



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

REINALDO SANTOS DE MORAES

**A TEORIA DO “MENOR MADURO” E SEU EXERCÍCIO NAS QUESTÕES
REFERENTES À VIDA E À SAÚDE: UMA APRECIÇÃO DA SITUAÇÃO
BRASILEIRA**

Salvador
2011

REINALDO SANTOS DE MORAES

**A TEORIA DO “MENOR MADURO” E SEU EXERCÍCIO NAS QUESTÕES
REFERENTES À VIDA E À SAÚDE: UMA APRECIÇÃO DA SITUAÇÃO
BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Mônica Aguiar

Salvador
2011

M791

Moraes, Reinaldo Santos de.

A teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira. / Reinaldo Santos de Moraes. – Salvador, 2011.

231f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia-UFBA. Faculdade de Direito, 2011.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Mônica Aguiar.

1. Bioética. 2. Direito Constitucional. 3. Teoria Geral do Direito - Brasil. 4. Menor maduro. 5. Direito à saúde 6. Autonomia. 7. Consentimento. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II Título.

CDD: 340.112

FOLHA DE APROVAÇÃO

REINALDO SANTOS DE MORAES

A TEORIA DO “MENOR MADURO” E SEU EXERCÍCIO NAS QUESTÕES REFERENTES À VIDA E À SAÚDE: UMA APRECIÇÃO DA SITUAÇÃO BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito parcial para
obtenção do Grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

1. _____
Profª Drª Mônica Aguiar
2. _____
Profª Drª Maria Auxiliadora Minahim
3. _____
Prof. Dr. Luís Paulo Cotrim Guimarães

Salvador (Bahia), ____ de _____ de 2011.

Dedico este trabalho à Professora Doutora Mônica Aguiar e à Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, pelo incentivo e pela oportunidade de desenvolver este tema.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me permitir viver este momento e por ter colocado no meu caminho pessoas e meios necessários à realização deste trabalho. Sem este auxílio nada seria possível.

Ao meu pai, Tarcílio, pelas orações e sacrifícios em meu favor.

À minha mãe, Hildete (*in memoriam*) pelo que sou, sei que está presente.

Às minhas irmãs, Iacy e Juçara, e aos meus irmãos, Ubiraci, Ubiratan, Jairo e Marcos, pelo apoio incondicional, amo vocês.

Às minhas filhas, Carolina e Fernanda, pela compreensão inconsciente ao dividir o nosso tempo com os meus estudos.

À Vilma, pela paciência, admiração e apoio constante.

À minha orientadora, Professora Doutora Mônica Aguiar, pela honra e privilégio da orientação e pelos ensinamentos que permitiram este trabalho.

À Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, a quem admiro e respeito desde que a conheci no curso de graduação, quando então coordenou o curso de Direito. Meus sinceros agradecimentos pelas sugestões que viabilizaram este trabalho.

A cada pessoa que, à sua maneira, colaborou com esta dissertação de mestrado que, embora seja um trabalho individual, não é um esforço solitário. São muitas as pessoas a quem devo agradecimento pelo auxílio, as quais, ao longo da minha vida acadêmica, contribuíram para a minha formação e realização dos meus sonhos. Tenham certeza do meu reconhecimento e apreço.

Ao Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares, não apenas pelo conhecimento que adquiri, mas pelo incentivo e apoio incondicional, revelado em todos os momentos pelas suas palavras, ações e gestos.

Ao Professor Doutor Rodolfo Pamplona Filho, exemplo de dedicação à pesquisa e ao conhecimento, pelo apoio constante ao pesquisador do Direito.

À Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da

Bahia, pelo apoio institucional ao aprimoramento dos meus estudos acadêmicos.

Aos colegas de trabalho da Petrobras S.A., Jorge Luís Silva Vidal, sua equipe e Anselmo Barretto de Jesus, pelo apoio; na advocacia, ao amigo H. Emanuel Monteiro de Lima, pela ajuda e compreensão.

Aos colegas de mestrado, por me oportunizarem o conhecimento, favorecido pelos debates constantes, particularmente à colega Ivana Fraga, a Tatiane Ribas, a Laura Scalldaferri, a Jayla Silva, a Marcelo Silva, a Marcelo Timbó e a Edson Tiny.

A todos que forneceram ou cederam os textos necessários para a construção do trabalho, principalmente a Francisco Bittencourt da Silva, a Vanessa Santos Moraes, a Maria de Fátima Penna, a Robson Santos Araújo e a todos que creem e investem na pesquisa e no ensino do Direito.

“A pessoa conscientizada tem uma compreensão diferente da história e de seu papel nela. Recusa acomodar-se, mobiliza-se, organiza-se para mudar o mundo.”

Paulo Freire (Cartas à Cristina, 1994.)

RESUMO

A teoria do “menor maduro” considera o menor de idade sob determinadas circunstâncias, capaz de dar um consentimento informado, autorizando o seu tratamento de saúde, prescindindo, portanto, de autorização dos seus pais ou responsável legal. Com origem em país de sistema “*Common Law*”, esta teoria é aplicada em países desenvolvidos, constando, inclusive, em leis de países do sistema “*Civil Law*”. Analisam-se, com a teoria do “menor maduro”, a autonomia, o consentimento informado, a vulnerabilidade e aspectos dos países periféricos que podem mitigar a aplicação da teoria do “menor maduro” face à vulnerabilidade socioeconômica do menor, que pode dificultar o seu acesso a certos direitos fundamentais, como o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, o direito à vida. Neste contexto, analisa-se em que medida esta teoria pode ser aplicada no Brasil, diante de condições adversas que são impostas pela sociedade, pela pobreza, que dificultam o exercício de direitos fundamentais. Trata-se da teoria do “menor maduro” em uma abordagem bioética dos seus principais pontos, como origem, legislações pertinentes e sua relação com o princípio da autonomia e do consentimento informado.

Palavras-chave: Menor maduro; Autonomia; Consentimento; Vulnerabilidade; Dignidade humana; Direito à vida; Direito à saúde; Bioética.

ABSTRACT

The theory of "mature minor" considers a minor under certain circumstances, capable of giving informed consent, authorizing his health care, so dispensing with authorization from his parents or responsible. Originating in country system "Common Law", this theory is applied in developed countries and appears even in the laws of countries of "Civil Law". With the theory of "mature minor", it is analyzed the autonomy, informed consent, vulnerability and aspects of peripheral countries that can mitigate the application of theory of "mature minor" face social and economic vulnerability of child, that can hamper his access to certain fundamental rights, as respect to human person dignity, right to health, right to life. In this context, it is analyzed to what extent this theory can be applied in Brazil with its adverse conditions imposed by society, by poverty that becomes difficult the exercise of fundamental rights. It is the theory of "mature minor" in a bioethics approach of its main points, as origin, relevant legislations and its relationship with the principle of autonomy and informed consent.

Keywords: Mature minor; Autonomy; Consent; Vulnerability; Human dignity; Right to life; Right to health; Bioethics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CP	Código Penal
CPC	Código do Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
OMS	Organização Mundial da Saúde
OPAS	Organização Panamericana de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
UNESCO	Organiz. das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
ONU	Organizações das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I	
1 O MENOR MADURO E OS DIREITOS À DIGNIDADE HUMANA, À VIDA E À SAÚDE	20
1.1 SOBRE A DIGNIDADE HUMANA.....	23
1.2 A DIGNIDADE HUMANA E O MENOR MADURO	28
1.3 SOBRE O DIREITO À VIDA	33
1.3.1 Direito à vida e o menor maduro	41
1.4 SOBRE O DIREITO À SAÚDE.....	42
1.4.1 Direito à saúde e o menor maduro.....	47
CAPÍTULO II	
2 ADOLESCENTE ECONOMICAMENTE VULNERÁVEL NOS PAÍSES PERIFÉRICOS	51
2.1 PAÍSES PERIFÉRICOS E CENTRAIS	52
2.2 DIREITOS VULNERADOS: REFLEXOS DA POBREZA NO ADOLESCENTE ...	58
2.3 BIOÉTICA E VULNERABILIDADE	64
2.3.1 Bioética: conceitos, significados e sentidos	64
2.3.2 Vulnerabilidade: conceitos.....	77
2.3.3 Vulnerabilidade: uma abordagem principiológica.....	89
2.3.4 Adolescente vulnerável.....	92
CAPÍTULO III	
3 AUTONOMIA E CONSENTIMENTO INFORMADO.....	95
3.1 CONCEITO DE AUTONOMIA	95
3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA: CARACTERÍSTICAS	100
3.3 CAPACIDADE E PODER DE ESCOLHA	101
3.4 DO CONSENTIMENTO INFORMADO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS...	103
3.4.1 Origem e Natureza.....	104
3.4.2 Conceito	116
3.4.3 Regime e legalidade.....	128
3.4.4 Informação e os Sujeitos	129
3.4.5 Requisitos	131
3.4.6 Objeto	132
3.4.7 Forma	133
3.4.8 Exceções.....	134
3.5 CONSENTIMENTO INFORMADO E TRATAMENTO DE SAÚDE.....	141
3.5.1 Necessidade do consentimento: aspectos penais.....	145
3.5.2 Legitimação de condutas e o consentimento do paciente.....	146

CAPÍTULO IV

4 TEORIA DO MENOR MADURO E SUA APLICAÇÃO NOS PAÍSES DE CIVIL

LAW	152
4.1 ORIGEM DA TEORIA DO MENOR MADURO	155
4.2 TEORIA OU DOCTRINA DO MENOR MADURO	170
4.2.1 Introdução	170
4.2.2 Definição	174
4.3 O GRAU DE MATURIDADE	179
4.3.1 A idade e o seu significado para a autonomia	179
4.3.2 A confidencialidade na atividade de saúde e o menor	184
4.4 O CONSENTIMENTO INFORMADO E O MENOR MADURO	189
4.4.1 Autonomia da vontade do menor: a tomada de decisão	189
4.4.2 Capacidade negocial e capacidade de entender	190
4.4.3 A família e o poder familiar	193
4.4.4 As emergências e consentimento do menor	194
4.5 O MENOR MADURO E LEGISLAÇÃO: EVOLUÇÃO E PROTEÇÃO.....	197
4.5.1 Declarações internacionais	197
4.5.2 O exemplo da legislação espanhola: Lei 41/2002	202
4.5.3 Uma apreciação da situação brasileira	205
4.5.4 Uma maioria bioética?	208
CONCLUSÃO	211
REFERÊNCIAS	218

INTRODUÇÃO

Uma reflexão sobre a idade para consentir intervenção médica, com respeito aos direitos fundamentais – que independem de idade para serem respeitados –, é propiciada por uma ficção que retrata um drama familiar. Trata-se do filme *“Uma prova de amor”*¹, que também aborda esta questão e traz a discussão aos dias atuais.

Neste drama, a adolescente Kate (Sofia Vassilieva) tem leucemia diagnosticada. Sua mãe Sara (Cameron Diaz) e seu pai Brian (Jason Patric) buscam todos os recursos possíveis para reverter o quadro da doença, mas quando veem as possibilidades de cura cessarem, são levados a considerar, por sugestão de um médico, uma fertilização *in vitro*, com melhoramentos genéticos que garantam que a criança se torne, ao nascer, uma doadora de órgão compatível para a irmã.

Nasce, portanto, Anna Fitzgerald (Abigail Breslin) e, desde então, com a autorização dos pais, passa a doar sangue, medula óssea e células para a irmã Kate, conforme o programado. Embora Kate tenha obtido uma sobrevida, seu quadro clínico se agrava por complicações nos rins e sua única chance de recuperação passa a ser a doação de um rim, sendo sua irmã Anna, com 11 anos e projetada para doar órgãos, a solução encontrada pelos pais.

No entanto, Anna, incentivada por Kate, resolve iniciar um processo judicial contra seus pais, pedindo uma “emancipação médica” para ter autonomia

¹ **My Sister's Keeper**. Direção: Nick Cassavetes. Produção: Jeremy Leven. EUA: PlayArte Pictures, 2009, (109 min), DVD, son., color.

NOTA: A versão deste título em português é “Uma prova de amor”.

sobre o seu corpo e impedir qualquer doação de seus órgãos, conseguindo o feito. Dentre os argumentos do seu advogado, Campbell Alexander (Alec Baldwin), está a “teoria do menor maduro”.

Mas, qual a idade ideal para uma “emancipação médica”, em que um paciente adquira autonomia para permitir ou recusar um tratamento de saúde ou qualquer intervenção médica? Ou, ainda, por que não indagar qual a idade ideal para uma emancipação bioética, se assim pudesse ser chamada? Como um menor de idade poderia adquirir essa emancipação e qual o fundamento? A vulnerabilidade econômica e a social podem mitigar a aplicação de uma teoria que permita a emancipação médica ao menor de idade? E esta teoria seria aplicável em um país em desenvolvimento?

Diante da complexidade de tais questões, que suscitam uma resposta entre emancipar ou não o menor de idade para questões médicas, permitindo decisões autônomas e configurando, em certa medida, o que Kant pressupunha sobre autonomia – ou seja, de que a autonomia pertence a todo indivíduo, no estado de natureza e também na sociedade, referendada no caso, por um consentimento livre e esclarecido – é que motivou o presente estudo, chegando-se à doutrina ou teoria do “menor maduro”.

A ficção aqui descrita, que não foge à realidade encontrada em países que aplicam a teoria do “menor maduro”, a exemplo da Espanha, EUA e Inglaterra, apresenta a distância que pode existir entre a autonomia do indivíduo e o poder familiar, entre a legislação e a realidade social. Entretanto, pensar a aplicação desta teoria em países com menor grau de desenvolvimento, com níveis de pobreza elevados para os padrões internacionais, com a presença da miserabilidade e da pobreza absoluta, requer uma análise do objeto que observe outros paradigmas, para discutir premissas, para desfazer caminhos e construir outros.

A partir do livro “A escritura e a diferença”, de Jacques Derrida, que trata da sua ideia de desconstrução (*différance*) – termo apresentado como um neologismo criado pelo próprio Derrida e que não significa destruição, mas uma desmontagem de um sistema, de forma que se possam reaproveitar as suas peças, contudo, sob uma diferente ordem construtiva – é possível entender que, na análise

de um objeto, pode-se permitir maior liberdade de pensamento.

Com referencial na desconstrução (*différance*), por permitir maior liberdade de pensamento na análise do objeto de estudo, preferiu-se cuidar do tema sob uma perspectiva mais ampla. Assim, fez-se o estudo da teoria do “menor maduro”, considerando sua origem e aplicação, passando-se, em seguida, ao entendimento sobre os seus reflexos, que atingem o grupo familiar, direitos fundamentais e, nas possibilidades de aplicação em um país em desenvolvimento, considerando as vulnerabilidades que poderiam mitigar a sua aplicação.

Portanto, não se mostrou suficiente o estudo com foco meramente na teoria do “menor maduro” como suporte das condições necessárias à “emancipação médica” do menor, garantindo-lhe a autonomia das suas ações neste âmbito. Surgiu a necessidade de se analisar essa teoria em um contexto mais amplo, considerando-se os aspectos do consentimento livre e informado, os direitos fundamentais, a autonomia, a vulnerabilidade e as condições de aplicação em meio a situações de pobreza, de forma a fundamentar um objeto mais amplo. Deste modo, importante passou a ser a análise do objeto ante as situações impostas pelas relações na sociedade.

Esta dissertação está inserida no contexto das relações sociais e novos direitos, permeando pela linha dos aspectos jurídicos da bioética, levando em conta o estudo da vida. Foi necessário, então, buscar qual modelo reuniria o conjunto de medidas ou providências para alcançar a aplicação da teoria do “menor maduro”, superando dificuldades do meio social, como a pobreza e o exercício da autonomia. Através de direitos fundamentais, em especial o da dignidade humana, do direito à vida e do direito à saúde, foi possível delinear o contexto global, no qual a teoria do “menor maduro” se insere.

A aplicação da desconstrução revelou que o aprofundamento do estudo do objeto não seria procurar apenas o seu sentido, mas descobrir o que está implícito, o que possibilite construir um novo sentido e descobrir o verdadeiro fundo ideológico que a teoria esconde. Em consonância com essa ideia, foi necessário entender as relações que a teoria do “menor maduro” promove com alguns direitos fundamentais e encontrar nesta relação outros pontos de conexão de menor abrangência inseridos nesses direitos.

Nestes pontos implícitos é que se inserem a Ética, a partir da Bioética, e o Direito, por estarem no contexto da teoria do “menor maduro” que exige não só o regramento legal, mas um comportamento ético adequado à sua prática, afinal, ambos regram condutas sociais.

Esta dissertação tem como objetivo principal compreender a teoria do “menor maduro” e sua inter-relação com o princípio da autonomia, no sentido de favorecer o exercício do direito à saúde e à vida pelo adolescente. Também objetiva demonstrar a possibilidade de aceitação restrita em locais onde há vulnerabilidade socioeconômica.

Vislumbra-se que, no decorrer da leitura das páginas seguintes, o leitor possa ter contato com essa teoria e observar que esta age diretamente no seio social, impondo discussões nas relações médicas, nas relações familiares, exigindo do Direito um regramento pelos próprios efeitos que promovem na escala de valores sociais e que podem favorecer o exercício de direitos.

O limite epistemológico desta dissertação está no estudo da teoria do “menor maduro” em relação à Bioética e, precipuamente, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, embora não falte referência à legislação alienígena, face aos aspectos de origem e aplicação contemporânea desta teoria em outros países. À luz da Bioética, foram analisados conceitos que têm origem nas diversas correntes teóricas, a exemplo da Bioética Princípalista e da Bioética de Proteção. Em relação ao Direito, privilegiou-se a atual Carta Magna.

No primeiro Capítulo, se delinea o contexto global através de direitos fundamentais relacionados ao “menor maduro”. Trazem-se direitos fundamentais mais diretamente ligados ao tema, entendendo-se que os direitos à saúde, à vida e à dignidade humana são tratados no contexto da teoria do “menor maduro”.

Não há o desejo de esgotar o tema, tampouco torná-lo o principal elemento de discussão. Sua importância no contexto do estudo é revelada pela própria condição de um menor em um país periférico que pode não ter esses direitos respeitados.

O que se buscou foi entender, principalmente, dois pontos importantes: como, sem o respeito a esses direitos, é possível aplicar a teoria do “menor maduro” e, se para serem respeitados tais direitos, a doutrina do “menor maduro” é um dos

caminhos. Para chegar a estas respostas é que se propõe discutir o significado desses direitos, conceitos, origem, entendimentos, etc.

No segundo Capítulo, interessa a importância do significado de vulnerabilidade. Não se pretende desenvolver uma tese sobre o tema, mas tão somente identificá-la como elemento importante quando se tem de pensar na possibilidade da aplicação da teoria do “menor maduro” nos países pobres.

Entretanto, antes mesmo de buscar esse entendimento, buscou-se trazer a noção sobre países periféricos. Para tanto, apresentou-se necessário compreender o que seria um país central. Essa discussão remeteu à noção de pobreza relativa e possibilitou concluir que pobreza poderia ser um componente relevante no desenvolvimento da autonomia, já que esta é exigida para a determinação do grau de maturidade.

Requeria, portanto, identificar quais direitos poderiam estar vulnerados. O que já se assinalou é que o direito à educação, condição de moradia, alimento, condições econômicas da família, estrutura familiar, entre outros aspectos, poderiam estar vulnerados diante de situação socioeconômica desfavorável, e o próprio aumento das desigualdades entre o pobre e o rico, mesmo em termos relativos, agravando e ampliando essas desigualdades.

Assim, precisar-se-ia entender essa vulnerabilidade no contexto da Bioética, revelando-se necessário questionar: o que é Bioética? Encontraram-se, em alguns autores, conceitos, como o apresentado por Wildoberto Gurgel, que, diante de tantas disparidades e disputas conceituais, sugere falar de Bioética como um movimento que compreende diversas facções e modos de apresentação. O conceito de vulnerabilidade, o seu entendimento como princípio bioético, é então descrito. Portanto, entendendo o que é Bioética, pode-se compreender a vulnerabilidade nesta ótica e assim definir o adolescente vulnerável no contexto descrito.

O terceiro Capítulo contém dois assuntos que, de forma direta, influenciam no entendimento da teoria do “menor maduro”. São eles a autonomia e o consentimento. Em princípio, em relação à autonomia, busca-se entender e trazer à baila o seu conceito e suas características, sempre no contexto da Bioética, o que permite se discutir a capacidade e o poder de escolha, pois, pelos estudos

realizados, um importante aspecto da teoria do “menor maduro” é que o adolescente possua essa capacidade, sem a qual não se poderá falar em autonomia.

Neste sentido, importa entender a autonomia e, para tanto, tenta-se discorrer alguns pontos sobre o conceito kantiano. O respeito pela autonomia do outro é importante na teoria do “menor maduro”. Mas resta entender os possíveis limites impostos às autonomias individuais. Assim, podem-se entender quais limites são impostos à autonomia do “menor maduro” (social, econômico, legal, familiar, etc).

