

CUIDADOS EM SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PONDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE DIANTE DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

Ana Thereza Meirelles¹

Caio Lage²

Resumo: A concepção de autonomia ganha diferentes interlocuções ao ser analisada a partir das ciências filosóficas, sociais e da saúde, esbarrando em dilemas complexos, como no caso da manifestação da vontade de crianças e adolescentes. A tomada de decisão nestes casos está adstrita à representação por seus pais ou representantes legais em diversas situações existenciais, como em decisões ligadas ao próprio corpo e aos respectivos tratamentos médicos. O marco adotado para construção da capacidade civil acaba por não recepcionar as demandas decorrentes do biodireito, sendo necessária uma ponderação para que garantias constitucionais de proteção à dignidade humana e desenvolvimento saudável da criança não sejam maculadas. Nessa senda, o presente artigo propõe a análise acerca da ascensão da autonomia de crianças e adolescentes no âmbito do atendimento pediátrico, pontuando a necessidade de ponderação em cada caso concreto a partir das esferas de compreensão do paciente, fomentando o entendimento do direito ao próprio corpo como um direito fundamental. Quanto ao caminho metodológico percorrido, a pesquisa foi desenvolvida a partir da legislação brasileira

¹ Pós-Doutora em Medicina pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora do PPGD/UCSAL, da UNEB e da Faculdade Baiana de Direito.

² Mestrando em Direitos Fundamentais e Alteridade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador (PPGD/UCSAL).

vigente, bem como por referenciais teóricos e bibliográficos especializados.

Palavras-Chave: Autonomia; Crianças e Adolescentes; Capacidade Civil; Menor Maduro.

HEALTH CARE FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS: CONSIDERATION ON THE AUTONOMY OF THE WILL FACING THE RIGHT TO THEIR BODY

Abstract: The concept of autonomy gains different dialogues when analyzed from the philosophical, social and health sciences, bumping into complex dilemmas, as in the case of the manifestation of the will of children and adolescents. Decision-making in these cases is limited to representation by their parents or legal representatives in various existential situations, such as decisions related to the body and respective medical treatments. The framework adopted for the construction of civil capacity ends up not accepting the demands arising from the biolaw, requiring a consideration so that constitutional guarantees for the protection of human dignity and the healthy development of the child are not tarnished. Along these lines, this article proposes an analysis of the rise of autonomy of children and adolescents within the scope of pediatric care, pointing out the need for consideration in each concrete case from the patient's spheres of understanding, fostering the understanding of the right to one's own body as a fundamental right. As for the methodological path taken, the research was developed from legislation, theoretical and bibliographic references.

Keywords: Autonomy; Children and Adolescents; Civil Capacity; Mature Minor.

Sumário: 1 Introdução 2 Autonomia e Capacidade à Luz da

Bioética e do Direito 3 O Direito ao Próprio Corpo como um Direito Fundamental 4 O Protagonismo do Melhor Interesse a Partir das Esferas de Compreensão 5 Conclusão Referências

1 INTRODUÇÃO



Brasil, em alguns dos seus diplomas legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e, sobretudo, a Constituição Federal de 1988, assegura o direito das crianças a um desenvolvimento saudável, recepcionando princípios basilares como o princípio da proteção integral e o do melhor interesse. Assim, pode-se dizer que tanto crianças quanto adolescentes são destinatários de um arcabouço protetivo significativo.

Dessa forma, até atingir a maioridade civil, crianças e adolescentes dependem dos pais ou responsáveis legais para o exercício da tomada de decisão em diversas esferas, dentre elas, questões ligadas à saúde e ao próprio corpo. Neste sistema, o adulto responsável é aquele que tomará as decisões, levando em consideração parâmetros individuais para avaliação do melhor interesse do sujeito, o que nem sempre refletirá o desejo deste.

Em linhas gerais, as decisões em atendimento pediátrico podem gerar reflexos em âmbitos relacionados à garantia do desenvolvimento do menor e repercutir na sua dignidade. No Brasil, o ordenamento jurídico confere proteção aos direitos fundamentais sem distinção entre adultos e crianças, fazendo-se necessária a reflexão acerca dos contornos do exercício da autonomia dos menores nas relações que envolvem saúde e corpo.

Partindo destas considerações, o trabalho se debruça sobre a análise dos aspectos bioéticos e jurídicos para a concretização do exercício da autonomia, bem como de que forma a manifestação da vontade de crianças e adolescentes pode ser levada em consideração em seus respectivos tratamentos médicos. O estudo tem como objetivo geral analisar a possibilidade de

ascensão da autonomia dos menores de idade na tomada de decisão no atendimento pediátrico, bem como objetivos específicos investigar os entendimentos acerca da autonomia e capacidade à luz da bioética e do direito; perquirir o direito ao corpo como um direito fundamental e investigar a possibilidade do protagonismo do melhor interesse da criança a partir da concepção dos graus de autonomia.

