo tempo, confira-lhe a possibilidade de praticar atos jurídicos que envolvam interesses patrimoniais e existenciais de outrem, quando o outro seja seu filho biológico. Esse entendimento não leva à conclusão de que a mãe, sendo incapaz, está excluída das decisões sobre o destino do filho.

Quando a mãe tem idade inferior a dezesseis anos ela será absolutamente incapaz nos termos da lei civil, não podendo, portanto, exercer a autoridade parental. Se o pai assumiu a paternidade da criança e tem mais de dezoito anos, dúvida não há que cabe a ele esse múnus.

Frequentemente, no entanto, a adolescente tem sozinha o seu filho e, sendo absolutamente incapaz, submetida à autoridade familiar dos pais ou mesmo à tutela, é intuitivo que os pais ou tutor também se responsabilizem pela criança. A pergunta é se haverá necessidade de ação judicial pelos pais e pelos tutores da mãe para formalizar a tutela da criança nascida.

Em se tratando de autoridade parental, aqui se defende ser desnecessário que os pais da mãe juridicamente incapaz formalizem a tutela sobre o neto. Essa solução não só se amolda à amplitude do poder familiar concedido por lei como melhor atende a realidade. Quanto ao tutor, a solução é diferente. Em comparação com a autoridade parental seus poderes são mais limitados. Na realidade, os tutores já atuam como substitutos dos pais. Caberá, então, uma ampliação da tutela para alcançar a criança nascida de incapaz. A extensão da tutela requer, necessariamente, uma intervenção judicial?

Uma solução discutida é a aplicação do artigo 1778, C.C[12] relativo à extensão da autoridade do curador a todo e qualquer responsável pelo menor. Contrariamente a esta posição argumenta-se que a regra da extensão da curatela não pode ser invocada analogicamente, pois os motivos que a orientam não se encontram presentes no caso do incapaz por limite de idade. Comungando com este último argumento, defendemos que a intervenção judicial é necessária para que o tutor tenha seus poderes estendidos aos filhos dos seus tutelados.

Se a mãe é relativamente incapaz não há como negar-lhe a possibilidade de participar ativamente das decisões atinentes à criação e à educação de seu filho, devidamente assistida pelos seus pais ou tutores. Aqui poderá haver conflito entre a vontade da mãe e a vontade dos avós ou tutores, principalmente, em questões existenciais. Essas questões, frequentemente, são resolvidas dentro da família, mas

[12] Art.1778. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do filho do curatelado, observado o artigo 5º.

não se exclui a possibilidade da judicialização do conflito que, de qualquer forma, deverá considerar o melhor interesse, não da mãe adolescente ou dos avós ou tutores, mas, sim, da criança nascida.

REFERÊNCIAS

ABREU, Catarina Maria Pedro. **As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores: o significado da Gillick competence e a possível adoção da figura em Portugal.** 2012. 47f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica Portuguesa. Programa de Pós Graduação em Direito.

BARBOZA, Heloisa Helena. Consentimento na Adoçao da Criança e do Adolescente. **Revista Forense** (Impresso), Rio de Janeiro, v. 341, p. 71-75, 1998.

CHAVES, Antonio. **Adoção.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FORTIN, Jane. **Children's rights and the developing law.** 3. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

FRAZON, Ana Carolina. **Maternidade precoce: enfrentando o desafio da gravidez na adolescência. Blog parto no Brasil.** São Paulo. 30 de out. de 2013. Disponível em: <http://www.partonobrasil.com.br/2013/10/maternidade-precoce-enfrentando-o.html>. Acesso em 27.07.2015.

GAROTA engravida aos 12 anos e quer se casar com o próprio pai após abuso. GCN. 23 de jul. de 2015. Disponível em: <http://gcn.net.br/noticia/292315/brasil-e-mundo/2015/07/garota-gravida-aos-12-anos-quer-se-casar-com-o-proprio-pai-apos abuso>. Acesso em 27.07.2015.

GILLICK v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] 3 All ER 402. Disponível em: <http://www.cirp.org/library/legal/UKlaw/gillickvwestnorfolk1985/> Acesso em: 10 de jul. de 2015.

KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. O princípio do melhor interessa face aos maus tratos decorrentes do incesto. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P.387-409.

MENINA grávida aos 10 anos gera debate sobre a legislação do aborto. Portal Guaíra. Paraguai. 07 de mai. de 2015. Disponível em: <http://www.portalguaira. com/paraguai-menina-gravida-aos-10-anos-gera-debate-sobre-legislacao-legislacao- do-aborto/>. Acesso em 27.07.2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick.** No prelo. CONPEDI, 2015.

SEIXAS, Tatiana Rocha. A gravidez na adolescência: o conflito de interesses e a proteção dos direitos In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P.587-604

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: **Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro.** São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255-266.