É oportuno também, neste Capítulo, discutir o consentimento. Hoje, se trata de exigência na relação médico x paciente, possui cunho legal e ético e remete à teoria do “menor maduro” discussões que ainda levam a disputas legais entre pais e instituições médicas. Trata-se do consentimento, trazendo a origem, natureza e conceito, bem como outros aspectos como regime, legalidade, informação, os sujeitos, requisitos, formas, objeto, exceção, entre outros.

Passado o foco geral do consentimento, associando-o com a autonomia, importa a discussão, no contexto, do tratamento médico. É aí que terá o “menor maduro” atuando. Assim, aborda-se o conteúdo do consentimento informado, sua necessidade para a legitimação da conduta e alguns aspectos penais.

Dessa maneira, o Capítulo três pretende dar ao leitor a ideia necessária sobre autonomia, consentimento e consentimento informado no contexto do tema para possibilitar entender como poderiam ser aplicados ao “menor maduro”.

No quarto Capítulo, interessa entender o que é a teoria ou doutrina do “menor maduro”, apresentando-se sua origem e sua definição. Elementos cruciais para o desenvolvimento dos demais pontos.

Mas, como falar de maturidade sem entender o que se classifica como grau de maturidade? Diante das pesquisas e das referências a Piaget e a Lawrence Kohlberg, fizeram-se alusões às teorias da evolução da maturidade da criança, sem, contudo, pretender maior aprofundamento. Apenas para demonstrar que o grau de maturidade é relevante, pois influencia em pontos polêmicos relacionados ao atendimento médico do “menor maduro”, como a confidencialidade.

Nesse contexto, são apresentadas a autonomia e a vontade do “menor

maduro” na tomada de decisão, sua capacidade negocial e capacidade de entender, a família e o poder familiar, e o consentimento nas situações de emergências.

Também no quarto Capítulo, a relação do “menor maduro” com a legislação mostrou ser relevante descrever documentos internacionais, isto é, como declarações e cartas têm promovido evolução no respeito aos direitos do menor e, de certa maneira, têm trazido evoluções quanto à sua autonomia.

A legislação espanhola também apresenta uma aplicação da teoria, apresentada aqui como um exemplo. A Lei espanhola 41/2002 busca afirmar a teoria do “menor maduro”. Manuel Amarilla Gundín chega a falar em “maioridade médica” para referir-se ao “menor maduro”.

No Direito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, apresentam-se marcos relacionados à idade do menor e sua capacidade. Demonstram-se aspectos das legislações penal, constitucional, especial, civil e processual, que, de alguma forma, permitem o menor agir como sujeito capaz. Na área da saúde, se coloca como referência o código de ética médica.

Nesta pesquisa, para a análise e compreensão do objeto, foram utilizados o método fenomenológico e a desconstrução. A análise qualitativa do conteúdo dos dados levantados permitiu entender o real significado do objeto. A pesquisa teve natureza explicativa, adotando-se a pesquisa bibliográfica e a documental como delineamento que permitiram identificar os fatores de influência desses fenômenos. Portanto, a coleta de dados ocorreu em diversas fontes bibliográficas e documentais, nacionais e estrangeiras, relacionadas com o tema, constituindo-se na base teórica necessária que possibilitou a construção do pensamento ora apresentado neste trabalho.

Que a leitura desta pesquisa possibilite a ampliação da discussão do tema e, a partir da teoria do “menor maduro”, possam surgir ideias que tornem o respeito pelos direitos dos menores, no âmbito da Bioética, uma realidade independente de condição social ou econômica, mas pelo simples fato de ser uma pessoa humana e, como tal, com dignidade.

CAPÍTULO I

1 O “MENOR MADURO” E OS DIREITOS À DIGNIDADE HUMANA, À VIDA E À SAÚDE

Através da análise de alguns direitos fundamentais, cujo exercício pela própria pessoa fortalece a sua dignidade, é possível identificar, no Brasil, se a teoria do “menor maduro” pode favorecer o exercício destes direitos por um menor de idade.

Antes de se fixar neste trabalho – a origem e o conceito da teoria do “menor maduro” – cuidar-se-á primeiro da relação entre o menor e alguns direitos fundamentais, como a dignidade humana, direito à vida e direito à saúde. Sabe-se que é uma abordagem inevitavelmente incompleta se considerado o que já foi escrito sobre o assunto, mas importante para as pretensões do tema proposto.

A teoria ou doutrina do “menor maduro” poderia trazer mudanças em relação ao exercício desses direitos fundamentais no Brasil, possibilitando-lhe exercer sua maturidade conforme a teoria originária. O que se busca é saber se a dificuldade de acesso a esses direitos, seja pela vulnerabilidade econômica, seja pela vulnerabilidade social, impede a aplicação prática desta teoria.

Os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são frequentemente utilizados como sinônimos, pois ainda que possuam compreensão distinta, esta não é absoluta e ambos se dirigem à pessoa humana.

Neste sentido, Bezerra² leciona que esses termos são utilizados, muitas vezes, como sinônimos, embora não faltem tentativas doutrinárias voltadas a explicar o respectivo alcance de cada expressão.

Bezerra³ ainda lembra que os ventos do liberalismo conduziram às Declarações Universais de Direitos do Homem, depois, do Homem e do Cidadão, concedendo aos direitos humanos o caráter universal que os acompanha até o movimento do constitucionalismo, quando passaram a ser denominados de Direitos Fundamentais, embora alguns ainda os considerem como sinônimos.

Para esse autor⁴, a tentativa de afastar o equívoco de ver os dois conceitos como sinônimos leva a um novo equívoco: o de tê-los como realidades absolutamente distintas, o que não seria possível. Ao contrário, esclarece o referido autor, de fato, o que ocorre é um acordo básico entre ambos. Este acordo existe na medida em que há o reconhecimento de que os direitos humanos são uma categoria prévia dos direitos que legitima e informa os direitos fundamentais, e se reconhece que “os direitos fundamentais têm seu fundamento em um sistema de valores: o de uma ordem objetiva e universal de uma axiologia ontológica e, ao mesmo tempo, um signo democrático fundado numa filosofia humanista.”⁵

²Nota: Paulo César Santos Bezerra destaca, com base na obra de Antonio E. Perez, que “[...] Não têm faltado, no entanto, tentativas doutrinárias encaminhadas a explicar o respectivo alcance de ambas as expressões. Assim, há uma propensão doutrinária e normativa a reservar o termo direitos fundamentais para designar os direitos positivados em nível interno, e direitos humanos seria mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações, tratados e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade das pessoas que não têm alcançado um estatuto jurídico-positivo”. Apresenta como outro equívoco em relação a estes termos, “[...] os que confundem os direitos fundamentais com direitos civis, e os direitos humanos com direitos pessoais, quando a maior parte das Constituições democráticas reconhece em seu sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo, direitos civis e pessoais, de igual modo que as declarações e os convênios internacionais, que incluem em seus catálogos de direitos humanos ambas as modalidades de direito”. O autor, para evitar os inconvenientes destas teses, prefere tomar como critério distintivo o diferente grau de concreção positiva destas duas categorias. Assim, “[...] Os direitos humanos, entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional, enquanto que a noção de direitos fundamentais tendem a aludir aos direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que podem gozar de uma tutela reforçada. (BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2006, p.19 e p. 20).

³Ibid., p. 16.

⁴Ibid., p. 21.

⁵Ibid., p. 22.

Portanto, a busca para fundamentação, tanto para os direitos humanos quanto para os direitos fundamentais, dirige-se para a noção de dignidade humana ou, como contemporaneamente se tem abordado, dignidade da pessoa humana.⁶

Maria Celina Bodin de Moraes⁷ esclarece que, durante o século XX, “com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito privado, passaram, nos países de tradição romano-germânica, a fazer parte dos textos constitucionais”, não sendo diferente no Brasil, onde os princípios gerais do Direito civil também foram transplantados para o Texto constitucional.

Os direitos fundamentais se apresentam, hodiernamente, como normas jurídicas, estas associadas à ideia de dignidade da pessoa humana, positivadas no plano constitucional de um determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

É na esfera política que são reconhecidos os valores comuns da sociedade e estabelecidos os princípios fundamentais dos Estados democráticos, pois é o Direito constitucional que representa o conjunto de valores sobre os quais se constroi o pacto da convivência coletiva, função antes exercida pelos códigos civis. Assim, a primazia da ordem jurídica estaria consubstanciada na primazia das decisões políticas em face da natureza das coisas, devendo o legislador se esforçar para refletir a realidade e, de forma consciente, também buscar a sua transformação⁸.

A teoria do menor maduro possibilita o exercício da liberdade consubstanciada no princípio da autonomia, no qual o consentimento para um tratamento médico ocorre sob a premissa do esclarecimento e da capacidade de entender os benefícios e os riscos desse tratamento, independentemente da capacidade civil estabelecida na legislação. Este exercício poderá promover conflitos de interesses que perpassam por problemas éticos e morais, em que a autonomia é apreciada e discutida. Daí a importância da observação de direitos fundamentais e a

⁶Ibid., p. 23.

⁷MORAES, Maria Celina Bodin de (a). O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. p.113. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.112.

⁸MORAES (a), op. cit., p.112.

possibilidade de serem exercidos com o fim de eliminar tais conflitos ou mesmo minimizá-los em respeito à pessoa humana.

Como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, esta problemática apresentada traz o “desafio de distinguir quais sejam os atributos intrínsecos à pessoa humana, cuja proteção o Direito é chamado a garantir e promover, e de que forma tais atributos devam ser, relativamente, hierarquizados.”⁹

1.1 SOBRE A DIGNIDADE HUMANA

As considerações sobre este princípio constitucional pontuam concepções que o caracterizam e que são importantes no contexto deste trabalho, sem, contudo, haver a pretensão de realizar todas as abordagens pertinentes a tão extensa temática.

Mas, o que seria então “dignidade humana”?

Etimologicamente, a palavra “dignidade” remete tanto a uma afirmação ontológica superior, quanto a uma afirmação ética no sentido de honrar, de uma posição elevada, honorável, de merecimento.¹⁰

Neste mesmo caminho, Maria Celina Bodin de Moraes¹¹ ensina que, para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria apenas aos humanos, ou seja, uma dignidade inerente à espécie humana, sendo a raiz etimológica da palavra “dignidade” proveniente do latim *dignus*, que significa aquele que merece estima e honra, aquele que é importante.

O Cristianismo teve papel importante na concepção do que é dignidade, concebendo, pela primeira vez, a ideia de uma dignidade pessoal. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana ocorreu sob dois fundamentos. O primeiro afirma que o ser é originado por Deus para ser o centro da criação; o segundo informa que, como ser amado por Deus, foi salvo de sua

⁹Ibid., p. 114.

¹⁰BEZERRA, op.cit., p. 23.

¹¹MORAES, Maria Celina Bodin de (b). **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 77.

natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural. Em consonância com o pensamento de São Tomás, a dignidade foi vista sob os prismas da dignidade inerente ao homem, como espécie e a dignidade que existe *in actu* só no homem como indivíduo, passando, assim, a residir na alma de cada ser humano¹². Para São Tomás, “a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina.”¹³

Sobre a dignidade humana, Paulo César Santos Bezerra¹⁴ esclarece que é extremamente difícil fixar um sentido unívoco, apesar da recorrência a todas as suas raízes etimológicas, pela própria ambiguidade que apresentam ao definir o que é dignidade.

O conteúdo da dignidade humana se desprende do dever de todos os seres humanos de comportarem-se fraternalmente uns com os outros, que tem fundamento na teoria de Kant, o qual configura a dignidade como um princípio que obriga a tratar todos os seres humanos como fins em si mesmos¹⁵. Neste sentido, os sujeitos da dignidade, com base no seu fundamento, são os seres humanos, os quais a possuem em igual grau.

Bezerra¹⁶ esclarece que, nessa circunstância, “são as discussões sobre se os animais também teriam dignidade e direitos, o que faz com que se

¹²MORAES, (a) op. cit., p. 115.

¹³ Ibid., p.116.

¹⁴NOTA: Sobre as raízes etimológicas da dignidade, Paulo César Santos Bezerra, baseado nas lições de Carlos Ruiz Miguel, ensina que “[...] A etimologia da palavra dignidade encontra-se na raiz indo-européia dek, é a raiz de um verbo que significa “tomar, receber, saudar, honrar”. E, a partir do significado “receber”, ou receber bem”, dependem-se outros significados como “apropriado”, “corresponder”, “convir”, “fazer justiça a alguém”, “mostrar algo como aceitável”, “fazer a alguém algo que pareça bom”, “ensinar e aprender”. A partir do verbo, se forma o nominativo dekos, que pode traduzir-se por “adorno”, “gala”, “compostura”, “glória” ou “louvor”. [...] Desde o tronco indo-europeu, nas línguas derivadas do mesmo, encontram-se significados conexos “em índico antigo, dasasyati para “honrar”; em grego, o verbo dekonai por “aceito”, por “opino” ou “me parece”, doxa por “opinião ou fama” e dogma por “resolução” em irlandês antigo, dec; por “o melhor”. No que respeita ao latim, língua da qual se derivam o castelhano e o português, se encontram o verbo decet, decere (ser decoroso, devido, adornado, ir bem) e o substantivo decus, -oris, (glória, louvor, dignidade) e o adjetivo dignus (que convém, merecedor, digno de, de raiz dec-nos, que propriamente significa “adornado com”). De dignus, derivam-se outras palavras como dignitas (mérito, dignidade, alto valor) ou indignus, ou condignus. [...]” (BEZERRA, op.cit., p.23-24).

¹⁵Ibid., p.27.

¹⁶Ibid., p. 27.

construa a ideia de *dignidade da pessoa humana*, com a ideia de ‘pessoa’ permeando todo o discurso filosófico e jurídico”. (grifo do autor)

A dignidade é revelada como a segunda fórmula do imperativo categórico kantiano¹⁷. Esta é uma das três máximas da fórmula geral¹⁸ do imperativo categórico, constituindo-se no seguinte imperativo prático: “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio.”¹⁹

Esta máxima afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas, exigindo que sejam tratados como fim da ação, jamais como meio ou como instrumento para interesse próprio²⁰. Segundo Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade. Assim, “quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”²¹

Para Kant²², o homem existe como fim em si mesmo, e não somente como meio arbitrário para esta ou aquela vontade. Pensando assim, o homem deve ser sempre considerado simultaneamente como fim em todas as suas ações, tanto

¹⁷ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 326.

¹⁸ NOTA: Segundo Kant, “o imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.” Deste imperativo derivam as três máximas morais: a primeira é o imperativo universal do dever, que é assim expresso: “Age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza”. A segunda máxima é o seguinte imperativo prático: “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”. A terceira máxima é o seguinte princípio formal: “Age como se tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal (de todos os seres racionais)” (KANT, Immanuel (a). **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. 2. ed. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 51, 52, 59 e 69). De acordo com Marilena Chauí, “o imperativo categórico não enuncia o conteúdo particular de uma ação, mas a forma geral das ações morais. As máximas deixam clara a interiorização do dever, pois este nasce da razão e da vontade legisladora universal do agente moral. O acordo entre vontade e dever é o que Kant designa como vontade boa que quer o bem”. Segundo esta autora, “o imperativo categórico não nos diz para sermos honestos, oferecendo-nos a essência da honestidade; nem para sermos justos, verazes, generosos ou corajosos com base na definição da essência da justiça, da verdade, da generosidade ou da coragem. Não nos diz para praticarmos esta ou aquela ação determinada, mas nos diz para sermos éticos cumprindo o dever (as três máximas morais). É este que determina por que uma ação moral deverá ser sempre honesta, justa, veraz, generosa ou corajosa. Ao agir, devemos indagar se nossa ação está em conformidade com os fins morais, isto é, com as máximas do dever” (CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 317).

¹⁹KANT (a), op.cit., p.59.

²⁰CHAUÍ, op. cit., p.317.

²¹KANT (a), op. cit., p.65.

²²Ibid., p.58.

nas direcionadas a si mesmo, quanto nas direcionadas aos demais seres racionais. Portanto, deve ele ser sempre considerado como fim.

Assim, se estabelece que todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo, a exemplo de um preço, mas um valor intrínseco, que seria a dignidade. Segundo esse entendimento, aquilo que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente, mas o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem dignidade.²³

O agir humano não deve permitir que o indivíduo seja tratado como meio para atingir fins de qualquer natureza, afastando-se o utilitarismo, pois as pessoas não têm preços. Deve-se considerar que a dignidade da pessoa humana é o valor maior que permite a convivência em sociedade.

Neste desiderato, Silva Neto²⁴ leciona que a dignidade da pessoa humana “é o fim supremo de todo o direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro”. De acordo com este autor, a dignidade humana não se conceitua por tratar-se de um *topoi*, de um termo que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para solução de problema normativo corrente.²⁵

De fato, na Constituição brasileira (Art.1º, III)²⁶, a dignidade da pessoa humana ocupa posição de Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, demonstrando que o País deixa clara a intenção de privilegiar o indivíduo, tornando-o verdadeiro destinatário dos direitos que requerem ação estatal e razão maior da sociedade política.

²³ABBAGNANO, op.cit., p.326.

²⁴SILVA NETO, Manoel Jorge e (a). **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p.201.

²⁵SILVA NETO, Manoel Jorge (b). **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.112.

²⁶A Constituição brasileira assim estabelece: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988), de 05 de outubro de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 30 abr. 2010.

Importa fixar, conforme leciona Bezerra²⁷, que a dignidade da pessoa humana fundamenta tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais. Ao conferir a estes últimos a sua significação ética que justifica a inclusão dos ditos direitos nas Constituições contemporâneas, passam essas mesmas Constituições a ser “um *locus* de fundamentação, de justificação e de legitimação dos direitos fundamentais.”²⁸

Com efeito, segundo as lições de Silva Neto²⁹, ao afirmar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, deixa-se à mostra a obrigatoriedade de pôr no núcleo central das atenções o indivíduo. Quer seja para torná-lo efetivamente destinatário dos direitos de cunho prestacional, quer ainda para demarcar a ideia do enaltecimento da dignidade das pessoas que o compõem. Entende esse autor que, ao pôr sob destaque a pessoa humana, consagrando a sua dignidade, o constituinte originário “tem em mira pugnar pela humanização do sistema constitucional”. Extrai-se, portanto, do exposto, que “a dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais fundamentais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro.”³⁰

Visto, até aqui, que a dignidade da pessoa humana é o valor maior que permite a convivência em sociedade, sendo considerada como o fim supremo de todo o direito, que expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação, entendido como fundamento maior do Estado brasileiro. Logo, quando o constituinte originário põe em destaque a pessoa humana, consagrando a sua dignidade, tem como mira pugnar pela humanização do sistema constitucional.

²⁷BEZERRA, op.cit., p.30).

²⁸Bezerra justifica esta ideia, baseando-se no pensamento de Benito de Castro Cid, afirmando que “[...] isso é assim porque a doutrina dominante na atualidade sobre esses direitos conduz inexoravelmente a um tipo de fundamentação racional em que se assumem, como ponto de partida, ao menos, esses três axiomas: a afirmação de que o homem-pessoa é o valor limite da organização social; o reconhecimento de que a racionalidade-liberdade constitui o aspecto diferencial do homem enquanto tal; e a aceção de que todos os homens são básica e essencialmente iguais quanto à obtenção e desfrute da dignidade, da racionalidade e da liberdade, atuando esses princípios reguladores primários, e, em consequência, são suscetíveis de comprovação crítica” (BEZERRA, op.cit., p.30 e p.31).

²⁹SILVA NETO (a), op.cit., p. 201.

³⁰ARAÚJO, Luís Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo. Saraiva: 2000, p.102.

1.2 A DIGNIDADE HUMANA E O “MENOR MADURO”

Não se discute que a pessoa humana é o titular da dignidade, o mais discutível é saber em que momento começa a proteção pretendida, se com o nascimento ou antes dele³¹.

Válido ressaltar que a doutrina brasileira apresenta duas correntes que tomam distintos posicionamentos no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente as correntes natalista e concepcionista. Os adeptos da teoria natalista sustentam que a personalidade jurídica começa a partir do nascimento com vida. Encontram apoio no Código Civil brasileiro, tendo em vista que este reserva ao nascituro apenas expectativas de direito. No que tange aos adeptos da teoria concepcionista, a personalidade jurídica tem início com a concepção, não havendo neste caso uma mera expectativa de direito, e sim um direito líquido e certo do nascituro³².

O que estas correntes, na forma como são apresentadas, não garantem é o exercício dessa dignidade e o seu respeito, tanto pelo Estado quanto pelos demais seres humanos, de forma a permitir que, independentemente do pensamento concepcionista ou natalista, o ser humano desfrute deste direito fundamental.

Se os direitos da personalidade estão previstos legalmente, independentemente da corrente que defina o seu início, um menor de idade, assim previsto na legislação civil, deve ter os seus direitos fundamentais garantidos. Isto não somente por ser menor, mas pelo respeito à sua dignidade, por ser uma pessoa humana e, como tal, possuidora de dignidade humana.