Sobre os aspectos metodológicos, a pesquisa foi desenvolvida a partir de levantamento de referenciais teóricos, identificando conceitos fundamentais conexos à problemática suscitada, buscando uma resposta adequada a partir do problema de pesquisa.

2 AUTONOMIA E CAPACIDADE À LUZ DA BIOÉTICA E DO DIREITO

A compreensão do conceito de autonomia demanda a necessidade de estudo complexo a partir de marcos temporais e teóricos muito distintos. Desse modo, ao longo do tempo, múltiplos campos do saber recepcionaram a autonomia através de estudos referenciais diversos. Por meio de uma análise etimológica, verifica-se que o sentido da palavra autonomia evoca a competência humana de guiar-se por suas leis individuais, sendo, assim, o antônimo do conceito de “heteronomia” (SEGRE *et. al.*, 2009, p.3).

Para uma compreensão acerca das camadas que revestem as interpretações sobre as ações autônomas em sociedade, faz-se necessário delineamento a partir de aportes filosóficos, bioéticos e jurídicos. Sob a ótica de Immanuel Kant (2007, p.84), há de se considerar forte ligação entre moralidade, autonomia e dignidade humana, partindo do pressuposto que a liberdade moral do sujeito encontra o seu cumprimento na ação autônoma, devendo ser reconhecida à possibilidade do indivíduo de realizar suas escolhas como um valor estruturante.

Esta leitura a partir da ótica kantiana fundamenta a autonomia da vontade como o indicador da moralidade, pois, em seu entendimento, o princípio da autonomia seria o único princípio da moral, onde a liberdade moral se consolida na expressão autônoma da vontade do indivíduo. O entendimento filosófico de Kant (2007, p.79) indica ainda que a liberdade encontra sua aplicação no plano fático através da possibilidade do sujeito de decidir sobre seus próprios interesses, concretizando suas convenções como verdadeira legislação universal. Assim, a dignidade da pessoa humana se concretiza por meio do respeito à autonomia.

O sentido de autonomia em Kant (2007) revela uma dimensão de universalidade, ou seja, a noção de autonomia na visão kantiana é um pressuposto universal a todo ser humano, não despertando para uma noção relativa do conceito, onde seria possível referendar as individualidades tendo como justificção o fato de que a sociedade é significativamente plural.

Este entendimento não se confunde com o sentido de autonomia para a matriz bioética. Nesta perspectiva, o respeito à autonomia se vincula aos limites das condutas em âmbito biocientífico, promovendo parâmetros para a proteção do sujeito e respeito às decisões individuais. Partindo da corrente principialista de Tom Beauchamp e James Childress (2002, p.137), a concepção acerca da pessoa autônoma ganha contornos quanto aos seus elementos essenciais. Para os autores, o exercício do autogoverno deve ser isento de qualquer interferência externa, possuindo características basilares como a capacidade de raciocínio, deliberação e compreensão.

A abordagem dos princípios advindos desta corrente – beneficência, não maleficência, autonomia e justiça – se organiza em uma disposição abstrata, onde apenas ganham sentido quando aplicados em contextos específicos. Ou seja, apenas a partir da aplicação que se revelará o verdadeiro sentido. Estes princípios vêm sendo utilizados como referência durante as

últimas décadas para a construção de normas deontológicas na assistência médica associadas a outras considerações morais (MUNHOZ, 2014, p.14-15).

Nessa perspectiva, há o entendimento de que, sob o ponto de vista ideológico, os princípios da autonomia e da beneficência são diametralmente opostos, tendo em vista que a beneficência por muito estabeleceu de forma primária um padrão do que seria o melhor para o paciente, afastando o sujeito das decisões e inviabilizando qualquer intervenção por sua parte no processo terapêutico. A autonomia, por outro lado, se exprime como a validação das escolhas concebidas pelo indivíduo, mesmo que não corresponda à concepção do que seria “correto” para outra parcela da comunidade (SEGRE *et. al.*, 2009, p.6).

Esta ausência de consenso, quanto às decisões tomadas em esfera privada, causa certos impactos nas relações sociais, seja na relação médico-paciente, seja nas relações que envolvem o indivíduo e o coletivo. Tristram Engelhardt (2004) aponta para o efeito do estranhamento moral entre pessoas com percepções e valores distintos em sociedade. Estes conflitos em situações existenciais são amplificados quando se tratam de decisões acerca a saúde, a vida e o corpo. O fenômeno é mais evidente quando se trata de situações que envolvam crianças e adolescentes.

O respeito ao ideal autonomista consolida assim a ausência de julgamentos quanto às escolhas relacionadas aos seus respectivos projetos de vida. Nesse sentido, Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (2018, p.140) consagram a harmonização entre a autonomia e o princípio da alteridade como ferramenta na tutela jurídica da dignidade existencial. O respeito ao individual e ao coletivo deve então partir da compreensão da existência das diferenças, onde a alteridade reconhece, a partir do respeito ao Outro, opções e vontades distintas, mesmo que estas não caibam na perspectiva do observador.

Vale ressaltar que, acerca desta colisão entre princípios,

Mônica Neves Aguiar (2016, p.72) concebe esta relação a partir de quatro vértices indicadores. Denominado por quatérnio bioético, a autora destaca que “não se trata apenas de uma colisão entre a autonomia e beneficência, mas também, entre o poder técnico atribuído ao médico e/ou ao pesquisador e a vulnerabilidade do paciente ou participante da pesquisa”. A partir dessa concepção, observa-se que este entendimento indica a existência de variáveis que podem vir a atingir o caso concreto, não havendo uma resposta única para todos os casos, devendo ocorrer um exame para além da capacidade civil.

Caso fatores externos venham a provocar interferências que maculem o processo decisório, o impedimento da expressão da vontade pelo indivíduo, de modo que corresponda a sua autêntica intenção, pode gerar um cenário de autonomia reduzida. A incapacidade de concretização, em muitos casos derivados de questões biológicas, sociais e políticas, exprime um quadro de vulnerabilidade acentuada (GUIMARÃES; NOVAES, 2009, p.2).

Nessa senda, a identificação da vulnerabilidade humana implica na obrigação ética de proteção dos grupos fragilizados. Portanto, no contexto clínico, o combate a este cenário se dá na maioria das vezes por meio do consentimento informado, visando cumprimento do exercício da decisão autônoma pelo paciente e garantindo a compreensão por meio de uma comunicação adequada. Ainda assim, o exercício da autonomia aliado à garantia do consentimento não afasta a vulnerabilidade (NEVES, 2006, p. 159).

Considerando a necessidade de proteção a direitos fundamentais frente ao avanço da biotecnociência, em 2005, foi desenvolvida a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Dentre os artigos 5º e 8º, o texto defende categoricamente o respeito à autonomia dos indivíduos na tomada de decisão, alcançando também aqueles que, por alguma razão, não se podem valer de sua autonomia, ou mesmo, tenham sua

autonomia reduzida temporariamente. Desse modo, grupos e indivíduos em situação de vulnerabilidade específica devem ser protegidos de forma integral (UNESCO, 2005).

Para tanto, a bioética principialista retrata a análise da ação autônoma através da relação triangular entre a intenção, o entendimento e a ausência de influências controladoras. Porém, ressalta-se que a exigência de um entendimento pleno ou a ausência completa de influência sob o paciente não é cabível no plano da realidade. Ou seja, “limitar a decisão dos pacientes ao ideal da decisão inteiramente autônoma priva esses atos de uma posição significativa no mundo prático, onde as ações das pessoas raramente – ou nunca – são completamente autônomas” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 140-141).

Dessa forma, para a satisfação e cumprimento da ação autônoma, as condições devem considerar a existência de graus de autonomia. Para esta avaliação, deve-se considerar que há um amplo espectro que aponta desde a ausência total até a completa autonomia. Esta circunstância deve ser avaliada partindo do caso clínico em análise, principalmente em situações que envolvam crianças ou idosos que costumam apresentar graus distintos de entendimento e independência dentro desse espectro (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 140).

Pode-se então perceber que, na concepção principialista da bioética, a criança e o adolescente são concebidos como pessoas com autonomia reduzida, o que não significa dizer que são seres desprovidos de qualquer autonomia. Há de se considerar as circunstâncias pessoais de cada sujeito, bem como as vulnerabilidades adquiridas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Trazendo a questão para o Direito, a autonomia privada se apresenta de forma complexa, ao observar os mais diversos aspectos que envolvem sua compreensão atual devido às profundas modificações que sofreu durante as últimas décadas, como a influência do viés de natureza constitucional e a evolução do próprio Direito Civil. A interpretação da autonomia privada hoje

parte do fato de que não é possível de interpretar o direito privado desassociado dos aspectos essenciais que se encontram consagrados por meio do sistema de direitos fundamentais (MEIRELLES, 2014, p. 55).

O reconhecimento da autonomia privada precedeu assim o respeito à dignidade humana, tornando viável a ascensão da potencialidade do exercício de autogoverno. A instrumentalização das liberdades – e não liberdades – possibilitou assim a emancipação da pessoa humana (MOUREIRA, 2007, p.107). Portanto, é irrefutável que a pessoa humana ganha posição de destaque no ordenamento jurídico, devendo o direito buscar a materialização do exercício das escolhas individuais de acordo com os valores e respectivo projeto de vida de cada pessoa, visando à promoção da satisfação e bem-estar dos sujeitos. Assim, o processo de construção do ideal acerca da dignidade deve se dirigir sempre à busca pela emancipação humana (TEIXEIRA, 2018, p.79-80).