Neste diapasão, Guimarães³³ leciona que a dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição Federal como um dos fundamentos republicanos, tratando-se de verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade. Com isso, estaria superada a controvérsia entre a existência de múltiplos direitos

³¹NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20 e 21.

³²Ibid., p.21.

³³GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **Direito Civil: lei de introdução ao Código Civil, parte geral e direitos reais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 34.

(teoria pluralista) e a de um único direito da personalidade (teoria monista), de conteúdo exclusivamente patrimonial, o que permite a utilização dos mais diversos instrumentos jurídicos para sua salvaguarda.

A questão que se apresenta é: na falta destas condições, a dignidade do “menor maduro” não estaria vulnerada quando o Estado lhe obriga a submeter-se ao poder familiar ou ao próprio poder estatal para impedir que sua opinião prevaleça diante do seu consentimento para um tratamento de sua saúde? Isso implica a obrigação dos profissionais de saúde a não prosseguir ou indicar determinada terapia ou qualquer outra indicação médica sem que haja autorização dos pais do menor ou uma autorização legal do Estado.

Como se verá, o menor será considerado maduro na medida em que é capaz de entender o que foi esclarecido pelo profissional de saúde sobre os benefícios e os riscos de um determinado tratamento de saúde, observada a sua capacidade de compreender e autorizar tal tratamento, fazendo o uso adequado da sua autonomia, que estará adquirida sob determinadas condições, avaliada sob o ponto de vista cognitivo, que, na sua evolução, sofre influência de condições socioeconômicas.

Impedir esta autonomia do menor pode revelar preocupação com a sua dignidade. Entretanto, não se pode olvidar que, em nome da dignidade humana, podem surgir comportamentos que não sejam unânimes quanto a serem dignos quando praticados contra a pessoa humana, pois, o que se reivindica como legitimidade de alguns comportamentos, outros recusam.

Neste desiderato, Béatrice Maurer³⁴ lembra que é em nome da dignidade humana que alguns reivindicam, hoje, a legitimidade de comportamentos que outros recusam devido à intangível dignidade. Essa autora explica demonstrando que, atualmente, não se contesta o direito de a pessoa humana viver e morrer de maneira digna, mas que a divergência prática de que esta dignidade incontestada suscita é considerável, afinal, “tratando-se da vida humana em si

³⁴MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. p.120. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional** 1988. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.119.

mesma, a dignidade justifica tanto medidas paliativas como a eutanásia ativa³⁵. Portanto, comportamentos humanos que podem significar o respeito pela dignidade humana, dependendo do entendimento que se tenha sobre esse conceito.

A reflexão sobre a incidência do fundamento relativo à dignidade da pessoa humana, na controvérsia sobre a transfusão de sangue daqueles que integram a religião Testemunha de Jeová, serve como exemplo sobre a diversidade do entendimento de dignidade humana do menor. Aos adeptos desta religião, que seguem à risca a vedação quanto à impossibilidade de transfusão de sangue³⁶, poderia significar uma ofensa à sua dignidade se tal prática ocorresse; de outro lado, prestigiando-se, de forma absoluta, o direito à liberdade de religião, poderia não se estar respeitando a dignidade por não ser observado, neste caso, o direito à vida³⁷.

De acordo com a teoria do “menor maduro”, em uma questão envolvendo a indicação médica de transfusão de sangue em paciente Testemunha de Jeová, menor de idade, nada obsta que possa ser esta autorizada ou rejeitada pelo próprio menor, desde que considerado maduro pelos critérios dessa teoria. Entretanto, como salientado linhas atrás, tanto o poder familiar quanto o poder estatal poderiam interferir nessa decisão em nome da dignidade da pessoa humana, quer fosse para permitir, quer para não autorizar tal indicação médica.

Esta questão envolve direitos da personalidade, uma vez que a dignidade é da pessoa humana, e esta “serve também para fundamentar o

³⁵ MAURER., op. cit., p. 120.

³⁶ SILVA NETO (b), op.cit, p.114 e p.115.

³⁷ NOTA: Manoel Jorge e Silva Neto, ao tratar do tema “A liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana”, referindo-se ao exemplo da transfusão de sangue envolvendo adeptos do segmento religioso Testemunha de Jeová, alerta que “o problema não é de fácil solução, visto que o adepto deste segmento religioso poderá se sentir tão vulnerado em porção importantíssima de sua existência, como é o domínio religioso, que muito provavelmente possa se converter num dos mais infelizes seres após a transfusão sem seu consentimento”. O autor defende a tese de que a saída para o impasse decorrente da opção religiosa e a transfusão de sangue - observando apenas e tão somente procedimentos que guardam afinidades com a ciência do direito constitucional, não emitindo qualquer juízo de valor acerca do comportamento adotado – “somente se obterá mediante recurso à técnica de ponderação de interesse, por meio do qual se buscará a interpretação dos bens constitucionais em antagonismo, de sorte que nenhum deles venha a prevalecer de modo absoluto sobre o outro (princípio da concordância ou da cedência recíproca). Por fim, este autor acrescenta: “De nossa parte, como se traduz em autêntica obrigação de apresentar uma saída para o sério problema, o fazemos por meio da tese aqui defendida, não sem enfatizar, uma vez mais, a dificuldade do caso, máxime à luz do princípio fundamental pertinente à dignidade da pessoa humana (SILVA NETO (b), op.cit., p.115 e p.116).

aparecimento dos direitos da personalidade (intimidade, privacidade, imagem, nome, incolumidade física)³⁸, previstos na legislação civil brasileira.

Neste caminho, Luís Paulo Cotrim Guimarães³⁹ salienta que o Código Civil em vigor, de maneira inovadora, passa a reger os direitos da personalidade, que antes só eram tratados na órbita do Direito constitucional, no capítulo que trata dos Direitos Fundamentais, no Artigo 5º da Constituição Federal, inciso X, que agasalha o direito à intimidade, à vida, à honra e à imagem, possibilitando a indenização por dano moral ou material decorrente da sua violação.

Assim sendo, o Código Civil⁴⁰ brasileiro prevê que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, salvo os casos previstos em lei (Art. 11), podendo-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão (Art.12) de que possa sofrer, sendo defeso o ato de dispor do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, admitindo-se apenas o ato para fins de transplantes, na forma estabelecida em lei especial (Art.13, parágrafo único). Válido, ainda, ressaltar que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica que possa colocar em risco a sua vida (Art.15).

Ainda que prevaleça a necessidade de normatização dos direitos das pessoas em proveito da concretude do princípio da dignidade humana, para melhor tutelá-la, como o faz o Código Civil, são válidas as lições de Maria Celina Bodin de Moraes⁴¹ no sentido de que não há mais que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou mesmo exemplificativa dos direitos da personalidade, uma vez que se está em presença, considerando o princípio da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Assim sendo, o ponto de confluência desta cláusula geral é a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (Art. 1º, III).⁴²

³⁸SILVA NETO (b), op.cit., p.112.

³⁹GUIMARÃES, op.cit., p. 33-34.

⁴⁰BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 30 jul. 2010.

⁴¹MORAES (b), op.cit., p.119.

⁴²MORAES (b) op.cit., p.127.

Para Bodin de Moraes, só a cláusula geral de tutela da pessoa humana poderá autorizar que o interesse individual prevaleça sobre o interesse público⁴³. Segundo esta autora, a partir deste entendimento é que se sustenta que a personalidade humana é um valor unitário e tendencialmente sem limitações, onde não se pode “negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial⁴⁴”.

Dentro desta construção, a cláusula geral visa à proteção da pessoa em suas múltiplas características, naquilo que lhe é próprio, na realização de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada⁴⁵. Assim, um “menor maduro” teria a sua dignidade respeitada na medida em que a sua vontade individual for merecedora de privilegiada tutela, que objetive protegê-lo, considerando-o pessoa em suas diversas características, considerando ainda a personalidade humana como um valor que está consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, protegido constitucionalmente e inerente ao ser humano independentemente da sua idade, que possa ser exercido em seu favor, em favor da pessoa humana que, por acaso, é um menor que se concebe doutrinariamente maduro.

Não há que se olvidar que a dignidade humana, para um menor no Brasil, será efetiva quando lhe for permitido o direito ao acesso aos serviços públicos e médicos que lhe garantam assistência devida, quando as políticas sociais promovam a redução da pobreza, a eliminação da miséria e inibam a interferência do crime organizado sobre as populações vulneráveis.

A dignidade humana, como direito vulnerado do menor, cercear-lhe-á a própria condição humana de viver e propiciar a vida em condições de desenvolver os estudos escolares que o possibilitem prover-se no futuro e desenvolver-se. Não há que se falar em dignidade do menor quando não há acesso ao sistema de saúde pública, onde não há acompanhamento médico

⁴³Ibid., p.125.

⁴⁴MORAES (a) op.cit., p.141.

⁴⁵MORAES (b) op.cit., p.128.

adequado e quando não é possível fazer uso dos meios educacionais para que, na evolução natural, se possa propiciar capacidade para decidir sobre sua saúde ou tratamento adequado.

O “menor maduro” com dignidade, portanto, será aquele que tem os seus direitos de personalidade respeitados e tutelados juridicamente com base no princípio da dignidade da pessoa humana e pode exercê-los autonomamente, sem interferências do poder estatal ou do poder familiar, no âmbito da teoria do “menor maduro”. É a efetivação dessa dignidade que lhe propiciará a denominação de “menor maduro”.

1.3 SOBRE O DIREITO À VIDA

O direito fundamental à vida pode ser entendido a partir da Carta Magna brasileira, onde é possível compreender o seu conceito e significado na medida necessária para relacioná-lo com a teoria do “menor maduro”, sem que se pretenda, repete-se, esgotar o tema.

No Brasil, o direito à vida é previsto na Constituição Federal (Art. 5º, *caput*)⁴⁶. Garante-se, através deste artigo, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida.

Essa condição de direito inviolável⁴⁷, constitucionalmente estabelecido, se deve ao fato de que o direito à vida é pressuposto para o reconhecimento de outros direitos ao ser humano. Assim, a violação daquele representaria o não reconhecimento destes outros direitos.

⁴⁶BRASIL. Constituição Federal: Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. (BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.> Acesso em: 30 abr. 2010.)

⁴⁷SILVA NETO (a), op.cit., p. 472.

Segundo Dirley da Cunha Júnior⁴⁸, o direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante. Dessa maneira, estaria abrangido o direito à preservação dos atributos físicos (elementos materiais) e espirituais e morais (elementos imateriais) da pessoa humana. Considera, por isso, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais.

Esse constitucionalista defende que o direito à vida é garantido pela Constituição contra qualquer tipo de interrupção artificial do processo natural da vida humana, ressalvando quando justificado.

Entretanto, é possível observar que, mesmo em se tratando de um direito considerado como “o mais fundamental de todos”, ainda assim não é absoluto. A própria Constituição brasileira (Art. 5º, XLVII, a) contém exceção, permitindo a pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84, XIX⁴⁹.

A vida também é protegida por normas do direito internacional. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁰ determina, no Art. 4º, não somente respeito à vida, mas também limitações à aplicação da pena de morte. Por esta

⁴⁸CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm: 2007, p. 635/6.

⁴⁹NOTA: BRASIL. Constituição Federal: Art. 5º “[...]: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX [...]; Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;”

⁵⁰NOTA: Artigo 40. **‘Direito à vida**: 1.Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente”. (BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 09 jun. 2010.

Convenção, toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, devendo esse direito ser protegido pela lei desde o momento da concepção, e ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Buscando restringir a pena de morte, esta Convenção, além de incentivar a não aplicação desta pena, mesmo quando há sentença que a determine, prevê determinadas situações em que a sua aplicação não seria permitida.

Neste desiderato, estabelece que nos países onde a pena de morte não houver sido abolida, essa só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em que a sanção só possa ser aplicada em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que a estabeleça, a qual deve ser promulgada antes da ocorrência do delito e sem que possa a sua aplicação ser estendida a delitos aos quais não se aplique na atualidade. Para os Estados que hajam abolido a pena de morte, a Convenção proíbe o seu restabelecimento.

Neste mesmo caminho, a aplicação da pena de morte também sofre restrição em razão dos delitos políticos. Com isso, não se poderá aplicá-la nem mesmo por delitos comuns conexos com delitos políticos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos protege também o menor de dezoito anos, para quem não se deve impor a pena de morte quando comete delito.

O direito à solicitação da anistia pelo condenado à pena de morte também é garantido, assim como o indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos e impedida a execução da pena enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Da mesma forma da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na parte III, Artigo 6º, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁵¹ garante o direito à vida, anotando que se trata de um direito inerente à pessoa humana e também restringe a pena de morte. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵² é contemplada a proteção à vida no Artigo 3º, que determina: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

⁵¹BARRAL, Welber. **Direito Internacional: normas e práticas**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.381.

⁵²Ibid., 2006, p.376.

O primado da vida está evidenciado nestes documentos internacionais e irradia nas legislações dos Estados em uma tentativa de respeito ao ser humano pelo próprio ser humano.

Contudo, como observado, o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. Assim, deve-se considerá-lo como um direito fundamental básico, condicionante dos demais direitos.

Logo, há que se concluir que a vida humana deve ser tutelada em todos os seus aspectos necessários à existência humana. A vida humana não é garantida apenas pelas normas constitucionais e internacionais. Pode-se observar essa garantia em diversos diplomas infraconstitucionais, tanto na área cível quanto na esfera penal.

Na legislação brasileira⁵³ o Código Civil, por exemplo, assegura os direitos do nascituro desde a concepção (Art. 2º). A vida também recebe proteção através do Código Penal. Neste Diploma, são punidos os homicídios nas suas formas simples (Art. 121) e qualificado (Art. 121, § 2º). Também são punidos o induzimento, a instigação ou auxílio a suicídio (Art. 122), o infanticídio (Art. 123) e o aborto (Arts. 124 a 128).

O caráter absoluto da proteção à vida humana, como visto, decai para algumas situações normativas. Este é o caso das hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito, dentre outros, que excluem a ilicitude. Somados a estas, encontra-se o chamado aborto legal (Art. 128, I, II) que autoriza a extinção da punibilidade.

Estes dispositivos e outros aqui não mencionados também atendem ao princípio do primado do direito à vida. Por este primado, a vida tem prioridade sobre todas as coisas, pois sem a vida humana, nada terá sentido. Portanto, o direito à vida sempre prevalecerá sobre qualquer outro. No caso de conflito entre direitos, deve-se observar o princípio do primado do mais relevante⁵⁴.

Maria Auxiliadora Minahim⁵⁵ alerta que a intangibilidade da vida deve ser entendida de forma relativa, o que se justifica por haver certa tolerância a

⁵³NOTA: A legislação brasileira encontra-se disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>.

⁵⁴DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

⁵⁵MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

determinadas ofensas que ela sofre, por motivos de política criminal, ou mesmo em razão de incertezas de natureza científica e axiológica. Esta autora leciona que, tanto a liberdade quanto a autonomia do indivíduo são ideias cujo valor passou a se firmar sobre o da existência, em seu aspecto puramente biológico. Minahim revela que outros valores, e não somente a ênfase a outros aspectos da vida, “têm contribuído não apenas para a relativização do conceito de vida, como direito absoluto, como para o estabelecimento de conexões entre morte e capacidade para vida relacional”⁵⁶.

Contudo, na atualidade, com a evolução científica, os entendimentos na sociedade sobre o que é vida são conflitantes. Nesse sentido, expressa Habermas⁵⁷ que não há quem duvide do valor intrínseco da vida humana antes do nascimento. Mas o filósofo alerta que, “no entanto, a substância normativa da necessidade de proteger a vida humana pré-pessoal não encontra uma expressão racionalmente aceitável para todos os cidadãos nem na linguagem objetivamente do empirismo, nem na religião”.

Diante desta realidade, poderia se questionar: onde encontrar um consenso sobre o entendimento do que seja vida quando se trata da vida humana, por exemplo, antes do nascimento? Estaria este consenso na evolução tecnológica, mais precisamente na biotecnologia? Estaria no senso comum ou nas diversas ordens religiosas?

Decerto, tanto os aspectos tecnológicos como os culturais podem propiciar discussões acerca do conceito de vida humana. A biotecnologia tem interferido nos conceitos jurídicos, promovendo reflexos sociais com forte carga axiológica. Não fogem a esta interferência os critérios que determinam legalmente que um ser humano está vivo, uma vez que decorrem dos avanços da medicina e passam a compor ordenamentos jurídicos.

O primeiro transplante de coração, realizado em 03 de dezembro de 1967, é um exemplo que promoveu discussões morais a respeito do uso da tecnologia médica na área dos transplantes. Este acontecimento era considerado

2005, p.70-71.

⁵⁶Ibid., p.72.

⁵⁷HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.46.

inconcebível, revolucionário, embora já ocorressem, na época, transplantes de outros órgãos humanos, como rins, córneas e ossos do sistema auditivo. Os obstáculos morais levantados no mundo afora contra o transplante do coração consideravam haver grande diferença entre o coração e outros órgãos, pois dominava a crença de que se tratava não de um órgão como os demais, mas o lugar da alma, o núcleo humano, o centro da personalidade. O cirurgião sul-africano Christian Barnard, que realizou pela primeira vez o transplante de coração humano, diante de tal polêmica, afirmou que, ao pensar como pesquisador, teria que se ater ao fato de que o coração tem apenas a função de bombear o sangue, não sendo o transplante de coração mais do que um transplante de rins ou de fígado⁵⁸.

Antes do primeiro transplante de coração ocorrido no Brasil, em 26 de maio de 1968⁵⁹, o primeiro Diploma legal que regulava a matéria, a Lei 4280/1963⁶⁰, tinha como característica principal cuidar da permissão para a extirpação de órgão e tecidos da pessoa falecida, não contento no Texto legal qualquer conceito de morte. Para a ocorrência da extirpação de órgão ou parte do cadáver era suficiente que fosse provada, de maneira cabal, a morte atestada pelo diretor do hospital ou por seus substitutos legais (Art. 3º). Entretanto, exigia o consentimento escrito deixado pelo *de cuius* ou oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos (Art. 1º).

De acordo com Agenor Spallini Ferraz⁶¹, posteriormente, a Lei 5.479, de agosto de 1968, surgiu a reboque da prática médica, não regulamentada, e não continha o conceito de morte encefálica, sendo permitido remover os órgãos após

⁵⁸HELLWEGE, Maren. **1967**: Primeiro transplante de coração. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,340975,00.html>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

⁵⁹PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (a). Problemas atuais de bioética. São Paulo: Loyola, 8. ed., 2008, p.442.

⁶⁰NOTA: Assim estabelecia a Lei nº 4280/1963: "Art. 3º Para que se realize qualquer extirpação de órgão ou parte do cadáver, é mister que esteja provada, de maneira cabal, a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito ou por seus substitutos legais" (BRASIL. Lei nº 4280, de 06 de novembro de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. **Senado Federal. Subsecretaria de Informações**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=114607&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>> Acesso em: 02 fev. 2011).

⁶¹FERRAZ, Agenor Spallini. Doação consentida X doação presumida. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F.(Orgs.). **A Bioética no século XXI**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p.154.

parada cardiorrespiratória irreversível e eletroencefalograma isoeétrico por longo período, o que comprometia a sobrevivência do enxerto. A evolução dessa legislação chegou ao conceito de morte encefálica. Contudo, até chegar a este estágio, os transplantes se iniciaram no Brasil por volta de 1967, ocorrendo em 1968 o primeiro transplante que empregava órgão proveniente de cadáver, antes que o País dispusesse de legislação específica. Verifica-se que, no caso da doação de órgãos, a sua regulamentação pelo direito foi resultado do desenvolvimento científico.

Relativo ao conceito de “vida humana – bem jurídico em torno do qual gravitam os demais – há, por exemplo, uma série de questões, e que são essenciais para fixar a sua definição. O direito tutela a vida humana, mas o que é vida, quando começa, quando acaba? Seu significado equivale ao de pessoa?”⁶²

O conceito de morte humana é um exemplo prático que pode contribuir para o conceito de vida humana, pois, “até a década de 60, a cessação das funções do coração e dos pulmões constituía o critério aceito para indicar o fim da vida”⁶³, ou seja, a morte clínica.

Deste modo, com a interferência da moderna tecnologia, “hoje, mais propriamente, fala-se de morte encefálica, que consiste em cessação irreversível das funções do encéfalo, ou seja, dos hemisférios cerebrais, do tronco encefálico e do cérebro”⁶⁴.

A morte encefálica, como critério para determinar a morte humana, em detrimento de outros (morte clínica, morte biológica, etc), foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro na lei de transplante de órgãos.⁶⁵

⁶²MINAHIM, op.cit., p. 62.

⁶³MINAHIM, op.cit., p.73.

⁶⁴NOTA: “A partir do momento em que surgiram as possibilidades de manutenção dos batimentos cardíacos, com os recursos proporcionados pela moderna tecnologia (inclusive aparelhos para circulação extracorpórea, respiradores artificiais, entre outros), distinguiu-se a morte clínica (paralisação da função cardíaca respiratória) da morte biológica (destruição celular) e da morte cerebral (paralisação das funções cerebrais). Hoje, mais propriamente, fala-se de morte encefálica, que consiste na cessação irreversível das funções do encéfalo, ou seja, dos hemisférios cerebrais, do tronco encefálico e do cerebelo” (MINAHIM, op.cit., p. 73).

⁶⁵NOTA: A Lei 9.434/97 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. O art. 3º estabelece que “A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina” (grifo nosso) (BRASIL. Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo

Evidencia-se, portanto, a interferência da biotecnologia nos conceitos jurídicos, o que deve ser motivo de reflexões voltadas à formulação de leis e políticas públicas. Tais reflexões permitem a manutenção da estabilidade das decisões dos magistrados. Estes, voltados aos valores supremos das Constituições nacionais, podem melhor entender a relativização do conceito de vida humana, bem como distinguir quando a vida deve ser colocada em primeiro plano diante de outro direito fundamental.

Contrariamente ao ocorrido com a lei de transplantes de órgãos referida, os demais dispositivos legais, embora esbocem proteção à vida, nem sempre conseguem promover a subsunção adequada à realidade atual. Esta realidade está envolta pelo desenvolvimento econômico e tecnológico que promove desigualdades sociais com criação de grupos materialmente vulneráveis e, portanto, não garantem efetivamente as condições de vida adequadas a todos.

No contexto da biotecnologia, há preocupação quanto às limitações do instrumental normativo hoje disponível referente à regulação dos conflitos decorrentes do seu uso. Tal situação tem levado “a questionamentos que desembocam na convocação de um arsenal jurídico como recurso capaz de dar efetividade às diretrizes traçadas pela Bioética.”⁶⁶

Neste sentido, Mônica Aguiar⁶⁷ afirma “que a circunstância de não ser possível encontrar norma fundamental a reconduzir a uma Constituição Bioética, não pode ser entendida como valor negativo para o ordenamento jurídico”. A autora leva à seguinte reflexão: se, de um lado, gera “forte pressão para os juízes decidir à míngua de regramentos expressos, de outro, possibilita fértil discussão doutrinária que deve mesmo anteceder a formalização legislativa”.

Ou seja, o debate promovido diante dessa situação possibilita o amadurecimento do pensamento doutrinário que tanto contribui para a criação da legislação pertinente e adequada às novas situações de conflitos. De outra forma, no contexto da ética médica relacionado ao direito à vida, na falta de legislação

humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9434.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2010).

⁶⁶MINAHIM, op.cit., p. 42.

⁶⁷AGUIAR. Mônica. **Direito à Filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 88.

específica, “deve o jurista perceber a existência de uma gama de normas constitucionais⁶⁸”, a exemplo do princípio da dignidade humana, e assim fazer valer a proteção da vida humana.

1.3.1 Direito à vida e o “menor maduro”

No Brasil, a garantia constitucional do direito à vida permite ao “menor maduro”, no exercício da sua autonomia, exigir a sua inviolabilidade, uma vez que esse menor é titular desse direito fundamental.

Segundo Bezerra, as condições exigidas para ser titular e exercer os direitos fundamentais têm sido a nacionalidade e a capacidade jurídica. Entretanto, o autor esclarece que “a aquisição e o exercício dos direitos fundamentais não dependem, nem da maneira exclusiva, nem de forma automática, dessas duas condições gerais”. Segundo esse autor, são muitos os elementos que podem concorrer para determinar se uma pessoa é ou não titular desses direitos. Um dos elementos mais importantes que influem na determinação de quem é titular do direito fundamental, além da nacionalidade, é a personalidade, pois, como afirma Bezerra, em princípio, as pessoas naturais são titulares de todos os direitos fundamentais⁶⁹.

Assim sendo, um “menor maduro”, titular do direito fundamental à vida, terá este direito respeitado na medida em que a sua vontade individual for acatada toda vez que ela objetive proteger e preservar a sua vida. Neste sentido, importa tomar em conta os direitos da personalidade humana, por ser o “menor maduro” titular do direito à vida, protegido constitucionalmente, o que não depende de idade para ser exercido, mas sim da condição de pessoa humana que, neste caso, é um menor que se considera doutrinariamente maduro.

O “menor maduro” com garantia constitucional à inviolabilidade do direito à vida, portanto, será aquele que tem os seus direitos de personalidade

⁶⁸Ibid., p. 88.

⁶⁹BEZERRA, op.cit., p.37.

respeitados e tutelados juridicamente com base no direito fundamental à vida e pode exercê-los autonomamente, sem interferências do poder estatal ou do poder familiar, no âmbito da teoria do “menor maduro”.

1.4 SOBRE O DIREITO À SAÚDE

A definição de saúde, em sentido amplo e como um direito humano, é encontrada na Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 1946⁷⁰. No parágrafo segundo do preâmbulo, se reconhece que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” De outro modo, o terceiro parágrafo reconhece que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.”

A saúde, no sentido estabelecido pela OMS, com o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno do ser humano com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) na sua conceituação, embora de grande importância pelo reconhecimento como princípio fundamental, tem recebido críticas.

Entretanto, os trabalhos críticos⁷¹ sobre essa conceituação acabam por concluir que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado, uma vez que qualquer redução na

⁷⁰Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 21 nov. 2010.

⁷¹NOTA: Sueli G. Dallari acrescenta que “a aceitação da influência decisiva do meio sobre a saúde, porém, não impediu o exercício da crítica da conceituação proposta pela OMS. Especialmente os trabalhadores sanitários a questionaram, afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar e que, além disso, ela não é operacional. Curiosamente, os trabalhos de crítica dessa conceituação terminam concluindo que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado, uma vez que qualquer redução na definição desse objeto o deformará irremediavelmente”. (DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde). In: COSTA, Alexandre Bernardino et al (Orgs.). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 94).

definição desse objeto o deformará irremediavelmente⁷². Afinal, a evolução tem mostrado que “apenas o conceito amplo de saúde não é suficiente para que o legislador, o administrador e o juiz possam orientar-se naquelas situações difíceis, em que tantas variáveis sociais, econômicas e culturais participam da definição do estado de saúde das pessoas”⁷³.

Pessini e Barchifontaine⁷⁴ ensinam que a preocupação com a saúde é tão antiga quanto o homem. Assim, na Antiguidade, os povos atribuíam a saúde ou mesmo a doença a desejos divinos. Entretanto, para os egípcios, hebreus, gregos e romanos, o físico é que representava a saúde. Estes autores esclarecem que, neste século, a visão sobre saúde dá ênfase à pessoa como um todo, relacionando-se, na sociedade, o estudo sociológico e o da psicologia.

Neste desiderato, que envolve a preocupação constante do homem em relação ao tema saúde, Klinksberg⁷⁵ lembra que, nos regimes democráticos, todas as Constituições consideram o acesso à saúde como um direito fundamental. Entretanto, o fornecimento, para toda a população, de recursos básicos para a saúde preventiva, a exemplo da água, instalações sanitárias, eletricidade e acesso universal aos cuidados da saúde, não são discutidos como direitos. Isto, sem considerar que, nas últimas décadas, o grande progresso científico e tecnológico das ciências médicas criou condições muito favoráveis para melhorar consideravelmente a saúde pública, com um potencial de impacto sobre os indicadores básicos de saúde. Para o autor, “eles implicam a última instância do próprio direito à vida”⁷⁶.

⁷²Ibid., p.94.

⁷³Ibid., p. 97.

NOTA: A autora apresenta uma proposta diante da complexidade do conceito de saúde estabelecido pela OMS, pela qual “precisamos encontrar agora um meio de tornar mais preciso esse conceito a fim de que ele possa ser utilizado pelos operadores do direito, mas, principalmente, pelos gestores públicos, encarregados de promover, proteger e cuidar da saúde das pessoas. Essa tarefa que, à primeira vista, pode parecer muito difícil é, ao menos teoricamente, bastante simples: trata-se de integrar toda a sofisticação do conceito aos elementos de uma realidade precisa. Com efeito, apenas em uma dada situação concreta é possível definir o que esteja precisamente implicado na definição do estado de saúde das pessoas que vivem naquela comunidade”. Por este entendimento, a própria comunidade, diante da situação fática, definiria o que é saúde e as ações para a sua promoção, integrando desta forma o ambiente e o ser humano (DALLARI, op. cit., p. 96).

⁷⁴PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op.cit., p.193.

⁷⁵KLIKSBURG, Bernardo (a). **Mais ética, mais desenvolvimento**. Brasília: UNESCO, CNI SESI. 2008, p.164.

⁷⁶Ibid., p.164.

A saúde é um direito social. No Brasil, este é o entendimento extraído da Constituição Federal de 1988 (Art. 6º)⁷⁷, que inclui como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma estabelecida na Constituição.

Ademais, a garantia da saúde como direito fundamental não se realiza ou se efetiva por constar do Texto constitucional. É necessário que, além do direito positivado, o Estado possa garanti-lo através de políticas sociais e econômicas que busquem reduzir os riscos de doenças, com acesso de todos às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, como pretende a Constituição pátria.⁷⁸

Cuidar do direito à saúde é reconhecer como de relevância pública as ações e serviços de saúde (Art. 197, CRFB/88), cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

No exemplo da Carta Magna brasileira (Art. 198), se estabelece o Sistema Único de Saúde (SUS), que consiste na integração de ações e serviços públicos de saúde em uma rede regionalizada e hierarquizada. A organização deste sistema único deve ser de acordo com as diretrizes: ser descentralizado, com direção única em cada esfera de governo; possuir atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e, por fim, deve ter a participação da comunidade.

Neste sistema, o financiamento (Art. 195) é previsto com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Sob certas condições, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (Art. 199); esta, por sua vez, pode participar de forma complementar junto ao Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante

⁷⁷NOTA: Assim se expressa, em redação dada pela Emenda Constitucional nº 26 do ano de 2000, o Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁷⁸NOTA: Assim se expressa o Art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

No caso brasileiro, também é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

De todo o exposto, pode-se concluir que o “direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava reconhecimento explícito.”⁷⁹

No Brasil, ainda que conste em sua Constituição a garantia ao direito à saúde ou mesmo que se reconheça como direito fundamental, não ocorrendo ações efetivas, com políticas públicas e investimentos necessários para permitir o acesso a este direito, de nada valerá a sua afirmação no Texto constitucional. Neste sentido, Bezerra⁸⁰ afirma que o mero reconhecimento da previsão legal, mesmo que constitucional, é insuficiente para uma realidade mais concreta dos direitos fundamentais. Para esse autor, o maior desafio no campo dos direitos humanos e fundamentais é “a distância que existe entre o discurso que os afirma, a norma que os reconhece e seu cumprimento efetivo.”⁸¹

Neste mesmo caminho, Kliksberg alerta que o “teste mais elementar do progresso social consiste em garantir⁸². Esse autor apresenta dados para a América Latina que indicam grandes diferenças entre regiões, setores da população, etnias e grupos etários, além de algumas carências significativas. Como exemplo desta realidade, pelos dados da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS, 2002), observa-se que, na América Latina, uma em cada 130 mães morre durante a gravidez ou o parto. Isto significa o equivalente a 28 vezes mais do que nos Estados Unidos. Entretanto, a tecnologia médica que pode propiciar a saúde da gestante não chega para todos.

Tais dados, portanto, demonstram que “certos problemas básicos que os progressos da medicina permitem minimizar continuam a aparecer em frequência

⁷⁹CUNHA JÚNIOR, op.cit., p. 699.

⁸⁰BEZERRA, op.cit., p.58.

⁸¹Ibid., p.60-61.

⁸²KLIKSBERG (a), op.cit., p. 126-127.

elevada nos setores pobres da região”. Segundo Kliksberg, esses dados estariam associados à baixa cobertura médica, uma vez que 218 milhões de pessoas carecem de proteção de saúde, 100 milhões não têm acesso a serviços básicos de saúde, 82 milhões de crianças não recebem as vacinas necessárias⁸³.

Para Pessini e Barchifontaine⁸⁴, hoje, o paradigma da Organização Mundial da Saúde (OMS) é a promoção⁸⁵ da saúde, entretanto, este estágio estaria longe, uma vez que ainda se desenvolvem com maior ênfase a saúde curativa e a preventiva, enquanto países de Primeiro Mundo estão atuando na promoção da saúde.

A falta da promoção da saúde afeta segmentos mais vulneráveis da sociedade. Neste sentido, Kliksberg apresenta, quanto ao gênero, problemas que são agravados quando relacionados à mulher pobre. Segundo esse autor, como a participação das mulheres entre os pobres costuma ser maior que a média, os problemas relacionados à saúde têm maior incidência sobre elas. É que, “apesar dos progressos da medicina, as taxas de mortalidade materna no mundo em desenvolvimento são muito altas, devido à falta de sistemas de proteção adequados”. Para fazer esta afirmação, Kliksberg se baseia nos dados da ONU, que demonstram que meio milhão de parturientes morre cada ano ao dar à luz, sendo que mais de 98% dessas mortes ocorrem nos países em desenvolvimento⁸⁶, também denominados de periféricos.

De acordo com Daniel Sarmiento⁸⁷, o direito à saúde não é exclusivamente um direito positivo ou negativo, mas que desempenha ambas as funções. Sarmiento destaca que o direito à saúde tanto envolve o aspecto defensivo,

⁸³PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op. cit., 126 e 127.

⁸⁴Ibid., p.194.

⁸⁵ NOTA: Os autores lembram que a OMS já promoveu várias Conferências sobre a Promoção da Saúde. Cita como exemplo de Bogotá, em 1992, que enfatizou: “A promoção da saúde na América Latina busca a criação de condições que garantam o bem-estar geral como propósito fundamental do desenvolvimento, assumindo a relação de mútua determinação entre saúde e desenvolvimento. A divulgação de informações e a promoção do conhecimento constituem valioso instrumento para a participação e para a mudança nos estilos de vida das comunidades”. Lembram ainda estes autores que, na oportunidade, o Sistema Único de Saúde implantado no Brasil foi elogiado (PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op. cit., p.194).

⁸⁶KLIKSBERG (a), op.cit., p. 168.

⁸⁷SARMENTO, Daniel (a). Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a pesquisa dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, p.38-39.

como uma dimensão prestacional. No primeiro caso, este direito atuaria como um mecanismo de bloqueio, impedindo que condutas do Estado ou de terceiros venham a lesar ou ameaçar a saúde do titular do direito. No segundo caso, impõem-se ao Estado deveres comissivos, no sentido de formular e implementar políticas públicas que visem à promoção da saúde das pessoas, assim como o fornecimento de prestações materiais aos cidadãos relacionadas à saúde, tais como atendimento médico e medicamentos.

Uma reflexão sobre a saúde no Brasil, considerando o seu contexto socioeconômico, como bem sugerem Pessini e Barchifontaine⁸⁸, surge como oportunidade de pensá-la, visando à melhoria da qualidade de vida da população. Isto implica entender o significado da saúde não como a ausência de doenças, mas resultante das condições gerais de vida, que abrangem a alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, lazer, transporte e acesso a serviços de saúde. Ou seja, “resulta das condições de vida e das relações que os homens estabelecem entre si e com a natureza, por meio do trabalho⁸⁹” e, portanto, o “produto das condições objetivas de existência⁹⁰”.

1.4.1 Direito à saúde e o “menor maduro”

Volnei Garrafa⁹¹, ao falar sobre a saúde no mundo globalizado do século XXI, assevera que, com raras exceções, a saúde passou a ser mais um objeto de consumo no supermercado capitalista de ofertas, onde quem tem recursos pode comprar boa mercadoria, ou seja, diálises renais, transplantes, medicamentos de última geração. E aquele que não pode consumir tais produtos, sucumbe. Garrafa considera que, neste processo crescentemente perverso de compra e venda, a saúde deixou de ser um instrumento de cidadania e libertação de pessoas e povos.

⁸⁸PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op.cit., p.195.

⁸⁹Ibid., p.195.

⁹⁰Ibid., p.195.

⁹¹GARRAFA, Volnei (a). Reflexões sobre políticas públicas brasileiras de saúde à luz da bioética. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e Saúde Pública**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.52.

Para este autor, o processo de mercantilização do corpo e da saúde humana é hoje uma realidade, e possui origem muito complexa, pois deriva, em termos morais, da tendência, típica do século XX, de mercantilizar qualquer coisa. Assim, não se comercializam apenas produtos, mas também o corpo das pessoas.

O menor maduro terá respeitado o seu direito à saúde, na medida em que a promoção da saúde signifique, conforme lecionam Pessini e Barchifontaine⁹², “intervir socialmente na garantia dos direitos e nas estruturas econômicas que perpetuam desigualdades na distribuição de bens e serviços. As políticas de saúde vêm no sentido de implementar estratégias governamentais que visam a corrigir os desequilíbrios sociais e propiciar a redução das desigualdades sociais”.

De tudo exposto sobre o direito fundamental à saúde, inclusive o que se considera modernamente estar no gozo da saúde, há os componentes da vida em sociedade. Como afirma Volnei Garrafa, “a saúde humana, como instrumento concreto de cidadania, pode contribuir para que o cidadão torne-se física e mentalmente mais apto na luta por um destino melhor ou, pelo menos, menos sombrio⁹³”. Assim, estar com saúde significa ter melhor possibilidade na disputa de um espaço digno no mercado de trabalho do que outro indivíduo doente, com nenhuma ou pouca escolaridade e sem profissão definida⁹⁴.

Como a avaliação da sua maturidade depende do seu estado cognitivo, o menor só será considerado “menor maduro” quando for capaz de compreender os esclarecimentos sobre o seu estado de saúde, de entender os benefícios e os riscos de uma intervenção médica que lhe seja proposta.

Nesse desiderato, seguindo o conceito amplo de saúde e considerando-o como um direito fundamental, torna-se necessário que, previamente, a saúde do menor esteja em condições tais que ele possa ser considerado um “menor maduro” e, portanto, com capacidade cognitiva que o torne apto a decidir sobre a sua própria saúde. Um menor que se desenvolve em uma estrutura social que lhe permita “maiores chances de ir aperfeiçoando a própria sobrevivência e a de sua família em um processo crescente de aprimoramento das condições objetivas

⁹²PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op.cit., p.195.

⁹³GARRAFA (a), op.cit., p.52.

⁹⁴Ibid., p.52.

de sua vida”⁹⁵, certamente terá mais chances de ser avaliado como um “menor maduro”, pronto para exercer a sua autonomia diante de um consentimento informado, do que aquele que cresceu sob a adversidade social, submetido a pouca assistência médica e social.

Aqui se entende que a vulnerabilidade econômica influencia na saúde do menor e pode tornar mais difícil a sua caracterização como um “menor maduro”. Afinal, como já mencionado, a saúde humana não é apenas a ausência de doenças. Em verdade, vista como um instrumento concreto de cidadania, ela pode contribuir para o cidadão se tornar física e mentalmente mais apto na busca do seu destino. Sua falta não só pode significar fragilidade humana, susceptível a doenças, como tirar-lhe a própria capacidade de decidir os seus destinos, ainda mais quando se é considerado civilmente um menor de idade.

Na mesma linha de pensamento aqui usada quando referida à dignidade humana, no Brasil existirá um “menor maduro” quando lhe for permitido o direito ao acesso aos serviços públicos e médicos que lhe garantam assistência devida, permitindo ter assistência em hospitais adequados e profissionais qualificados para cuidar da sua saúde, quando as políticas de saúde permitam a erradicação de doenças que, nos países desenvolvidos, não mais existem e quando as políticas sociais promovam a redução da pobreza e a eliminação da miséria.

Da mesma forma, a saúde humana, como direito vulnerado do menor em países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil, cercear-lhe-á a própria condição humana de viver e propiciar a vida em condições de desenvolver os seus estudos escolares que o possibilitem prover-se no futuro e desenvolver-se. Não há que se falar em direito à saúde do menor quando não há acesso ao sistema de saúde pública, onde não há acompanhamento médico adequado e quando não é possível fazer uso dos meios educacionais para que, na evolução natural, se possa propiciar capacidade para decidir sobre sua saúde ou tratamento médico adequado.

O “menor maduro” com direito à saúde, portanto, será aquele que tem

⁹⁵GARRAFA (a), op.cit., p.52.

os seus direitos de personalidade respeitados e tutelados juridicamente com base no direito fundamental à saúde e pode exercê-los autonomamente, sem interferências do poder estatal ou do poder familiar, no âmbito da teoria do “menor maduro”.

CAPÍTULO II

2 ADOLESCENTE ECONOMICAMENTE VULNERÁVEL NOS PAÍSES PERIFÉRICOS

A noção de países periféricos e centrais, assim como o entendimento sobre vulnerabilidade, sob o ponto vista da Bioética, mostram-se relevantes para a compreensão do tema deste trabalho.