É necessário considerar a relação imbricada entre dignidade e autonomia diante de situações que possam envolver conflitos entre bens jurídicos importantes. A promoção da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado, demanda o respeito pela autonomia das pessoas, revelado quando permitida a realização de seu projeto pessoal de vida.

No tocante às dimensões jurídicas da autonomia privada, há de se considerar dois planos: o plano horizontal, que carrega a expressão da abrangência da autonomia quanto aos atos praticados pelos sujeitos, bem como o plano vertical, que retrata quais os limites do exercício da autonomia nos negócios jurídicos. Cabe destacar que a autonomia privada não se destina apenas às relações de caráter econômico, como também as relações jurídicas extrapatrimoniais (PAUL, 2008, p.28).

Levando em consideração que os bens jurídicos de caráter econômico e extrapatrimoniais envolvem relações distintas, faz-se necessário um delineamento diferenciado acerca da

autonomia privada, onde seja considerada de modo efetivo a multiplicidade das situações jurídicas existenciais que envolvem a corporeidade, a saúde e a vida (MEIRELLES, 2014, p.57).

Note-se que não há bens jurídicos e direitos absolutos, pressuposto também inerente à ideia de autonomia. A autolimitação visa conciliar o exercício da liberdade, garantindo direitos fundamentais com observância ao direito dos outros indivíduos de exercer também a sua liberdade dentro do Estado Democrático de Direito. Assim, pode o Estado instituir limites às condutas, caso venham a oferecer risco à integridade de determinados bens jurídicos, ponderados e considerados, concretamente, muitas vezes, mais importantes (TEIXEIRA, 2018, p.98-102).

É irrefutável que o entendimento acerca da autonomia para a Filosofia não segue os mesmos parâmetros adotados pelo Direito, apesar das normas jurídicas sofrerem influência dos conteúdos filosóficos. A autonomia calcada na ética pressupõe a liberdade do ser humano quanto a sua autodeterminação, o que difere da autonomia normativa, que se dirige à liberdade na perspectiva da celebração de negócios jurídicos ou manifestação da vontade em determinadas situações jurídicas, bem como da autonomia para a bioética principialista, ao qual dirige seu enfoque para implicações advindas das relações médicas (GOGLIANO, 2000, p.125).

Já a capacidade civil é considerada como expressão de titularidade da personalidade jurídica, podendo ser classificada em capacidade de fato e capacidade de direito. A capacidade de fato exprime a possibilidade de exercer direitos e efetivamente cumprir obrigações de forma direta, sem intermédio de nenhum outro sujeito. Quanto à capacidade de direito, esta se dirige a todos os indivíduos, preconizado pelo artigo 1º do Código Civil, que consagra que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (AGUIAR, BARBOZA, 2018, p. 20).

Dessa maneira, a capacidade instituída pelo referido diploma legal limita o exercício dos direitos e deveres em certos

estágios da vida. Nessa perspectiva, o Código Civil adotou o modelo biopsicológico de incapacidade civil com vistas à uma maior proteção ao indivíduo incapaz, considerando a incapacidade a partir do critério etário. Assim, com base no artigo 3º e 4º, I do Código, são considerados absolutamente incapazes para o cumprimento pessoal dos atos civis os menores de dezesseis anos e relativamente incapazes aqueles que se encontram maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (ALVES; FERNANDES; GOLDIM, 2017, p.234).

Não obstante, a Lei nº 8.069, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) define, em seu artigo 2º, também partindo do critério etário, a definição de criança e adolescente. De acordo com a disciplina jurídica, a criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e o adolescente aquele que tiver entre doze e dezoito anos incompletos.

O regime das incapacidades previsto na legislação restringe direitos na medida em que possibilita ao incapaz a prática de atos da vida civil apenas através da assistência ou representação. Esta prática protetiva encontra assento no resguardo do incapaz, visando à regulação ligada a situações patrimoniais. Vale ressaltar que este regime não se limita apenas a questões ligadas ao patrimônio, gerando reflexos em diversos aspectos da vida do sujeito puramente existenciais, inviabilizando o estabelecimento de outras relações de modo efetivo, como as relações de saúde, violando o exercício da autonomia (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p.1551).

Para que efetivamente exista uma proteção juridicamente apreciável às crianças e aos adolescentes, faz-se necessário considerar a vulnerabilidade do indivíduo não como fator para anular a sua vontade, como, por exemplo, acontece nas relações que envolvem a saúde e o corpo. Garantir a concretização no plano fático dos princípios da proteção integral e da primazia do melhor interesse significa repensar a estruturação do regime das incapacidades (SCHIOCCHE, 2011, p.10).