Tomar como referência os países periféricos é fundamental para melhor possibilitar a identificação das possíveis diferenças ou dificuldades na aplicação da teoria do “menor maduro” em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, quando comparados aos países desenvolvidos. Importa entender, do ponto de vista da riqueza e da pobreza, se a condição e as dificuldades socioeconômicas existentes nessas nações influenciam – por tornarem o menor vulnerável no contexto da sua sobrevivência e ao exercício dos direitos fundamentais – no uso efetivo desta teoria.

2.1 PAÍSES PERIFÉRICOS E CENTRAIS

A noção de países periféricos e países centrais passa pelo entendimento sobre os significados de pobreza e de riqueza, bem como pela ideia de desenvolvimento como crescimento econômico.

Essa noção é permeada de determinado relativismo. Os conceitos de pobreza ou riqueza, em seu sentido amplo, não devem ser, portanto, entendidos apenas como condições capazes de determinar se um país é periférico ou não. É importante e valioso que seja observado o sentido relativo que envolve o tema, pois nem sempre o desenvolvimento econômico de um país significa distribuição de riqueza entre os cidadãos, diminuição das desigualdades sociais e erradicação da pobreza.

Sobre este aspecto, Peter Singer⁹⁶, ao falar sobre ricos e pobres, apresenta alguns fatos sobre a pobreza e a riqueza que podem ser utilizados nas comparações entre sociedades desiguais sob o ponto de vista do desenvolvimento econômico. O autor distingue a pobreza relativa da absoluta e apresenta o entendimento de que, ao lado destas, existe a riqueza absoluta⁹⁷.

Neste sentido, Singer traz à discussão que a falta de comida não é a única das agruras que se abate sobre os pobres e que a pobreza nos países industrializados é denominada pobreza relativa, por significar “que relativamente à riqueza desfrutada por seus concidadãos, alguns cidadãos são pobres”⁹⁸.

Visto dessa forma, quem vive em estado de pobreza – por exemplo, na Austrália – não seria assim considerado se vivesse em países como Mali ou Etiópia. De outra forma, acrescenta Singer que a pobreza absoluta será sempre pobreza, independentemente do critério que se utilize para defini-la. Portanto, “à parte a morte e a doença, a pobreza implica condições miseráveis de vida que se

⁹⁶SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.230.

⁹⁷Ibid., p.232.

⁹⁸Ibid., p.229-231.

caracterizam pela inadequação dos alimentos, da moradia, do vestuário, do saneamento e dos serviços de saúde e educação.⁹⁹

De outro modo, Peter Singer¹⁰⁰ afirma que existe um estado de riqueza absoluta que contrasta com o estado de pobreza absoluta. O que caracterizaria melhor e a definiria é a existência de uma significativa quantidade de renda que supera o necessário para a satisfação das necessidades básicas que um ser humano tem para consigo e para com os seus dependentes.

Neste desiderato, se enquadraria neste padrão, como absolutamente rica, a maior parte dos cidadãos da Europa Ocidental, da América do Norte, do Japão, da Austrália, da Nova Zelândia e dos países produtores de petróleo do Oriente Médio¹⁰¹.

A relação existente entre pobreza e riqueza, de certa maneira, revela desigualdades sociais. A distinção entre esta classificação de grupos de indivíduos possui certo relativismo quando comparados sob condições de sociedades econômicas consideradas desenvolvidas, não desenvolvidas ou em desenvolvimento.

Ramonaval Augusto Costa apresenta dois métodos para a identificação dos pobres. O primeiro é o método direto, que se baseia nas necessidades não satisfeitas dos indivíduos, como o consumo de bens e serviços; o segundo é o método baseado na renda, que determina o rendimento mínimo acima do qual os indivíduos não são considerados pobres. Embora este último não seja de fácil aplicação, uma vez que a determinação desta renda mínima apresenta dificuldades metodológicas, é o comumente utilizado em face da disponibilidade de dados, como os que estão disponíveis em pesquisas estatísticas¹⁰².

A definição quanto a um país ser central ou periférico possui diversos critérios. Volnei Garrafa e Dora Porto¹⁰³ esclarecem que um país é denominado de

⁹⁹Ibid., p.229

¹⁰⁰Ibid., p.232-233.

¹⁰¹Ibid., p.232-233.

¹⁰²COSTA, Ramonaval Augusto. Pobreza no Brasil: uma análise recente. In: CALSING, Elizeu Francisco; SCHMIDT, Benício Viero; COSTA, Ramonaval Augusto. **O menor e a pobreza**. Brasília: IPEA/SUDENE/UNICEF, 1986. p.126.

¹⁰³GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora (b). Bioética, Poder e Injustiça: por uma ética de intervenção. 2. ed. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. 2. ed. São Paulo: São Camilo, Loyola. 2004. p.36

central quando os problemas básicos, como saúde, educação, alimentação, moradia e transporte, já estão resolvidos ou mesmo já encaminhados quanto a sua solução. Já o conceito de periférico relaciona-se aos países que os organismos internacionais identificam como aqueles que estão em desenvolvimento. Nestes, a maioria da população estaria em contínua luta pela obtenção de condições mínimas de sobrevivência e dignidade. São países onde o poder e a renda concentram-se nas mãos de um número cada vez menos representativo de pessoas. Ressaltam ainda os autores que o fenômeno da globalização econômica vem agravando as diferenças entre ricos e pobres em todo o planeta, embrutecendo consideravelmente as relações sociais.

Entretanto, um país pode conter características híbridas, ou seja, uma parte de sua população enquadra-se nos níveis dos países centrais e outra parte, nos níveis de países periféricos.

Considerando-se os reflexos das situações paradoxais do mundo globalizado, constatar-se-á que, “enquanto uma parte do gênero humano sofre de desnutrição, no outro extremo, nos países desenvolvidos, um dos males mais alarmantes, em termos de saúde pública, é a obesidade”¹⁰⁴.

No Brasil, por exemplo, uma parcela da população tem os seus problemas básicos já resolvidos e significativa parte recorre a programas assistenciais, a exemplo do “bolsa família”¹⁰⁵, que busca satisfazer algumas necessidades básicas, como alimentação mínima necessária ao ser humano que figura na população materialmente vulnerável.

Esta realidade brasileira pode ser entendida a partir das ponderações de Friedrich Müller¹⁰⁶. Ao tratar de exclusão social, esse autor revela que, do ponto de vista econômico, a concentração da renda aumenta cada vez mais e que, em

¹⁰⁴KLIKSBERG (a), op.cit., p. 162.

¹⁰⁵NOTA: De acordo com Bernardo, “no campo da educação, para superar a marginalização das mulheres pobres, seria necessário abrir amplo leque de políticas. Assim, nos centros urbanos dever-se-ia apoiar especialmente as meninas pobres, para que completassem seus estudos. São precisos programas que ataquem as carências básicas das famílias, que levam à evasão escolar, bem como criar incentivos positivos para que as famílias apoiem a escolarização das filhas. Um exemplo bem-sucedido é o de programas como a Bolsa Escola, no Brasil, que subsidia as famílias desde que os filhos permaneçam na escola [...]”. (KLIKSBERG (a), op.cit., p.191).

¹⁰⁶MÜLLER, Friedrich,. Democracia e exclusão social. In: Paulo Gomes Pimentel Júnior (Coord). **Direito constitucional em evolução: perspectivas** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 255.

nenhuma região do mundo, a distância entre os mais ricos e os mais pobres se acentua tanto como nos países emergentes da América Latina.

Os dados apresentados por Müller mostram que essa diferença situa-se entre seis vezes, no caso da Costa Rica, e quinze vezes, no caso do Brasil. Em dados estatísticos, isto significa que os 10% dos brasileiros mais ricos percebem uma renda quinze vezes superior aos 40% mais pobres. Por fim, ressalta que se pode constatar que essa desproporção entre ricos e pobres é maior no Brasil, quando comparado com todos os países do mundo, dos quais existem dados estatísticos sobre o assunto¹⁰⁷.

O reconhecimento de que as questões básicas relativas às desigualdades sociais e à pobreza não eram resolvidas com o resultado do crescimento econômico datam do início dos anos 1970. Realmente, mesmo nos casos onde era possível observar taxas do Produto Interno Bruto (PIB) elevadas, não necessariamente era constatada a distribuição desse resultado nas camadas sociais. Em verdade, o que ficava evidente era a dificuldade encontrada tanto pelos países ricos, em eliminar os redutos remanescentes de pobreza e marginalidade social, quanto pelos países pobres, a dificuldade em corrigir as crescentes desigualdades sociais resultantes do seu processo de expansão econômica.¹⁰⁸

Os dados sobre desigualdade social na América Latina, quando analisados pelos organismos internacionais, encontram “unanimidade em considerar que o continente americano é a região de maior desigualdade social em todo o mundo. A estrutura de distribuição da renda é a mais regressiva [...]”¹⁰⁹.

Esta afirmação tem base nos dados estatísticos que demonstram distribuição de renda ampliando desigualdades ao invés de reduzi-las. “Essa importante desigualdade faz de dois terços a três quartos da população, conforme o país tenha uma renda *per capita* menor do que a renda *per capita* do conjunto do país”¹¹⁰.

¹⁰⁷Ibid., p.255.

¹⁰⁸ROCHA, Sônia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 9.

¹⁰⁹KLIKSBERG (a), op.cit., p.135.

¹¹⁰De acordo com Bernardo Kliksberg, embasado no Relatório do Progresso Econômico e Social, 1998, do BID, "a América Latina é a região onde os 5% mais ricos recebem mais do que os outros grupos - 25% da renda nacional - e a área onde os 30% mais pobres recebem menos - 7,5%. Tem,

A desigualdade latino-americana ora pontuada não está associada apenas ao desenvolvimento econômico e à distribuição de renda. Esta atinge áreas de suma importância para a sobrevivência e para o bem-estar das pessoas, como a família, bem como “outras áreas-chave da vida, como o acesso a ativos produtivos e ao crédito, às possibilidades educacionais, à saúde e à integração ao mundo da informática. O hiato digital, que cresce, está criando o risco de um novo analfabetismo, o analfabetismo cibernético, que exclui vastos setores da população do circuito fundamental da informação e da comunicação avançadas”¹¹¹.

O agravamento da realidade, com a falta de alimentos, de condições dignas de saúde e falta de acesso aos serviços e tecnologias, deixa a parcela pobre da população à míngua da própria sorte. No caso de uma menor materialmente vulnerável, esta situação é agravada quando surge, por exemplo, uma gravidez. A falta de condições econômicas mínimas para gerar um filho e criá-lo dignamente, acrescida da falta de apoio do Estado e de outros organismos sociais, conduz esse ser humano à restrição do direito à dignidade humana, do direito à saúde e do direito à vida.

O que realmente se evidencia é que o chamado país periférico não é capaz de possibilitar, para a maioria de seus cidadãos, condições básicas de sobrevivência. Há concentração de renda favorecendo pequena parcela da sociedade e com isto agravando problemas sociais e aumentando o número de vulneráveis pela falta da capacidade econômica e social para se manterem e viverem com dignidade.

Na América Latina, por exemplo, a mulher tem desempenhado papel importante – principalmente no fenômeno que demonstra o aumento de lares

assim, o maior fosso social de todas as regiões do globo". O que significa que "os 10% mais ricos têm uma renda que corresponde a 84 vezes a dos 10% mais pobres. Os 20% mais ricos recebem 60% da renda nacional, enquanto aos 20% mais pobres cabem apenas 3%". Em relação à aplicação da renda per capita na análise do desenvolvimento, pode não ser tão eficiente quando se analisa a distribuição de renda. Os dados apresentados levam o autor a questionar o uso desse indicador por entender que "isso mostra a propriedade do paradigma de desenvolvimento humano da ONU e de outras abordagens quando questionam a utilidade da renda per capita nacional como medida do progresso das nações. Conforme se observa em sociedades muito desiguais, como as latino-americanas, a renda per capita não informa sobre a situação real da grande maioria da população" (KLIKSBURG (a), op.cit., p.136 e 137).

¹¹¹ Ibid., p.137.

monoparentais, que são quase exclusivamente chefiados por mulheres¹¹² – não somente para a manutenção da família, como também para a economia. Ainda assim, sofre com a discriminação e dificuldades sociais que lhe negam direitos fundamentais, tais como dignidade humana, saúde, vida.

Tratando sobre a discriminação da mulher diante de um mundo globalizado e, mais especificamente, na América Latina, Kliksberg¹¹³, revela alguns aspectos da situação vivida pela mulher latino-americana diante dessa realidade.

Segundo esse autor, embora as longas lutas pela equidade de gênero tenham gerado avanços importantes – dentre os quais, a igualdade de direitos, maior participação política, progressos nos diversos níveis de educação e rápida e crescente incorporação à força de trabalho – ainda subsistem diferenças importantes que prejudicam muitas mulheres, de diversas formas, nas suas possibilidades existenciais básicas. Dentre essas diferenças, estariam a vulnerabilidade diante dos processos regressivos de deterioração social – aumento da pobreza, aumento das polarizações sociais, acesso à saúde, disparidade no acesso à saúde – e a sobrecarga adicional, que significa a manutenção da discriminação de gênero, com forte base cultural e social, a exemplo da atividade no lar¹¹⁴.

Diante das evidências apresentadas sobre país periférico e país central, é possível extrair um entendimento que poderá nortear este trabalho.

Um país pode ser denominado de periférico se não é capaz de suprir as necessidades básicas relativas à sobrevivência humana de todos os seus cidadãos. Onde a pobreza absoluta existe para a maioria e convive juntamente com pequenos focos de riqueza absoluta. Quanto ao desenvolvimento econômico, quando existe, promove o aumento da desigualdade social ao invés de reduzi-la. São normalmente chamados de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Por outro lado, um país pode ser denominado de central quando é capaz de extinguir a pobreza absoluta. É onde a pobreza relativa atinge a minoria dos seus cidadãos, existindo focos desta pobreza, e a riqueza absoluta é vivida pela

¹¹²ARRIAGADA, Irma. Transformações sociais e demográficas das famílias latino-americanas. Tradução Sílvia de Souza Costa. In: DOMINGUES, José Maurício; MANEIRO, Maria. (Orgs.). **América Latina hoje: conceitos e interpretações**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.205.

¹¹³KLIKSBERG (a), op.cit., p.168.

¹¹⁴Ibid., p.168.

maioria dos cidadãos. Normalmente, são chamados de países desenvolvidos, pois, o desenvolvimento econômico promove a redução da desigualdade social com melhor distribuição de renda que no país periférico.

2.2 DIREITOS VULNERADOS: REFLEXOS DA POBREZA NO ADOLESCENTE

No ano de 1985, a população brasileira estava estimada em 134 milhões de pessoas. Aproximadamente 45% da população brasileira eram constituídos por menores de 18 anos de idade, o que representava cerca de 60 milhões de pessoas. Por este motivo, o Brasil era caracterizado como um país muito jovem em termos demográficos¹¹⁵.

Nesta época, conforme apontavam Calsing e Schmidt¹¹⁶, o chamado “problema do menor” no País era associado à pobreza econômica, social, política, cultural, etc., de uma parcela ponderável das famílias brasileiras. Era uma realidade que não se poderia refutar, face à gravidade da situação e à vulnerabilidade das crianças, dos jovens e adolescentes que eram submetidos a condições adversas no atendimento às suas necessidades humanas mais elementares, reveladas pelas informações socioeconômicas da época¹¹⁷, que exprimia que os menores, juntamente com suas famílias, viviam, em sua grande maioria, em condições pouco dignas e humanas¹¹⁸.

¹¹⁵CALSING, Elizeu Francisco; SCHMIDT, Benício Viero; COSTA (a). Situação socioeconômica e demográfica dos menores no Brasil e no Nordeste, p.17. In: CALSING, Elizeu Francisco; SCHMIDT, Benício Viero; COSTA; Ramonaval Augusto (Orgs.). **O menor e a pobreza**. Brasília: IPEA/SUDENE/UNICEF, 1986.

¹¹⁶Ibid., p.17.

¹¹⁷NOTA: Calsing e Schmidt apresentam dados do ano de 1985, que, dentre outros, revelavam que: a) 41 milhões de menores de 18 anos viviam em famílias com rendimento familiar “per capita” até 2 salários mínimos; b) de cada 05 crianças que nasciam por dia, 04 pertenciam a famílias pobres; c) 80% das mortes antes dos cinco anos de idade ocorriam em famílias pobres; d) mais da metade das crianças de 0 a 14 anos viviam em domicílios com água inadequada e praticamente um terço em domicílio sem qualquer tipo de escoadouro; e) cerca de 20% das famílias brasileiras, boa parte da responsabilidade por mantê-las cabia aos menores e jovens, e estes sobreviviam na pobreza extrema; f) cerca de 1/5 dos menores que trabalhavam abandonava a escola com a chegada da necessidade de trabalhar. (CALSING; SCHMIDT; COSTA (a). op.cit., p.17).

¹¹⁸Ibid., p. 17 e 18.

Calsing e Schmidt¹¹⁹, naquela época, já alertavam: “Os menores de 18 anos representam pouco menos da metade da população brasileira. Urge, por isso mesmo, conferir maior prioridade aos problemas que os afetam.”

Segundo Sônia Rocha, devido a características do ciclo de vida das famílias, crianças são especialmente vulneráveis à pobreza. No estudo que essa autora realizou sobre a pobreza no Brasil, destacou que “mais da metade das crianças com menos de quatro anos é pobre, e tal proporção declina monotonicamente com o aumento da idade”¹²⁰.

Nos dias atuais, passados mais de trinta e cinco anos, o Brasil continua sendo caracterizado como um país jovem. Afinal, de acordo com dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), 30% dos 191 milhões de brasileiros, ou seja, cerca de mais de 57 milhões, têm menos de 18 anos de idade e 11% da população se encontram na faixa de 12 a 17 anos, representando uma população de mais de 21 milhões de adolescentes¹²¹.

A realidade dos adolescentes brasileiros, no âmbito da saúde, ainda demonstra, no que diz respeito à saúde sexual e reprodutiva, que as meninas são mais vulneráveis do que os meninos, porque, além de terem relações sexuais mais cedo, usam menos os contraceptivos e com isso lhes recaem consequências, tais como gravidez, a mortalidade materna e outros riscos, como a AIDS e a DST¹²².

O Brasil tem apresentado, ao longo dos anos, diminuição constante das taxas de fecundidade, entretanto, a gravidez na adolescência é um dos fenômenos que pouco se alteraram na última década. Todavia, ocorreram aumentos nos últimos anos para a faixa etária de 10 a 14 anos¹²³. Esta situação é reveladora da não observação da própria legislação penal¹²⁴, na qual as relações sexuais com

¹¹⁹Ibid., p. 20.

¹²⁰ROCHA, op.cit., p.187.

¹²¹UNICEF. Relatório da Situação mundial da infância 2011 - Adolescência: uma fase de oportunidades – **Caderno Brasil**. New York, USA: UNICEF, 2011. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/br_sowcr11_resexecweb.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2011, p.4.

¹²²NOTA: Dados do relatório da UNICEF demonstram que “em 1998, foram registrados 27.237 nascimentos de mães de 10 a 14 anos. Em 2004, o número foi de 26.276 e, em 2008, de 28.479 (Sinasc, 2008), sendo 15 mil nas regiões Norte e Nordeste, com 38% das mães dessa faixa etária com menos de seis consultas pré-natais” (UNICEF, op. cit., p. 5).

¹²³Ibid., p. 5.

¹²⁴O Código Penal Brasileiro protege o vulnerável e considera que o menor de 14 anos assim se enquadra, protegendo-o contra crimes sexuais, da seguinte maneira: “**Estupro de vulnerável** - Art.

menores são consideradas crimes, logo, a gravidez entre meninas de 10 a 14 anos constitui-se em uma violação do direito.

Quanto ao grupo das adolescentes da faixa de idade entre 15 e 19 anos, os partos representam quase 20% do total e vêm acompanhando o decréscimo das taxas de fecundidade dos últimos anos. Mas, em relação à saúde dessas adolescentes, e não somente das brasileiras, o que mais tem preocupado o UNICEF é o fato de que as complicações relacionadas à gravidez e ao parto estão entre as principais causas de morte de meninas adolescentes dessa faixa de idade em todos os lugares do mundo¹²⁵.

Quando o assunto são as doenças transmissíveis sexualmente, como é o caso da AIDS e da DST, que a UNICEF considera como grandes ameaças à sobrevivência dos adolescentes, o Brasil tem seguido a mesma tendência das sete regiões do mundo. Os dados brasileiros do último boletim epidemiológico AIDS/DST de 2010 apontam que existe a necessidade de se compreender as especificidades do grupo de adolescentes e jovens. Os dados indicam que quanto menor a escolaridade do adolescente, maior é o percentual de infectados. Esta indicação ratifica o relatório global do UNICEF, no sentido de que existe uma forte relação

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). § 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. **Corrupção de menores.** Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Parágrafo único. (VETADO). **Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.** Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos." **Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.** Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. § 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo. § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>> Acesso em: 21 nov. 2010).

¹²⁵UNICEF, op. cit., p. 5.

entre baixa escolaridade e vulnerabilidade com relação ao HIV/AIDS¹²⁶.

O quadro apresentado pela UNICEF em relação à saúde do adolescente aponta para a necessidade de se investir em serviços de saúde voltados para este público específico, embora reconheça os esforços que nesta área o Brasil tenha feito, através do Ministério da Saúde¹²⁷.

A educação é outro direito dos adolescentes que não é garantido ou respeitado integralmente. Com relação à educação, os dados da UNICEF confirmam que, no Brasil, um em cada sete adolescentes está fora da escola, enquanto que, globalmente, essa proporção é de um em cada cinco adolescentes. Segundo o relatório, uma das explicações para o fato está relacionada ao custo de garantir a educação secundária, por ser significativamente maior do que o custo da educação primária¹²⁸.

A realidade é que, hoje, 14,8% dos adolescentes brasileiros entre 15 e 17 anos estão fora da escola. Essa faixa etária ainda é atingida de forma contundente por um dos problemas mais sérios da educação no Brasil: a distorção da relação idade e série. Outro fato, observado na faixa dos adolescentes de 14 a 17 anos que declaram frequentar a escola, é que menos da metade está no Ensino

¹²⁶NOTA: De acordo com a UNICEF, “prevenir a transmissão de HIV é um dos mais importantes desafios para a sobrevivência e a saúde de adolescentes. Embora estimativas afirmem que a AIDS é apenas a oitava causa principal de morte entre adolescentes de 15 a 19 anos, e a sexta principal causa de morte entre adolescentes de 10 a 14 anos, o custo é desproporcionalmente alto em países com alta prevalência” (UNICEF, op.cit., p. 24).

Em relação ao Brasil, “o relatório destaca as DST/AIDS como uma grande ameaça à sobrevivência dos adolescentes. Mais uma vez, em quatro das sete regiões do mundo, as meninas adolescentes são quase duas vezes mais vulneráveis do que os meninos a contrair o vírus. O Brasil segue a mesma tendência: para cada caso novo entre meninos, existe 1,5 caso de meninas infectadas, proporcionalmente. Por outro lado, o relatório mostra que as meninas de 15 a 19 anos são mais propensas a fazer o teste anti-HIV do que os meninos na mesma faixa etária. No Brasil, entre as pessoas de 15 a 24 anos, 39% declaram não usar preservativos em todas as relações e, mesmo com as informações sobre prevenção e formas de infecção disponíveis, não reconhecem a AIDS como um problema com o qual eles devam se preocupar. Os dados nacionais do último boletim epidemiológico AIDS/DST 2010 apontam para a necessidade de se compreender as especificidades do grupo de adolescentes e jovens. Um levantamento realizado com mais de 35 mil adolescentes e jovens de 17 a 20 anos indica que, em cinco anos, a prevalência do HIV nesse grupo passou de 0,09% para 0,12%. Quanto menor a escolaridade, maior o percentual de infectados. Ou seja, como afirma o relatório global do UNICEF, existe uma forte relação entre baixa escolaridade e vulnerabilidade com relação ao HIV/AIDS”. (UNICEF, op. cit., p. 5).

¹²⁷Ibid., p. 5.

¹²⁸NOTA: “Com relação à educação, o relatório confirma que a transição da educação primária para a educação secundária ainda é um grande desafio no mundo, principalmente nos países em desenvolvimento e nos menos desenvolvidos. Por isso, alcançar taxas maiores de conclusão no primeiro ciclo é a chave para reforçar o número dos adolescentes que alcançam essa transição. (UNICEF, op. cit., p. 6).

Médio, sendo a média de anos de estudo nesse grupo de 7,4 anos, representando menos do que o necessário para completar o Ensino Fundamental¹²⁹.

O Brasil é visto atualmente como um dos países que adotaram medidas recentes para ampliar o acesso dos adolescentes à educação. O exemplo está na promulgação da Emenda Constitucional¹³⁰ nº 59, que ampliou os recursos orçamentários para garantia do ensino básico e instituiu a obrigatoriedade do ensino público dos 04 aos 17 anos de idade, incluindo todas as etapas da educação básica, estipulando que a medida seja implementada até 2016¹³¹.

O abandono escolar pelos adolescentes no Brasil ocorre, principalmente, pela necessidade de trabalhar e por gravidez. No ano de 2009, 14,2% dos adolescentes entre 12 e 17 anos estudavam e trabalhavam e, em sua maioria, meninos. Das meninas que abandonaram a escola, 28% tiveram como motivo a sua gravidez¹³².

O relatório da UNICEF também denuncia que outros direitos relacionados à vida escolar dos adolescentes são violados, como o direito ao esporte, pois, menos da metade dos adolescentes com idades entre 13 e 15 anos das capitais do País realiza 300 minutos ou mais de atividade física por semana, tempo recomendado para esse grupo etário.¹³³ Isso pode atingir a saúde e a qualidade de vida dos demais adolescentes.

Quando se trata dos direitos e garantias relacionados à proteção dos adolescentes, a situação do Brasil não diferencia da situação apontada no relatório

¹²⁹UNICEF, op.cit., p. 6.

¹³⁰ A **Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009**: “Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI”. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm> Acesso em: 24 fev. 2011.

¹³¹Ibid., p. 6.

¹³²Ibid., p. 6.

¹³³NOTA: Com base na Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (Pense 2009), realizada pelo IBGE com mais de 600 mil estudantes do 9º ano do Ensino Fundamental, em sua maioria com idades entre 13 e 15 anos, nas capitais do País, revelou que menos da metade dos entrevistados, cerca de 43,1% realizava 300 minutos ou mais de atividade física semanal, tempo recomendado para esse grupo etário (UNICEF, op.cit., p. 6).

mundial da UNICEF, que indica como principais ameaças aos adolescentes a exploração no trabalho, a violência e o abuso sexual e os conflitos com os sistemas de justiça criminal¹³⁴.

No caso brasileiro, a exploração no trabalho ocorre para 1,2 milhão adolescentes de 14 e 15 anos de idade. No caso de violências contra crianças e adolescentes, 60% dos casos registrados ocorrem em ambientes domésticos; 22%, em esferas públicas; e 18%, em instituições de saúde, centros de internação, unidades de assistência social, entre outros. No caso de violência sexual, os dados de 2008 mostram que, de um total de 12.594 casos registrados, 8.674 ocorreram na faixa etária de 7 a 14 anos. No caso dos adolescentes em conflito com a lei, do total de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas (cerca de 36.384), 92% são meninos, 46% têm entre 17 e 18 anos, sendo que 54% concluíram o Ensino Fundamental, enquanto apenas 4,9% têm o Ensino Médio¹³⁵.

O adolescente também não tem o seu direito à vida respeitado. Segundo Anthony Lake, “as reduções na taxa de mortalidade infantil entre 1998 e 2008 significam que foi possível preservar a vida de mais de 26 mil crianças; no entanto, no mesmo período, 81 mil adolescentes brasileiros, entre 15 e 19 anos de idade, foram assassinados”¹³⁶. Estes fatos revelam aquilo que o citado diretor executivo da UNICEF conclui: “Com certeza, não queremos salvar crianças em sua primeira década de vida apenas para perdê-las na década seguinte”¹³⁷. O trânsito no mundo é responsável por 1/3 das mortes na adolescência. No Brasil, a principal causa das mortes de adolescentes são os homicídios, sendo as vítimas mais frequentes os adolescentes, meninos, afrodescendentes, geralmente fora da escola, que moram em comunidades populares de grandes centros urbanos.¹³⁸

¹³⁴UNICEF, op.cit., p.6.

¹³⁵NOTA: Conforme o Relatório da UNICEF para o Brasil: “No caso dos adolescentes em conflito com a lei, em 2009 existiam 16.940 adolescentes cumprindo medidas socioeducativas com restrição de liberdade, sendo 11.901 em internação, 3.471 em internação provisória e 1.568 em semiliberdade. Enquanto 19.444 adolescentes cumpriam medidas em meio aberto”. (UNICEF, op.cit., p.6).

¹³⁶Ibid., p.ii (prólogo).

¹³⁷Ibid., p.ii (prólogo).

¹³⁸NOTA: DE acordo com o relatório da UNICEF para o Brasil: “Enquanto globalmente os acidentes de trânsito são a grande causa de morte na adolescência, correspondendo a 1/3 do total, no Brasil, a principal causa são os homicídios. Dados de 2008 mostram que homicídios são a primeira causa de óbito entre adolescentes de 15 a 19, com 40% (7.543 óbitos); e, em seguida, estão os acidentes de trânsito, com 17,8%2 (3.360 óbitos). Estudos recentes mostram que as vítimas mais frequentes de

Para a UNICEF, apesar dos problemas apresentados, que merecem atenção especial do Governo brasileiro, de forma que atenda às necessidades específicas da adolescência nas suas políticas, a conclusão das análises do relatório sobre essas questões é de que, “apesar de os adolescentes serem considerados por muitos como uma ameaça, na prática, uma pequena parcela de adolescentes desenvolve hábitos negativos, como abuso de drogas e envolvimento com a criminalidade”. Segundo o relatório, “a grande maioria dos adolescentes avança para a idade adulta pacificamente e, nos casos de violência, são muito mais frequentemente vítimas do que autores”¹³⁹.

Deve-se, como mostra o relatório da UNICEF, cuidar do adolescente, “caso contrário, corre-se o risco de que um grupo tão significativo e estratégico para o desenvolvimento do País fique invisível em meio às políticas públicas que focam prioritariamente na primeira fase da infância e na fase seguinte da juventude”¹⁴⁰. Este cuidado passa pelo respeito aos seus direitos fundamentais.

2.3 BIOÉTICA E VULNERABILIDADE

2.3.1 Bioética: conceitos, significados e sentidos

Antes da apresentação dos conceitos que os diversos autores trazem sobre o que é Bioética, é de grande importância fazer um breve histórico sobre o assunto.

homicídio são adolescentes, meninos, afrodescendentes, geralmente fora da escola, que vivem em comunidades populares de grandes centros urbanos. De acordo com os dados do Índice de Homicídios na Adolescência (IHA)³, seis em cada sete homicídios são cometidos com armas de fogo, e a possibilidade de ser vítima é 12 vezes maior para adolescentes do sexo masculino e quatro vezes maior para negros e indígenas. Porém, é importante ressaltar que o crescimento dos homicídios entre as meninas afrodescendentes na faixa etária de 10 a 19 anos foi de 55% entre 1997 e 2007” (UNICEF, op.cit., p. 6 e p. 7).

¹³⁹UNICEF, op.cit., p. 4 e p. 7.

¹⁴⁰Ibid., p. 4.

Pessini e Barchifontaine¹⁴¹ lecionam que “no termo Bioética (do grego “bios”, vida, e “ethos”, ética), “bios” representa o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas vivos, e “ethos” representa o conhecimento dos valores humanos”. Os autores esclarecem que o objetivo da criação da palavra “Bioética” foi o de encorajar a reflexão pública e profissional sobre duas questões de urgência: a primeira, “a responsabilidade em manter a ecologia generativa do planeta, da qual dependem a vida e a vida humana”; e a segunda, “as futuras implicações dos rápidos avanços nas ciências da vida em relação a potenciais modificações de uma natureza humana maleável”.¹⁴²

Segundo Fernando Lolas Stepke¹⁴³, a preocupação com o impacto das ciências e das tecnologias não é nova, principalmente na medicina, em que há registro histórico contendo alusões às preocupações éticas de seu exercício, como os escritos hipocráticos e outros documentos que foram decisivos nesse sentido. Stepke ressalta que o termo “ética médica” significava, basicamente, um conjunto de normas de conduta que os médicos mantinham entre si e em suas relações com os que procuravam seus serviços. Já o movimento bioético consegue ampliar “o número de interlocutores válidos nos assuntos bioéticos e, sobretudo, a posição dos profissionais e especialistas no trato com os leigos”.

Warren T. Reich¹⁴⁴ esclarece que o primeiro a cunhar o termo *bioethics* foi Van Rensselaer Potter, e Andre Hellegers¹⁴⁵, quem primeiro usou-o em um contexto institucional para designar a área de pesquisa ou campo de aprendizagem. Reich explica que Hellegers aplicou o termo “Bioética” à ética da medicina e das ciências biológicas, consagrando-o nos círculos acadêmicos e na

¹⁴¹PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op.cit., p. 48.

¹⁴²PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op.cit., p. 51.

¹⁴³STEPKE, Fernando Lolas (a). Bioética: o que é, como se faz. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2005, p.14.

¹⁴⁴REICH, Warren T. Como surgiu a bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (a). **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2008, p.32.

¹⁴⁵NOTA: Segundo Reich, “Andre Hallegers, um obstetra holandês, fisiologista fetal e demógrafo, fundador do Instituto Kennedy na Universidade de Georgetown, foi quem aplicou o termo à ética da medicina e das ciências biológicas, de tal forma que o nome acabou por se consagrar nos círculos acadêmicos e na mente do público. A palavra bioethics apareceu no nome original do Institut Kennedy for Study of Human Reproduction ad Bioethics e direcionou o projeto do Instituto Kennedy para a bioética, tornando-se um renomado conferencista internacional na área (REICH, Warren T. Como surgiu a bioética). In: PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op.cit., p.32.

mente do público.

No entendimento de Reich, o campo da bioética começou com esse termo por ser ele muito sugestivo e poderoso, insinuando novo enfoque, “juntar as disciplinas de maneira nova, como um novo fórum que procura neutralizar a inclinação ideológica das pessoas associadas à palavra *ethics* (ética)”.¹⁴⁶

Sobre o nascimento da Bioética, Albert R. Jonsen¹⁴⁷ ressalta que um dos antecedentes foi o acontecimento em torno da diálise em Seattle (EUA), em que David J. Rothman, um neurologista moderno, com novas e caras máquinas de diálise, que tiveram o uso para tratamento de diálise crônica viabilizado pela invenção do Dr. Belding Scribner¹⁴⁸, não podia atender a todos que precisavam. Na falta de parâmetros de seleção dos pacientes, os médicos delegaram a pessoas leigas o poder de decidir sobre a admissão em um determinado tratamento médico.

Os acontecimentos de Seattle se deram em 1962 e ficaram conhecidos como “Eles decidem quem vive e quem morre”, graças ao artigo da jornalista Shana Alexander, da revista *Life*, que possuía esse título. Constituiu-se, assim, um verdadeiro comitê de ética, cujas deliberações consideravam não somente a história clínica, mas também a história de vida dos doentes.¹⁴⁹

Ressalta Albert R. Jonsen que “os acontecimentos em torno da diálise, no início dos anos 60, foram um primeiro impulso que provocou um realinhamento de valores no mundo da medicina.”¹⁵⁰

Outro antecedente histórico foi o artigo de Beecher. Neste artigo, produzido por Herry Beecher, um professor de anestesia de Harvard, publicado

¹⁴⁶NOTA: Sobre o fato, o autor relata como Rothman o descreveu: “Um grupo de médicos, sem precedentes, entrega a um comitê leigo decisões prospectivas de vida ou morte, caso a caso. Uma prerrogativa até então exclusiva reservada ao médico foi delegada a representantes da comunidade”. (REICH, op.cit., p.32).

¹⁴⁷JOSEN, Albert R.. O nascimento da bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (a), op. cit., p.36.

¹⁴⁸NOTA: Segundo Stepke, “quando ocorre uma falha irreparável no rim, ele se torna incapaz de depurar o sangue de substâncias residuais. O estado final é conhecido como insuficiência renal crônica, que é irreversível. A única forma de manter a vida das pessoas afetadas por essa doença, que tem várias causas, é substituir a função renal ou realizar um transplante de rim. Para o primeiro caso podem-se empregar vários métodos. por volta de 1961, o médico Scribner havia conseguido um importante avanço técnico ao inventar uma sonda que permitia conectar as pessoas a uma máquina que substituíu o rim em sua função depuradora. O procedimento realizado pelo rim artificial é a hemodiálise.” (STEPKE (a), op.cit., p.17).

¹⁴⁹Ibid., p.18.

¹⁵⁰JOSEN, op.cit., p. 37.

em 1966 na revista médica *New England Journal of Medicine*, com o título “Ética e investigação clínica”, mostrava que, cerca de 12% dos artigos médicos publicados em 1964 numa importante revista empregavam procedimentos antiéticos¹⁵¹.

Stepke leciona que o tema do valor e dos limites da pesquisa com seres humanos é um dos mais graves no estabelecimento da Bioética, concebida como ética aplicada.¹⁵² Neste desiderato, o artigo de Beecher dá um passo em respeito ao ser humano.

Um terceiro antecedente é o caso Barnard. Trata-se do primeiro transplante cardíaco realizado na África do Sul no ano de 1967 pelo cirurgião Christian Barnard, que inaugurava mais um avanço da medicina. Embora o mundo tenha se maravilhado com o feito, pois era comum o transplante de rim, ficava a dúvida se o coração transplantado havia sido de um morto, pois a polêmica se instaurava sobre a necessidade de se transplantar o órgão de alguém que ainda estava vivo, o que era possível no caso de um rim, mas questionável, à época, no caso do coração¹⁵³.

Segundo Stepke¹⁵⁴, um coração para ser transplantado, deve ser removido de um corpo que está em estado paradoxal de morto-vivo. Ou seja, o indivíduo deve estar civilmente morto, ser cerebralmente irrecuperável para a

¹⁵¹Ibid., p.37.

¹⁵²STEPKE (a), op.cit., p. 20.

¹⁵³JOSEN, op.cit., p. 38 e 39.

¹⁵⁴NOTA: Segundo Stepke, “é evidente que essa técnica, terapêutica e salvadora de vidas, lançava perguntas de difícil resposta: Quando alguém é considerado morto? A morte é um processo, do qual se podem descrever etapas? Há um momento em que esse processo pode ser considerado irreversível? Esse momento é determinado pela ciência, pela prática ou pela lei? A vida consciente é a única forma de vida? Se morre o cérebro, morre também a pessoa?”

“O caso Barnard pareceu a culminação da técnica a alguns, que sugeriram que tais matérias fossem estudadas com maior profundidade e se tornasse objeto de reflexão jurídica e filosófica. Em quase todo o mundo, os transplantes provocaram intensos debates sobre o conceito de morte, os indícios da morte e a pertinência de uma legislação que distinguisse “tipos” diferentes de morte. Assim, por exemplo, o conceito de morte cerebral – ativamente discutido por alguns grupos – permitiu a prática dos transplantes na legalidade da norma vigente. Isso não significa que as polêmicas acabaram, mas somente que as definições aceitas ampliam o âmbito no qual as decisões individuais deixam de ser puníveis. O tema não é nada banal, pois a prática dos transplantes garante a sobrevivência de pessoas que, de outro modo, estariam condenadas a uma invalidez parcial ou total, a uma vida plena de sofrimento e limitações ou, em alguns casos, à morte. (STEPKE (a), op.cit., p. 22 e p. 23).

De acordo com Josen, “em 1968, um comitê da Escola Médica de Harvard, dirigido por Beecher, propôs uma definição de “morte cerebral” para fechar a questão que o Papa Pio XII propôs em 1958”. (JOSEN, op.cit., p.39).

vida propriamente humana, mas o corpo deve estar vivo, em atividade. Logo, essa técnica trouxe o questionamento de quando se poderia entender que alguém estava morto. O conceito de morte cerebral permitiu prosseguir com as práticas de transplantes na legalidade.

O antecedente referente ao caso Tuskegee. Henry Beecher, professor de anestesia na Escola Médica de Harvard, publicou um artigo, intitulado de “Ética na pesquisa clínica”, onde denunciou procedimentos médicos contrários à ética médica e também dirigiu um estudo de vinte e duas pesquisas biomédicas publicadas em revistas de renome¹⁵⁵.

Tuskegee é uma cidade americana do Estado do Alabama (EUA), onde se iniciou, no ano de 1932, um estudo sobre a “história natural” da sífilis não tratada. O estudo visava a entender a evolução da doença sem qualquer tipo de tratamento. A curiosidade é que todos os “voluntários” eram negros e jamais foram informados sobre o objetivo da experiência e tampouco sobre os riscos envolvidos. Em contrapartida pela participação, os voluntários recebiam transporte, alimentação e funeral gratuitos. O curioso é que a penicilina já se encontrava disponível em 1946 e nunca foi usada para tratar esses voluntários. O caso veio a público em 1972, quando um funcionário do Serviço de Saúde Pública comentou na imprensa achar estranha essa ausência de intervenção na enfermidade pesquisada¹⁵⁶.

Para Josen¹⁵⁷, os acontecimentos de Tuskegee, por mais horrível que fosse o problema que se levantou em relação à pesquisa médica com humanos, era mais profundo, pois embora não se tratasse de uma maldade ou mesmo insensibilidade dos cientistas que criaram o problema, a natureza da moderna ciência biomédica produzia tais fatos.

Nesta mesma linha de entendimento, vários outros

¹⁵⁵JOSEN, op.cit., p.37.