Seguindo esta linha de raciocínio, a constituição da autonomia em sentido bioético não é compatível com o conceito de capacidade civil trabalhada atualmente no direito brasileiro. Há uma pluralidade de casos onde o sujeito é civilmente capaz, porém, por interferências externas, encontra-se em situação de autonomia reduzida, e vice-versa. Por isso, propõe-se uma compreensão do conceito de capacidade bioética onde as questões referentes à vida e saúde do ser humano sejam ponderadas a partir da sua manifestação da vontade, mesmo quando não se tenha atingido a maioridade civil.

3 O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Por muito, o corpo foi considerado como patrimônio inviolável, sendo revestido assim por influência de concepções religiosas e morais ao longo do tempo, que acabaram moldando certos parâmetros acerca da temática. Assim, Thais Cavalcanti (2017, p.114) ressalta que “não se pode conceber o Direito sem o conhecimento da moral, mesmo que ambos possuam diferenças fundamentais, como o aspecto da interioridade e exterioridade”. Atualmente, é possível observar um rompimento com este paradigma, exprimindo assim uma realidade onde a concepção acerca da corporeidade vem sendo modificada paulatinamente, agora pautada no livre desenvolvimento saudável, onde o corpo pode ser adequado sob a ótica dos aspectos psicofísicos, antes não contemplados.

Nessa senda, o corpo também ganha notoriedade jurídica. Antigamente, a corporeidade não era algo levado em consideração para o Direito. A proteção ao corpo começou a ser pensada a partir do desenvolvimento posterior e avanço das demais ciências, onde acarretaram novas demandas que desafiaram o Direito a desenvolver um aparato protetivo a este elemento, a fim de concretizar a regulação de relações jurídicas que

decorrem do mesmo (TREVISAN, 2015, p. 69).

A partir de uma ponderação acerca do tratamento jurídico do corpo ao longo do tempo, é notável que a preservação deste bem jurídico concretiza por via reflexa a proteção à vida. A proteção do corpo encontra assento em diversos diplomas legais, como o Código Penal, o Código Civil e a Lei dos Transplantes. Assim sendo, “pode-se considerar o corpo como sendo a expressão física da personalidade do ser humano, merecedor da proteção estatal” (GOZZO; MOINHOS, 2014, p. 170).

Dessa forma, o corpo ganha proteção estatal como manifestação da personalidade, assim como o viés da concepção de saúde na contemporaneidade. A partir da ótica constitucional, bem como pelo entendimento da Organização Mundial da Saúde, a saúde não pode ser avaliada exclusivamente a partir da sua dimensão biológica, devendo ser levada em consideração uma visão biográfica, onde o bem-estar biopsicossocial é importante para que o tratamento do paciente seja abrangente. Portanto, “a saúde se liberta da concepção restritiva da integridade física para abraçar os aspectos unitários físicos e psíquicos da pessoa, além do próprio modo de entender a qualidade de vida” (DE CICCIO, 2012, p.10-11).

Os direitos fundamentais, consolidados na Constituição Federal, são o ponto de partida para compreender os direitos da personalidade. Todo direito da personalidade é um direito fundamental, porém, nem todo direito fundamental pode ser considerado um direito da personalidade. A sistematização destes direitos se deu mediante dois grandes ramos do direito, o Direito Constitucional, regendo os direitos fundamentais, e o Direito Civil, através dos direitos da personalidade (GOZZO; MOINHOS, 2014, p. 171). É de fácil percepção que não há uma dicotomia entre os direitos fundamentais e da personalidade, havendo assim uma verdadeira conexão. A proteção ao corpo encontra-se no limiar entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. (GOZZO; MOINHOS, 2014, p. 173).

O texto constitucional traz a saúde como um direito vinculado à liberdade, mesmo que o direito à saúde possua natureza prestacional. Esta vinculação ao direito de liberdade acarreta uma consideração da vontade daquele indivíduo em poder construir sua individualidade a partir dos seus projetos e de sua personalidade. Nessa perspectiva, são vedadas práticas interventivas do Estado em âmbitos particulares (MEIRELLES, 2014, p.61). Porém, devido à condição de vulnerabilidade acentuada da criança e do adolescente, sob o manto da proteção integral, o Estado toma para si em certos casos o poder de identificar o melhor interesse das crianças e adolescentes, restringindo assim também a liberdade decisória destes sujeitos (MENEZES, MULTEDO, 2016, p.192).

Um exemplo concreto onde a autonomia do sujeito menor de idade não é preservada para exercício futuro são os casos de intervenções cirúrgicas em neonatos intersexo. Mesmo com um arcabouço limitado acerca das evidências científicas que corroborem com indicadores positivos que sobreponham os negativos, muitos profissionais ainda entendem pela realização do procedimento (KNIGHT, 2017).

Dentre as justificativas, a conformação às expectativas sexuais e de gênero são a prioridade, supondo a redução de conflitos em esferas distintas durante a infância e a adolescência. É irrefutável que o “normal” ainda é levado em consideração pelo corpo clínico, mesmo com poucas evidências de que essas cirurgias resultem em órgãos genitais que se apresentem dentro do padrão instituído socialmente ou que esse procedimento irá efetivamente acarretar em uma “vida normal” para a criança (GUILMARÃES JÚNIOR, 2014, p.69).