¹⁵⁶STEPKE (a), op.cit., p. 23.

¹⁵⁷NOTA: Josen observa que “a moderna ciência biomédica é, por sua natureza, inovadora. Ela trabalha em um meio social que exige dos cientistas produtividade constante e originalidade constante. As experimentações de Buchenwald e Dachau aconteceram, em parte, porque o zelo científico dos perpetradores, agravado por sua arrogância racista, encontrou “material humano” disponível para manipular. A pesquisa científica em seu curso ordinário não é nem má nem racista, mas pode encontrar “material humano” disponível na vulnerabilidade do doente” (JOSEN, op.cit., p.36)

questionamentos foram tomando corpo na sociedade contemporânea. Jonsen¹⁵⁸ faz menção ao julgamento de Nuremberg, em 1945, que apresentou para o mundo os abomináveis abusos sofridos pelos prisioneiros dos campos nazistas, que foram chamados de experimentação médica.

O caso Tuskegee influenciou na decisão do Congresso dos Estados Unidos em criar, em 1974, a Comissão Nacional para a Proteção dos Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental, sendo seguida pela Comissão Presidencial para o estudo dos Problemas Éticos em Medicina e na Intervenção Biomédica e Comportamental, no ano de 1979¹⁵⁹.

Segundo Jonsen¹⁶⁰ o trabalho desenvolvido por Beecher teria se transformado na disciplina de Bioética, com uma literatura repleta de conceitos sobre a autonomia do paciente, padrões para consentimento informado e delegado, e equilíbrio entre riscos e benefícios.

Considera-se que o caso Tuskegee deve valer como um exemplo, tendo em vista que existiram muitos casos semelhantes. Ele revela que se trata não só da necessidade de conhecimento científico, mas também do respeito às decisões das pessoas sobre seus corpos e dos limites que podem ser impostos aos estudos que representam riscos às pessoas¹⁶¹.

O envolvimento de teólogos também se configurou como antecedentes, pois muitos deles não ficaram alheios ao desenvolvimento da ciência médica e na área da saúde. Destacam-se o teólogo episcopal Joseph Fletcher, que, com seu livro *Morals and medicine*, publicado em 1954, enfatizava a liberdade e a autoridade do paciente, diferentemente dos temas abordados pelos teólogos católicos que, à época, discutiam questões como o aborto e a eutanásia. Outro teólogo foi Paul Ramsey. O seu livro *The patient as person* ("O paciente como pessoa") se tornou uma análise da forma como a nova medicina estava modificando as dimensões morais do relacionamento médico-paciente. Para desenvolver sua obra, Ramsey passou um ano nas clínicas e enfermarias do Hospital da Universidade

¹⁵⁸Ibid., p.37.

¹⁵⁹STEPKE (a), op.cit., p. 24 .

¹⁶⁰JOSEN, op. cit., p. 38.

¹⁶¹STEPKE (a), op. cit., p. 24.

de Georgetown.¹⁶²

De acordo com as lições de Stepke, foram os teólogos morais que chamaram a atenção para fatos evidentes na medicina norte-americana, mas que não se limitavam a ela. Eram três esses fatos: o primeiro era a influência da educação científica, que elevou a capacidade técnica dos médicos, entretanto, não o fez na mesma proporção pelas dimensões morais da tarefa clínica; o segundo, o “lugar” privilegiado do encontro entre o paciente e seu médico foi rapidamente substituído pelo ambiente burocrático do hospital em detrimento da relação interpessoal cara a cara. Surgem, com isso, temas como pagamento por serviços, sistemas de seguro social, entre outros. O terceiro, os autores Joseph Fletcher e Paul Ramsey evidenciaram que a medicina e as tecnociências passavam por mudanças tão significativas que havia, além do impacto quantitativo sobre os recursos disponíveis, uma modificação qualitativa no exercício da medicina.¹⁶³

Ao longo da história, outros antecedentes ocorreram antes que Potter cunhasse pela primeira vez o termo “Bioética”, mas importa, no momento, conhecer como se deu a origem dessa palavra.

Van Rensselaer Potter, no IV Congresso Mundial sobre Bioética, realizado em Tóquio, em 1998, revelou que, passadas seis décadas de suas observações, proclamava “a Bioética global, como nova ciência ética, é uma necessidade para a sobrevivência humana em longo prazo”¹⁶⁴.

Potter, todavia, esclarece que, antes da Bioética global, surgiu a Bioética ponte (*bridge bioethics*), sendo esta um símbolo para a visão que havia cristalizado com a palavra “Bioética”, quando a cunhou em 1970, juntando as palavras “ponte” e “bioética”¹⁶⁵

Para Potter, a palavra “ponte” era, porque a Bioética era vista como uma nova disciplina que construiria uma ponte entre ciência e humanidades. De forma mais evidente, seria uma ponte entre a ciência biológica e a ética, por isso, “*bio-ética*”. Assim, essa ponte seria tão somente um meio para um fim. De acordo

¹⁶²JOSEN, op.cit., p. 39.

¹⁶³STEPKE (a), op.cit., p. 25.

¹⁶⁴POTTER, Van Rensselaer. Bioética Global: necessidades para a sobrevivência humana. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2008, p.114 e p.115.

¹⁶⁵Ibid., p.115.

com Potter, “o fim, ou o objetivo, ou a visão primeira era construir a Bioética como outra ponte, como **ponte para o futuro**.” Válido ressaltar que “Bioética: ponte para o futuro” foi o título do seu primeiro livro sobre o assunto, publicado em 1971¹⁶⁶. (grifo do autor)

A Bioética assim pensada tinha duas funções. A primeira era a função primordial, onde ela era vista como uma ponte para o futuro; a segunda era a função capacitadora, em que a Bioética era vista como uma ponte entre as disciplinas. A preocupação original de Potter em relação à teoria original da Bioética constituía-se “na intuição da sobrevivência da espécie humana, numa forma decente e sustentável de civilização, exigindo o desenvolvimento e manutenção de um **sistema de ética**”. Segundo as lições de Potter, “tal sistema é a Bioética global, baseada em intuições e reflexão circunscrita pelo conhecimento empírico de todas as ciências, mas especialmente do conhecimento biológico”.¹⁶⁷ (grifo do autor).

A preocupação inicial de Potter quando cunhou a palavra “Bioética” era com a interação do problema ambiental e as questões da saúde. As origens de suas ideias, que o levaram à Bioética-ponte, baseavam-se nas propostas de Aldo Leopold, principalmente pelas características interdisciplinares que utilizou. Nesta primeira reflexão interdisciplinar, questionava-se principalmente a repercussão da visão de progresso existente na década de 1960.¹⁶⁸

Segundo o próprio Potter, o sistema de ética que propôs “permanece hoje como o coração da Bioética-ponte, com sua extensão na Bioética global, em que a função de ‘ponte’ exigiu a aproximação da ética médica e da ética ambiental, em escala mundial, para preservar a sobrevivência humana”¹⁶⁹.

Portanto, a Bioética global apresentada por Potter chama os eticistas médicos à reflexão que considere o significado original de bioética e estendam seus pensamentos e atividades para assuntos de saúde pública em escala mundial. Por este entendimento, os eticistas médicos seriam obrigados a considerar não somente

¹⁶⁶Ibid., p.115.

¹⁶⁷Ibid., p.115.

¹⁶⁸GOLDIM, José Roberto (a). **A evolução da definição de Bioética na visão de Van Rensselaer Potter 1970 a 1998**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioetev.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

¹⁶⁹POTTER, op.cit., p. 115 e 116.

as decisões clínicas do dia-a-dia, mas também todas as consequências no longo prazo das ações que recomendam ou deixam de considerar.¹⁷⁰

De acordo com Potter, a segunda fase da Bioética-ponte é a Bioética global, que é formada a partir de uma ética médica reconstruída em longo prazo, que seria uma ponte com a ética ambiental e suas diretrizes imediatas, e combinadas com ela. Logo, a chamada Bioética global seria “um sistema cuja missão é a definição e o desenvolvimento, em longo prazo, de uma ética para a sobrevivência humana sustentável”. No ano de 1988, essas ideias, baseadas nas de Aldo Leopold, originaram o livro “Bioética global: construindo sobre a herança de Aldo Leopold”, publicado por Potter.¹⁷¹

Se o conceito de “Bioética-ponte” foi o primeiro estágio do pensamento bioético e o segundo estágio foi a Bioética global, Potter, a partir de uma série de dilemas éticos da década de 1990, concluiu que uma ponte entre ética médica e ética ambiental não era suficiente.¹⁷² Assim, o autor afirma que “olhando em direção ao século XXI, precisamos combinar a Bioética profunda¹⁷³, na exploração de ligações entre genes e comportamento ético, com a nova Bioética global que vai além do legado de Aldo Leopold”. Potter pensa em ir além da ideia de uma bioética global que possa unir a amplidão de um diálogo entre Hans Kung e Hyakudai Sakamoto¹⁷⁴.

Potter chama, desde o início, a Bioética de nova disciplina, que

¹⁷⁰Ibid., p.116.

¹⁷¹Ibid., p.116.

¹⁷²Ibid., p.121.

¹⁷³NOTA: Segundo Van Rensselaer Potter, “a idéia básica de “Bioética profunda” foi concebida pelo Prof. Peter J. Whitehouse, da Universidade de Cleveland, Ohio. Ele vê a Bioética profunda como uma dimensão que explora a biopétia mais profundamente que o puro empirismo, enquanto exige distinções interiores do certo e do errado, que não são rapidamente quantificadas” (POTTER, op. cit., p.121). De acordo com as lições de Goldim, “esta utilização foi uma aplicação à Bioética do conceito, proposta pelo Prof. Arne Naess, de Ecologia Profunda. O Prof. Naess propôs o termo “Ecologia Profunda” em 1974, com o objetivo de resgatar a importância do aprofundamento da reflexão dos aspectos éticos ligados à questão ambiental. (GOLDIM (a), op.cit).

¹⁷⁴NOTA: Conforme anota Potter, justificando uma bioética global, “para Hans Kung, o coração da ética global encontra-se no humano e, embora louvável, ele falha em explicitar o respeito pela natureza e pelas culturas fora das culturas judaica e cristã. Não obstante sua ética global não ser bioética, seus preceitos básicos parecem ser aceitáveis para todos”. Potter ainda afirma que o “Prof. Hyakudai Sakamoto, da Universidade Nihon (Tóquio), sinalizou para uma nova fundamentação da bioética asiática. Nesta era pós-moderna, ele disse, é necessário que nossa sociedade globalize a bioética, para o desenvolvimento futuro que nega a universalidade da bioética euroamericana. Comentando atitudes asiáticas, ele observou que a natureza não é algo para ser conquistado, mas algo com que temos de aprender a conviver. Ele conclamou a uma nova e refinada metodologia para a bioética global. (POTTER, op. cit., p.122 e p.123).

combina conhecimento e reflexão. Neste sentido, a Bioética deveria ser vista como uma abordagem cibernética em relação à contínua busca de sabedoria pela humanidade, a qual definiu como “o conhecimento de **como usar** o conhecimento para a sobrevivência humana e para o aperfeiçoamento da condição humana”. (grifo do autor)

Portanto, Potter pede “que pensem em Bioética como uma nova ciência ética que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural, e que potencializa o senso de humanidade”.¹⁷⁵

A *Encyclopedia of Bioethics* (Enciclopédia da Bioética) é vista como a obra fundamental da Bioética. Conforme lecionam Pessini e Barchifontaine¹⁷⁶, na busca do conceito de Bioética, torna-se imperiosa a consulta a esta, que é um dos referenciais desse novo campo do saber humano. Informam esses autores que a Enciclopédia de Bioética foi publicada nos Estados Unidos desde o surgimento do neologismo *Bioethics*, com a primeira edição em 1978, a segunda em 1995 e a terceira em 2004¹⁷⁷.

Pessini e Barchifontaine expressam que a primeira edição da *Encyclopedia of Bioethics* definiu a Bioética como sendo “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”. Já na segunda edição, a definição passou a ter o seguinte conceito: “Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas “*bios*” (vida) e “*ethike*” (ética). Pode-se defini-la como o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar”. Na terceira edição, a definição da revisão antecedente é quem lhe dá a forma, continuando e ampliando os tópicos da edição anterior.¹⁷⁸

Sobre o termo Bioética, Fernando Lolas Stepke¹⁷⁹ esclarece que a tradição mais aceita é aquela que atribui a Potter a introdução do termo na

¹⁷⁵Ibid., p.123 e p.124.

¹⁷⁶PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op.cit., p. 52.

¹⁷⁷Ibid., p. 51.

¹⁷⁸PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op.cit., p.50 a p.56.

¹⁷⁹STEPKE (a), op.cit., p.13.

literatura científica, quando a empregou no seu livro *Bioethic: bridge to the future*, no ano de 1971.

Stepke¹⁸⁰ apresenta o conceito sobre Bioética, encontrado no Dicionário da Real Academia Espanhola, que a define como a “disciplina científica que estuda os aspectos éticos da medicina e da biologia em geral, assim como as relações do homem com os outros seres vivos.”

Segundo Joaquim Clotet¹⁸¹, David Rothman, considerado o primeiro historiador da Bioética, conceitua-a como um movimento. Para Rothman, o movimento é o resultado da aplicação repetida de um impulso sobre um objeto. Os impulsos que originalmente contribuíram para a criação da Bioética foram alguns eventos relevantes que chocaram a sociedade internacional no que diz respeito à medicina e à ética.

No mesmo sentido, Jonsen cita as palavras de Rothman, esclarecendo que “um movimento surge, com freqüência, quando um novo impulso dá vida a um corpo inerte”¹⁸². Aquele autor correlaciona esta citação de Rothman com os fatos ocorridos em Seattle. Ou seja, até o acontecimento de Seattle não havia questionamentos sobre a necessidade de escolha de pacientes para serem submetidos a determinados procedimentos médicos.

Para Jonsen¹⁸³, a Bioética é uma criação do tempo e “foi concebida como uma resposta às novas tecnologias em medicina, mas gestada em uma cultura sensível a determinadas dimensões éticas, de modo especial ao direito dos indivíduos e ao abuso de instituições poderosas.”

David J. Roy entendeu que Bioética é “o estudo sistemático do conjunto das condições exigidas para uma administração responsável da vida humana, ou da pessoa humana, tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias biomédicas”. Roy foi um dos primeiros autores a abordar a questão do progresso das tecnologias aplicadas à saúde como motivador da reflexão ética¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Ibid., p.13.

¹⁸¹ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 34.

¹⁸² JOSEN, op.cit., p. 36.

¹⁸³ JOSEN, op.cit., p. 41.

¹⁸⁴ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

Miguel Kotow¹⁸⁵, tratando da epistemologia na Bioética, defende “que o estudo epistemológico será mais sólido à medida que se reconhecer a Bioética como uma disciplina sistemática, com clara orientação normativa e orientada para a aplicação em um âmbito social específico”. Kotow entende que o que ocorre no âmbito das práticas biomédicas tem consequências às vezes irreversíveis para os pacientes, sujeitos de pesquisas, afetados, ou seja, para os destinatários dessas práticas.

Sendo assim, para Kotow, a Bioética é uma disciplina que mistura conhecimentos teóricos de ética, submetendo-se aos rigores do debate analítico. Trata-se de uma disciplina que “abre-se para o conhecimento empírico e o incorpora à medida que requer para avaliar as realidades, as projeções, os dilemas e as situações problemáticas que ocorrem no âmbito de reflexão”. Desta forma, Kotow afirma que o discurso bioético “se submete a critérios de racionalidade, razoabilidade ou plausibilidade, prudência, coerência interna dos pronunciamentos e coerência externa do que é asseverado em relação aos antecedentes históricos e à realidade social contemporânea”.¹⁸⁶

Para a América Latina, que, segundo Kotow, vive uma cultura própria, diferente das demais, e que se apresenta uniforme entre suas nações-membros, será elaborado um discurso moral que seja natural à região. **Deste** discurso é que nasce a Bioética compromissada como atitude que confronta os problemas da região como, por exemplo, para se aliviar a pobreza e a injustiça que ocorrem no Brasil, para defender o respeito pelos direitos humanos na Argentina, para eliminar políticas corruptas no México, para a solidariedade social sob a proteção de um Estado forte em Cuba, para a recuperação do diálogo civil no Chile.¹⁸⁷

Neste sentido, Stepke ressalta que, na América Latina, o trabalho pioneiro de José Alberto Mainetti, em La Plata, Argentina, Alfonso Llano, em Bogotá, Colômbia, Arnaldo Rosa, em Santiago do Chile, além de outros,

¹⁸⁵KOTTOW, Michael H (a). Bioética prescritiva. A falácia naturalista. O conceito de princípios na bioética. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Orgs.). **Bases conceituais da Bioética: enfoque latino-americano**. Tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nymi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, p. 34 e p. 35.

¹⁸⁶Ibid., p. 35.

¹⁸⁷KOTTOW (a), op. cit., p.42.

propiciou diversas formas de institucionalização da Bioética dentro e fora das universidades tradicionais. Acrescenta Stepke que os colégios e associações profissionais, mesmo confundindo Bioética como uma extensão da ética convencional, como a na medicina, por exemplo, contribuíram para aumentar o interesse público nos temas bioéticos¹⁸⁸.

Esclarece Miguel Kotow¹⁸⁹ que, “como um dos traços característicos da América Latina é a desigualdade, toda ética terá de se inspirar em dois postulados sobre os quais não se pode atingir: a busca de justiça e o exercício da proteção”.

Vale ainda ressaltar que, em relação à América Latina, Stepked afirma que hoje é possível considerar a Bioética tanto um movimento ou processo social, como uma disciplina em busca de reconhecimento acadêmico. Salienta o autor que “é preciso reiterar que alguns dos atributos mais comumente específicos associados a essa disciplina são produtos de sua gênese em uma cultura determinada em um momento específico de sua evolução”. Em razão disto, defende que “convém manter essa precisão, pois uma extrapolação acrítica para o contexto latino-americano poderia ser inadequada, senão nociva.¹⁹⁰

Noutra perspectiva, Wildoberto B. Gurgel, na busca do sentido da Bioética, salienta que, em tempos de sensacionalismo, falar sobre Bioética pode soar como mais um modismo e, desta maneira, ser vista como um espetáculo que precisa ser apresentado sob a forma de um modelo que se dá à imitação, “que não basta ser, mas tem que aparecer como um produto que precisa ser consumido”. De acordo com essa idéia, não haveria como negar que algumas formas de bioéticas não passariam “de um *show*, algo *para inglês ver* ou, como Cazusa & Frejat (2008), uma ideologia para viver”¹⁹¹.

Em razão do exposto, Gurgel não argumenta contra a ideia de que

¹⁸⁸STEPKE (a), op. cit., p.15.

¹⁸⁹KOTTOW (a), op. cit., p. 43.

¹⁹⁰STEPKE (a), op.cit., p.15.

¹⁹¹GURGEL, Wildoberto B. O que é mesmo Bioética? In: MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Meio ambiente, direito e biotecnologia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado.** MINAHIM, Maria Auxiliadora; FREITAS, Tiago Batista; OLIVEIRA, Thiago Pires (Coords.). Curitiba: Juruá, 2010, p. 589.

a bioética seja mais uma coisa da sociedade de espetáculos, justificando que a bioética surgiu como um discurso consolidado justamente nessa época, estando assim relacionada diretamente com as suas conjunturas, tão pouco defende que a bioética se resume a isto. Este autor busca investigar sobre o que se nomeia bioética, priorizando o que chama de sentido oculto do termo, “naquilo que pode resistir tanto ao instante contemporâneo quanto à natureza do espetáculo; que sobrevive aos arroubos dos discursos mais inflamados e eloquentes. O sentido oculto para este autor “tem o mesmo significado de sentido ontológico, aquele que designa as propriedades de um termo cuja valência está para além de suas delimitações consensuais.”¹⁹²

Por fim, Wildoberto B. Gurgel resume, após verificar tantas disparidades e disputas conceituais acerca do termo “Bioética”, afirma: “mais prudente falar de bioética como um movimento que compreende diversas facções e modos de apresentação, dentre os quais, a que apresentei aqui é apenas uma delas, como uma provocação para debate.”

A partir dos conceitos apresentados é possível ter uma compreensão nítida da grande importância do estudo da Bioética no contexto da vulnerabilidade que se apresenta com diversas facetas de acordo com o enfoque que lhe é dado diante dos fatos que ocorrem no cotidiano dos seres humanos. Principalmente quando este ser humano é um menor em fase de desenvolvimento. Nasce nesta circunstância a necessidade de uma análise das vulnerabilidades a que este ser pode estar submetido ao longo do seu processo de desenvolvimento.

2.3.2 Vulnerabilidade: conceitos

A compreensão sobre vulnerabilidade se mostra importante no contexto deste trabalho. O menor, diante de determinadas decisões possíveis, pode

¹⁹²GURGEL, op. cit., p. 590.

encontrar-se na situação de vulnerável, quer por lhe faltar capacidade cognitiva, quer seja por lhe faltar qualquer proteção familiar ou estatal. Assim, mostra-se prudente entender, do ponto de vista da Bioética, o significado do princípio da vulnerabilidade, destacando o seu conceito e buscando identificar a pessoa vulnerável.