Essas cirurgias violam não apenas o direito à autonomia pessoal sobre seu corpo e seu futuro, bem como os expõem a uma situação acentuada de vulnerabilidade. Embora certas cirurgias possam ser justificadas por viabilizar o funcionamento físico e/ou a integridade da saúde do paciente, as intervenções que

visam exclusivamente à adequação do sexo infringem o direito da criança à integridade física, bem como os direitos sexuais e reprodutivos (GUIMARÃES JÚNIOR, 2014, p.70).

Nesse sentido, fica claro que a vida, o corpo e a saúde possuem valores comuns a serem resguardados por meio de tutela específica, vide seus aspectos intrínsecos ligados à dignidade humana, bem como constituem-se como base estrutural para exercício de outros direitos. Portanto, cabe a interpretação e o reconhecimento do direito ao próprio corpo como um direito fundamental para garantia não apenas dos princípios atinentes à realização do ser humano – como por exemplo a liberdade de trabalho, de religião e a liberdade de expressão –, como também uma vida plena e digna.

4 O PROTAGONISMO DO MELHOR INTERESSE A PARTIR DAS ESFERAS DE COMPREENSÃO

Segundo Karl Popper (1999, p.275), o conhecimento científico é revestido por leis universalizáveis, provenientes do processo de observação da realidade (que por sua vez possui características singulares). Pode-se observar que a problemática levantada pelo autor acerca da indução se aplica a problemática em estudo, uma vez que um enunciado singular – *a tomada de decisão por menores de idade não é viável pela ausência de discernimento pautada no critério cronológico* – viabiliza a criação de um enunciado universal por meio da generalização – *todos os menores de idade não possuem discernimento por não atingirem a maioridade civil*.

Logo, Popper (1999, p.287) vai de encontro ao processo empírico de indução, pontuando falhas estruturais quanto à veracidade dos resultados obtidos por meio da utilização deste método. Portanto, para que o enunciado gerado a partir da observação seja posto à prova, faz-se imprescindível submetê-lo ao processo de falseamento para a comprovação (ou não) de

veracidade. Não obstante, o processo de refutação acerca deste marco teórico vem sendo questionado por biojuristas e bioeticistas ao longo dos últimos anos.

Como visto anteriormente, no contexto da assistência médica em saúde, como em qualquer abordagem bioética que envolva a presença de crianças e adolescentes, o consentimento se apresenta como um ponto controverso. O consentimento destes sujeitos é firmado na maioria das vezes por seus respectivos responsáveis legais em prol do melhor interesse da criança, não havendo a possibilidade do exercício de decisão, tendo em vista a ausência de capacidade civil. Porém, não há garantia que a decisão atenda o melhor interesse da criança. No caso do paciente em questão, o mesmo não teria o condão de expressar sua vontade, tendo de se sujeitar à decisão do seu respectivo responsável (ALBUQUERQUE; GARRAFA, 2016, p.454).

Levando em consideração este cenário, como proposta alternativa ao marco etário instituído, Mônica Aguiar (2012, p.97), sob a égide do art. art. 28, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aponta que, a partir dos 12 anos completos, o indivíduo possui uma presunção absoluta de capacidade quanto à prática de atos concernentes à sua vida e saúde, o que se chama de maioridade bioética.

Nesta hipótese, a criança estaria em posição de protagonismo, efetivamente ouvida pelo médico responsável. A autora afirma que a condição de vulnerabilidade não justifica a inviabilização do exercício da autonomia dos menores de 18 anos. Esta proposta conferiria principalmente ao adolescente capacidade decisória para definir questões atinentes ao seu corpo e garantia de um tratamento digno e inclusivo (AGUIAR, 2012, p.99).

Seguindo esta linha de raciocínio, complementa Aline Albuquerque (2018, p.202) acerca da capacidade sanitária: “Os rígidos critérios adotados pelo Direito Civil para restringir a participação de pessoas incapazes em decisões que dizem respeito a seus bens não devem incidir sobre os assuntos que se refiram

à sua saúde.”. Continua a autora afirmando que, “desse modo, os mesmos requisitos de capacidade civil não devem ser aplicados à capacidade sanitária, que consiste na capacidade específica para tomar decisões na área da saúde”.

A teoria do menor maduro foi criada em países adeptos do *Common Law*, sendo aplicada em diversos países como os Estados Unidos e a Inglaterra. Esta teoria vem ganhando destaque na literatura médico-jurídica por meio do caso paradigmático *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, onde o autor ao momento tinha dezesseis anos e total capacidade de discernimento quanto aos procedimentos terapêuticos, o que possibilitou a manifestação de vontade (MEIRELLES; FERNANDES, 2019, p.126-127).

Para estipular parâmetros para definição da capacidade nessa perspectiva, faz-se necessário a fixação de alguns requisitos (MEIRELLES; FERNANDES, 2019, p.128). Para a efetiva tomada de decisão no campo da saúde, o desenvolvimento cognitivo e moral devem ser avaliados considerando os seguintes aspectos: completude do raciocínio lógico moral, tendo em vista que o paciente infante-juvenil deverá conseguir construir hipóteses e elaborar abstrações para que vislumbre os efeitos de sua decisão; contornos acerca da socialização, avaliando o grau de construção da imagem de si e do outro, bem como suas interações e o traço moral de conduta, considerada a matriz do desenvolvimento dos princípios individuais que possibilitam o autogoverno.

Contudo, a teoria do menor maduro de forma isolada não é capaz de promover a ascensão da autonomia dos jovens em relação aos seus pais, pois, apesar de tribunais estrangeiros recepcionarem estes argumentos, a teoria pode ser rejeitada a depender do caso no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo de uma leitura mais atenta, pode-se verificar que a Convenção dos Direitos da Criança – tratado internacional incorporado pelo Brasil – eleva a autonomia progressiva do menor, tendo como

obrigatória a sua aplicação em nosso sistema jurídico (ARAÚJO, 2021, p. 12-13).

Frise-se que, ainda que sejam realizadas adaptações à teoria das incapacidades, bem como uma nova recepção da autonomia da criança e do adolescente, alguns dilemas bioéticos ainda iriam emergir dessa relação entre o menor de idade, a equipe de saúde e os responsáveis legais, sendo imprescindível assim a busca equilibrada entre a proteção e a liberdade. Não é possível tomar como enunciado universal que todas crianças são iguais. Destaca Rebeca Ferreira que “é nesse contexto, que se conclui que lhes negar autonomia e poder de deliberação para questões existenciais sanitárias pelo único motivo que o legislador elegeu um marco etário geral e abstrato para reputá-los como capazes, é fechar os olhos para a realidade” (FERREIRA, 2019, p.78).

Vários fatores indicam a necessidade de diferenciar a ideia de capacidade jurídica, prevista como regra geral no direito brasileiro, da ideia de capacidade bioética ou sanitária, que está relacionada à possibilidade de tomar decisões concernentes ao corpo e à saúde, quando presentes alguns requisitos necessários, medida já adotada por alguns países e fulcrada no respeito às individualidades.

5 CONCLUSÃO

Pode-se concluir que a concepção de autonomia é diversa tanto para as ciências filosóficas como para as ciências sociais e da saúde. O exercício do autogoverno esbarra em óbices no plano prático, sendo necessário atentar para o fato de que a autonomia privada ganha contornos complexos em sua compreensão atual, devido às modificações que sofreu a partir da interpretação constitucional. Os institutos civilistas que tratam da capacidade não se apresentam de forma adequada para moldar decisões no que tange às relações em saúde, o que envolve o corpo.

A decisão em âmbito infanto-juvenil não necessariamente corresponde à uma decisão não autônoma ou mesmo irrelevante pela ausência do critério cronológico, devendo ser avaliada caso a caso, a partir de pressupostos como o desenvolvimento cognitivo.

As decisões que envolvem o corpo estão relacionadas aos princípios constitucionais da liberdade e dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos da personalidade.

Para que efetivamente seja concretizada uma proteção juridicamente justa e adequada às crianças e aos adolescentes nos sistemas de saúde, faz-se necessário que o reconhecimento de sua vulnerabilidade não seja o motivo para afastar a sua possível autonomia, como ocorre, na maioria das vezes, nas decisões dentro das relações de saúde. Garantir a concretização no plano fático dos princípios da proteção integral e da primazia do melhor interesse significa repensar a estruturação do regime das (in)capacidades, para contemplar a noção de capacidade bioética ou sanitária.

Levando em consideração que a participação e o cuidado devem estar em consonância com a proteção e o direito de escolha, o estudo dos procedimentos terapêuticos na perspectiva da criança e do adolescente deve partir de critérios para análise do caso, de modo que sejam considerados aspectos basilares como a possibilidade de prejuízo, a capacidade de compreensão das esferas que revestem o tratamento médico pela criança, bem como os impactos de sua decisão, proporcionando assim a ascensão e o protagonismo do efetivo melhor interesse, impactando diretamente na garantia de direitos e redução de possíveis danos físicos e/ou psíquicos.



REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica Neves. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- AGUIAR, Mônica Neves; MEIRELES, Ana Thereza. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. *Revista Brasileira de Direito Animal*, vol. 13, nº 1, p. 123-147, jan/abr 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v13i1.26220> Acesso em: 14 abr. 2021.
- AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 13, n. 1, 2018. Disponível em: <https://portal-seer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22942>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico-normativo. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 43, p.193-209, 2018. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200014&lng=es&nrm=iso Acesso em: 18 abr. 2021.
- ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Revista Bioética*, Brasília, v. 24, n. 3, p. 452-458, set./dez. 2016. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1148 Acesso em: 14 abr. 2021.

- ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Autonomia, autode-terminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n. 3, p. 215-242, 29 dez. 2017. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1128> Acesso em: 14 abr. 2021.
- ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coelho de. Teoria da maturidade progressiva do menor aplicada ao direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, vol.21, p. 1-25. 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/154602> Acesso em: 12 abr. 2021.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- BRASIL. Lei nº 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/18069.htm Acesso em: 20 abr. 2021.
- CAVALCANTI, Thais Novaes. Os princípios enquanto normas éticas e o mínimo irredutível da constituição. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Salvador, vol. 1, nº 1, p. 99-114, jul/dez, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ucsul.br/index.php/direitosfundamentaisalteridade/article/view/431/350> Acesso em: 13 abr. 2021.
- DE CICCIO, Maria Cristina. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Civilística.com: Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 2, n. 2, p. 1-12, 24 jun. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/93> Acesso em: 10 abr. 2021.
- ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. Tradução de José. A. Ceschin. 2.ed. São Paulo: Edições

Loyola, 2004.

FERREIRA, Rebeca Simão Bedê. *A teoria do menor maduro como argumento corretivo à insuficiência do regime das incapacidades no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza – Ceará. Orientador: Antonio Jorge Pereira Júnior. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_b325ade1c0043f9f0b2c806eeeca8957 Acesso em: 20 abr. 2021.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, p. 107-127, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13078>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos. A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade. *Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 161-187. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958> Acesso em: 20 abr. 2021.

GUIMARÃES JÚNIOR, Anibal Ribeiro. *Identidade cirúrgica: o melhor interesse da criança intersexo portadora de genitália ambígua. Uma perspectiva bioética*. 2014. Tese. (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ. Rio de Janeiro. Orientador: Fermin Roland Schramm. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/25692> Acesso em: 14 abr. 2021.

GUIMARÃES, Maria Carolina; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia Reduzida e Vulnerabilidade: Liberdade de Decisão, Diferença e Desigualdade. *Revista Bioética*, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em:

- https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288 Acesso em: 23 abr. 2021.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Paulo Quintela. Portugal: Editora 70, 2007.
- KNIGHT, Kyle. *et al. I want to be like nature made me: medically unnecessary surgeries on intersex children in the US*. Human Rights Watch, 2017. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/lgbtintersex0717_web_0.pdf. Acesso em: 14 abr 2021.
- MEIRELLES, Ana Thereza. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- MEIRELLES, Ana Thereza; FERNANDES, Lyellen. A recusa a tratamento médico por convicção religiosa e a teoria do menor maduro: uma análise à luz do sistema jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica do Centro Universitário do Rio São Francisco*, nº 21, p. 109-133, 2019. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/internas/conteudo/?id=23> Acesso em: 12 abr 2021.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://www.revista-aec.com/index.php/revista-aec/article/view/48/523> Acesso em 20 abr. 2021.
- MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada aplicada ao Biodireito. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Manaus, 2007. p. 92-118. Disponível em:

- http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/diogo_luna_moureira.pdf Acesso em: 14 abr. 2021.
- MUNHOZ, Luciana Batista. *O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente*. 2014. Dissertação (Mestrado em Bioética). Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – Brasília. Orientadora: Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/15918> Acesso em: 12 abr. 2021.
- NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1545-1558. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24705/17950> Acesso em: 14 abr. 2021.
- NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2, p. 157-172. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966> Acesso em: 14 abr. 2021.
- PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Limites à autonomia privada*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo. Orientadora: Maria Helena Diniz. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8078> Acesso em: 20 abr. 2021.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1999.
- SCHIOCCHET, Taysa. Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no contexto brasileiro: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. (Org.) *Direito Sanitário*. Rio de

- Janeiro: Elsevier, 2011. vol. 1, p. 382-401.
- TREVISAN, Vanessa Maria. *Direito ao próprio corpo: limites e possibilidades de disposição dos atributos pessoais*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília – Brasília. Orientador: Leonardo Roscoe Bessa. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12012> Acesso em: 12 abr. 2021.
- SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin Roland; LEOPOLDO e SILVA, Franklin. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio da autonomia. *Revista Bioética*, CFM, Brasília. v. 6, n. 1, 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/321 Acesso em: 20 abr. 2021.
- SILVA, Mônica Neves Aguiar da. O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde: quando o poder encontra a vulnerabilidade. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, Brasília, v.2, n.1, jan/jun, 2016. p. 70-85. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/273/pdf> Acesso em: 20 abr. 2021.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214> Acesso em: 14 abr. 2021.
- UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. *Trata das questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais*. Cátedra UNESCO de Bioética da UnB. 2005. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf Acesso em: 12 abr.

2021.