A palavra “vulnerável” possui origem no latim *Vulnerabilis*, deriva de *vulnus (eris)* e, na língua portuguesa, significa: que se deixa ou que se pode atingir ou ferir; que pode ser ferido; frágil; sujeito predisposto¹⁹³; significa sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido e a vulnerabilidade, “a qualidade ou estado do que é ou se encontra vulnerável”¹⁹⁴.

Fernando Lolas Stepke e José G. de F. Drumond¹⁹⁵ salientam que, na língua espanhola, o termo “vulnerabilidade”, que denota suscetibilidade a ser prejudicado, ferido, comovido ou de algum modo afetado, tem conotações diferentes conforme o contexto. Dessa forma, alguém seria “vulnerável ao elogio ou ao afago”, ou ainda poder-se-ia dizer que “existem grupos vulneráveis a certas doenças, por possuírem disposição ou tendência a adoecer ou contrair alguma doença”, bem como o termo poderia se referir aos direitos de algumas pessoas ou grupos, “significando que estes podem ser prejudicados, diminuídos ou ameaçados”.

Estes autores partem do pressuposto de que a ideia de vulnerabilidade deve se referir a um determinado contexto. Ao fazerem o exame da vulnerabilidade social, consideram o contexto da análise à ideia de vulnerabilidade referindo-se “à incapacidade de certas pessoas ou grupos, por sua condição relativa na sociedade, de defender ou fazer respeitar seus direitos”, unindo esta ideia “a um defeituoso exercício da reta autonomia”¹⁹⁶.

De início, é de se observar que, no contexto da Bioética, o termo “vulnerabilidade” ganha relevância, na medida em que passa a integrar o vocabulário dos discursos bioéticos.

¹⁹³BORBA, Francisco S. (Org.) e colaboradores. **Dicionário Unesp do Português Contemporâneo**. São Paulo: UNESP, 2004, p.142.

¹⁹⁴HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.1961.

¹⁹⁵STEPKE, Fernando Lolas; DRUMOND, José Geraldo de Freitas (b). **Fundamentos de uma antropologia bioética: o apropriado, o bom e o justo**. São Paulo: Loyola, 2007, p.141.

¹⁹⁶Ibid., p. 141.

A vulnerabilidade também estaria associada à diferença por englobar exclusão ou alijamento de grupos a certos direitos e benefícios. Esta possibilidade é apresentada por Volnei Garrafa e Mauro Prado¹⁹⁷.

Os autores acima partem do pensamento de que o adjetivo “vulnerável” possibilita diversas interpretações e que as mais correntes significariam o lado mais fraco de um assunto ou questão ou ainda o ponto pelo qual alguém pode ser atacado, prejudicado ou ferido. Conforme essas interpretações, o significado atual de vulnerabilidade remeteria “ao contexto de fragilidade, desproteção, desfavor (populações desfavorecidas) e, até mesmo, de desamparo ou abandono”, significando, assim, “a exclusão ou alijamento de grupos populacionais àqueles fatos ou benefícios que possam estar acontecendo no processo do desenvolvimentista mundial”¹⁹⁸.

Garrafa e Prado esclarecem ainda que o sentido do conceito de diferença, hoje universalmente aceito nas ciências sociais, “foi obtido a partir da agudização das lutas das mulheres (a partir dos anos 50), dos negros (anos 60) e dos homossexuais (anos 70), quando ficou demonstrado para o mundo que diferença não significava desigualdade”¹⁹⁹.

Compreendem, dessa maneira, os temas da vulnerabilidade e das diferenças como parte da pauta bioética atual. As razões para tanto seriam as “variadas interpretações, não simplesmente semânticas, mas principalmente filosóficas e também práticas, relacionadas com uma dupla, e algumas vezes antagônica, interpretação dada ao enfoque de moralidade com relação aos mesmos”²⁰⁰.

O que Garrafa e Prado mostram sobre este aspecto é que, na medida em que alguns biotecnólogos defendem a existência de princípios morais universais como apropriados a qualquer conflito ou circunstância, outros dão preferência à tese do relativismo ético, a qual entende que, para cada situação específica, se deve procurar as respostas, as soluções e encaminhamentos considerados mais adequados. Assim, entendem os autores que seriam indispensáveis à discussão, à luz da bioética, sobre o significado de vulnerabilidade dos sujeitos sociais (individual e coletivamente

¹⁹⁷GARRAFA, Volnei; PRADO, Mauro Machado do (c). Mudanças na Declaração de Helsinki: Fundamentalismo Econômico, Imperialismo Ético e Controle Social. In: LINS JÚNIOR, George Sarmiento (Org.). **Direitos humanos e Bioética**. Maceió: EDUFAL, 2002, p. 80-81.

¹⁹⁸GARRAFA; PRADO (c), p. 80-81.

¹⁹⁹Ibid., p. 81.

²⁰⁰Ibid., p. 81.

considerados) e sobre como as transformações observadas com relação ao real significado que se está tentando dar ao conceito de diferença²⁰¹.

Segundo Maria do Céu Patrão Neves, a vulnerabilidade é um termo comum na linguagem corrente que tem vindo a se tornar cada vez mais frequente no discurso bioético e “este processo culminou com a enunciação do **respeito pela vulnerabilidade humana** como princípio na Declaração Universal de Bioética e Direitos do Homem, da UNESCO, aprovada em outubro de 2005”.²⁰² (grifo do autor)

Fernando L. Stepke²⁰³ afirma que, na verificação da vulnerabilidade, em uma dimensão bioética da pesquisa e da prática médica, é preciso considerar condições culturais, sociais, educacionais, econômicas e de natureza interpessoal, e não apenas a situação de risco indevido ou desconhecido, uma vez que o enfoque analítico com ênfase no contexto seria mais apropriado.

Este autor constata que, embora a vulnerabilidade seja comumente associada com populações especiais, como, por exemplo, as crianças, pacientes psiquiátricos e pessoas inconscientes, existem diversas outras formas de vulnerabilidade, entre as quais, a cultural, associada à ignorância; de caráter social, inculcada por figuras de autoridade; a hierárquica, no caso de indivíduos dependentes e a econômica, se a privação torna mais maleável o assentimento. Entretanto, nem todas seriam capazes de caracterizar igualmente as populações chamadas de vulneráveis e que, na prática, é difícil identificar a vulnerabilidade e seus componentes, especialmente porque, além de complexa, a vulnerabilidade estaria submetida a mudanças imprevisíveis²⁰⁴.

Michael H. Kottow²⁰⁵ revela dois tipos de vulnerabilidade: existencial ou primária e a vulnerabilidade adquirida ou secundária.

Nesta linha de pensamento, a primeira, denominada de básica ou

²⁰¹Ibid., p. 81.

²⁰²NEVES, Maria do Céu Patrão (a). **Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio**. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. (Orgs.) Bioética, Vulnerabilidade e Saúde. São Paulo: Ideias e Letras: São Camilo, 2007, p. 29.

²⁰³STEPKE, Fernando Lolas (c). **Bioética e Medicina**: aspectos de uma relação. Tradução Gilmart Saint Clair Ribeiro. São Paulo: Loyola, 2006, p. 88.

²⁰⁴Ibid., p.88 e p.89.

²⁰⁵KOTTOW, Michael H (b). Bioética: Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo. (Orgs.). **Bioética, Poder e Injustiça**. São Paulo: São Camilo, Loyola, p.72.

intrínseca à existência humana, considera que ser vulnerável significa estar suscetível a, ou em perigo de, dano. Dessa forma, basta estar vivo para ser vulnerável, pois “estar vivo é uma improbabilidade biológica altamente vulnerável a perturbações e à morte”. A segunda, considerada como uma vulnerabilidade adicional, que afeta alguns indivíduos por forças das “circunstâncias desfavoráveis nas quais a pobreza, a falta de educação, as dificuldades geográficas, as doenças crônicas e edêmicas ou outros infortúnios os tornam ainda mais vulneráveis”²⁰⁶.

Para Kottow, a vulnerabilidade primária, diz respeito à existência humana. Assim, todos estão sujeitos a esta forma, entretanto, “só os infelizes padecem da segunda”, a qual classifica de vulnerabilidade secundária, que “é circunstancial e marcada pela destruição, pode ser útil entender que a forma derivada de ser vulnerável é, na verdade, um estado de predisposição a sofrer mais dano”.²⁰⁷

Logo, a “vulnerabilidade adquirida ou secundária cria a suscetibilidade a ser afetado pelo infortúnio causado por alguma aflição subjacente”. Assim, sujeitos vulneráveis devem ser protegidos, ao passo que os predispostos à vulnerabilidade precisam de assistência para remover a causa de sua fraqueza. “A destituição alimentar, a impotência e a perda de capacidade, criando muitas vezes obstáculos insuperáveis ao florescimento humano mesmo mínimo”.²⁰⁸

Para Hans-Martin Sass²⁰⁹, a promoção da educação em saúde é uma possibilidade para enfrentar a doença e a vulnerabilidade; dessa forma, entende que, através do desenvolvimento cultural e social, é possível proteger as pessoas da vulnerabilidade. Propõe a promoção da alfabetização para a saúde e da responsabilidade pela saúde como instrumento para dotar as pessoas em situação de infortúnio e injustiça de oportunidades e opções de autodeterminação. Acredita

²⁰⁶KOTTOW (b), op. cit., p.72.

²⁰⁷KOTTOW (b), op. cit., p. 72 e 73.

²⁰⁸NOTA: Complementa ainda Kottow que a vulnerabilidade intrínseca às vidas humanas “também foi reconhecida por filósofos, políticos que propuseram ordens sociais destinadas a proteger da violência à vida, à integridade corporal e à propriedade (Hobbes), ou a proteger os indivíduos da violação de direitos básicos (Mill)”. Contudo, esta proteção “parte da ideia de que todos são igualmente vulneráveis”. (KOTTOW (b), op.cit., p. 72).

²⁰⁹SASS, Hans-Martin. Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo. (Orgs.) **Bioética, Poder e Injustiça**. São Paulo: São Camilo, Loyola, p.79-85.

que “as culturas e as estruturas sociais e políticas foram desenvolvidas justamente para combater a vulnerabilidade e a exploração”, pois a vulnerabilidade é vista em um panorama mais amplo como *conditio* humana.

Ruth Macklin²¹⁰ acrescenta, à noção de vulnerabilidade, a exploração. Segundo a autora, o que torna indivíduos, grupos e mesmo países inteiros vulneráveis e o porquê da vulnerabilidade constituir uma preocupação da bioética é que estes indivíduos, grupos vulneráveis estão sujeitos à exploração, o que é moralmente errado. Destarte, seria necessário determinar que critérios dever-se-iam usar para estabelecer quem são as pessoas e grupos vulneráveis que se pretende proteger, assim como o que pode ser considerado exploração, sem que esta proteção seja paternalista.

Segundo Goldim²¹¹, ao pontuar aspectos éticos, morais e legais nas pesquisas e na vulnerabilidade, ensina que “o reconhecimento da fragilidade da vida humana e da responsabilidade social compartilhada de todos para com todos remete para uma nova visão de proteção ativa e dinâmica dos participantes da pesquisa, não mais a simples exclusão *a priori*”. Completa o autor, sugerindo que “devem ser continuamente avaliadas as circunstâncias que podem afetar negativamente a liberdade necessária ao processo de tomada de decisão, construindo, desta forma, riscos adicionais, além dos previstos a todos os demais participantes”.

Em face do empenho em definir rigorosamente o significado e a noção de vulnerabilidade no domínio específico da Bioética, Maria do Céu Patrão Neves²¹² apresenta três sentidos que este termo pode assumir: como característica particular (de pessoas e grupos); como condição (humana) universal e como princípio (ético) internacional.

No primeiro sentido²¹³, a vulnerabilidade é apresentada como característica, em uma função adjetivante. Dessa maneira, a qualificação de pessoas e populações como vulneráveis imporia a obrigatoriedade ética de sua

²¹⁰MACKLIN, Ruth. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo. (Orgs.) Bioética, Poder e Injustiça Bioética, Poder e Injustiça. São Paulo: São Camilo, Loyola, 2004, p. 59-p. 63.

²¹¹GOLDIM, José Roberto (b). **Vulnerabilidade e Pesquisa Aspectos Éticos, Morais e Legais**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnepes.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

²¹²NEVES (a), op.cit., p. 29 a 44.

²¹³Ibid., p. 29 a 35.

defesa e proteção. Assim, não seriam feridas, maltratadas nem abusadas. Este seria o entendimento contido no Relatório Belmont, constante na secção sobre seleção de sujeitos, em que a vulnerabilidade viria a ser predominantemente tematizada pela Bioética na experimentação humana, preconizando também as principais modalidades de ação tendentes à sua superação ou eliminação. A base para atingir tais funções estaria na afirmação de que a proteção dos vulneráveis deveria ser assegurada pelo cumprimento dos três princípios éticos básicos: no respeito pelas pessoas (e deste decorrendo o consentimento informado), na beneficência e na justiça.

Quanto ao segundo sentido²¹⁴, a vulnerabilidade é apresentada como substantivo. Logo, descreve a realidade comum do homem, de característica universal e indelével, de fator de igualdade entre todos, com atenção constante também no plano da assistência clínica e das políticas de saúde onde é possível a solicitação da responsabilidade e da solidariedade. Este entendimento teria surgido a partir do desenvolvimento da Bioética na Europa continental na década de 80, decorrente da reflexão de Emmanuel Lévinas e Hans Jonas.

De acordo com as lições de Maria do Céu Patrão Neves, Lévinas teria sido o primeiro a tematizar filosoficamente a vulnerabilidade como subjetividade²¹⁵. Esta “subjetividade é, pois, originária, irredutivelmente, da dependência, exposição ao outro e, por isso, vulnerabilidade”²¹⁶. É definida no plano ético como apelo a uma relação não violenta entre o eu e o outro. Ou seja, a subjetividade, ao surgir em resposta ao chamamento do outro, apresenta-se como vulnerabilidade, assim pode ser ferida pelo outro e, como responsabilidade, respondendo positivamente ao outro, e sempre como apelo a uma relação não violenta²¹⁷.

Neste sentido, Lévinas traz a visão de vulnerabilidade que passaria a integrar o vocabulário filosófico, sendo vista como “realidade constitutiva do homem,

²¹⁴Ibid., p. 35 e 36.

²¹⁵NOTA: A autora leciona que Lévinas define filosoficamente vulnerabilidade: “sendo a subjectividade levinassiana, sendo o eu, sempre posterior à alteridade, ao outro que existe necessariamente antes do eu e que chama o eu à existência, então toda a subjectividade é em relação com outro, na dependência ao outro que o faz ser. A subjectividade é, pois, originária e irredutivelmente dependência, exposição ao outro e, por isso, vulnerabilidade” (LÉVINAS, Emanuel. **Humanismo do outro homem**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, 1972, p. 104). In: NEVES (a), op. cit., p. 36.

²¹⁶NEVES (a), op.cit., p. 36.

²¹⁷Ibid., p. 36.

como condição universal da humanidade e como indissolavelmente ligada à responsabilidade, no seu sentido etimológico de **resposta**²¹⁸. (grifo do autor)

Neves leciona ainda que a significação filosófica da vulnerabilidade para H. Jonas estaria no seu entendimento como carácter perecível de todo ser existente. Ou seja, sendo o existente todo ser vivo perecível e, portanto, finito e mortal, apresenta-se também como originário e irredutivelmente vulnerável. A vulnerabilidade, assim delineada, não seria mais específica ao homem, mas comum a todo o existente, exprimindo a natureza do vivente e “o homem, tal como os demais viventes, é, pois, natural e ontologicamente vulnerável”²¹⁹.

Válido, ainda ressaltar que, de acordo com Maria do Céu, a reflexão de H. Jonas situa-se no plano ético, de modo que a vulnerabilidade apela ao dever, exigindo uma resposta ética, ou seja, a responsabilidade do outro perante a ameaça de perecimento existente. Por isso, sendo a vulnerabilidade universal do existente, a ação ética não incidiria apenas sobre o homem, não se restringido às relações interpessoais, mas se estende a todos os viventes e seus habitantes, alargando assim reflexão ética ao plano animal, vegetal e ambiental. Entretanto, esta dimensão ética permaneceria específica do homem, pois, apesar da natureza ser vulnerável, compete ao homem zelar pela vulnerabilidade, já que esse tem maior poder de destruição de todo o existente²²⁰.

Deste modo, a vulnerabilidade é entendida como condição universal do vivente, consolidando “no vocabulário da filosofia europeia continental como domínio inalienável do agir humano, impondo a responsabilidade como norma de acção moral”. Dentro desta construção, a noção que surge da vulnerabilidade é sempre como substantivo, e nunca como adjetivo. “Por isso, não pode ser compreendida ou utilizada como um factor de diferenciação entre pessoas e populações, tal como se verificava na sua aceção como característica”²²¹.

A autora resume este segundo sentido²²², afirmando que são significativas as diferenças entre os referenciais circunstanciais à vulnerabilidade de

²¹⁸Ibid., p. 36.

²¹⁹Ibid., p. 36 e 37.

²²⁰NEVES (a), op. cit., p. 37.

²²¹Ibid., p.36 e 37.

²²²Ibid., p.39.

expressão anglo-americana e a sua frequente tematização na Bioética de expressão europeia, embora complementarmente articuláveis.

Identifica essas diferenças ao observar que a vulnerabilidade passa de função adjetivante, qualificadora de alguns grupos e pessoas, para ser assumida como substantivo, que descreve a realidade comum do homem; passa de característica contingente e provisória para a condição universal e indelével; passa de fator que diferencia populações e indivíduos para um fator de igualdade entre todos; passa da consideração privilegiada do âmbito da experimentação humana, para dar atenção também na assistência clínica e nas políticas de saúde; passa de uma exigência de autonomia e da prática do consentimento informado para a solicitação da responsabilidade e da solidariedade²²³.

Por fim, no terceiro sentido, a vulnerabilidade é apresentada como princípio (ético) universal. Neste sentido, reuniria, de forma harmoniosa, os sentidos adjetivante e substantivo. Estaria contido no artigo 8º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos²²⁴, onde a vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração não apenas na aplicação do avanço do conhecimento científico, mas também nas práticas médicas e suas tecnologias associadas, protegendo-se indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica, respeitando-se ainda a integridade individual de cada um²²⁵.

A partir da Declaração de Barcelona, a formulação da vulnerabilidade surgiria pela primeira vez juntamente com a autonomia, a dignidade e a integridade, considerados como princípios éticos básicos da Bioética e direitos europeus. A partir deste documento, a vulnerabilidade é apresentada de forma a exprimir as ideias da condição humana na sua universalidade e a caracterização particular de alguma pessoa²²⁶.

²²³Ibid., p. 39.

²²⁴NOTA: “Artigo 8º – Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Pessoal: A Vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.” DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. UNESCO). In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (d). (Orgs.) **Bases conceituais da Bioética: enfoque latino-americano**. Tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nymi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, p. 262.

²²⁵NEVES (a), op.cit., p. 39.

²²⁶Ibid., p. 41 a 44.

Com efeito, Maria do Céu Patrão Neves²²⁷ aponta ainda que, desta forma, estaria a vulnerabilidade resguardando a dignidade humana em situações de fragilidade nos três níveis em que a Bioética se desenvolve, ou seja, na experimentação humana, na prática clínica e nas políticas de saúde e de investigação biomédica.

Essa autora²²⁸ afirma, focando o entendimento da vulnerabilidade como princípio, que este “excede a lógica preponderante da reivindicação dos direitos que assistem às pessoas, pois anuncia a lógica da solicitude dos deveres que competem a todas, que visa a complementar “uma consolidada ética dos direitos, assente na liberdade do indivíduo e desenvolvida pelo reforço da autonomia, e uma urgente ética dos deveres, assente na responsabilidade do outro e desenvolvida pelo reforço da solidariedade.”

Emmanuela Vilar Lins²²⁹, em abordagem sobre a vulnerabilidade humana como princípio, defende que a superação da vulnerabilidade se constitui, juntamente com a proteção geral específica, em um estado ideal de coisas a ser promovido pela sociedade, através da adoção de condutas e comportamentos que possam atingir este objetivo. Para essa autora, a afirmação de que a vulnerabilidade é um princípio “implica concordar que esta dimensão possui um conteúdo cognitivo, do qual se extraem os elementos que devem ser considerados em uma decisão, a meta a ser promovida e as espécies de condutas que devem ser implementadas”.

Ela leciona que, com a pós-modernidade, os princípios passam a ter características mais precisas e finalidade bem demarcada na ética e no direito. Assim, extrapolam a fronteira de auxiliar outras normas e se constituem em pilares norteadores da sociedade de tal forma que obrigam e vinculam²³⁰.

Como bem explica Emmanuela Vilar Lins, é fundamental especificar conceitualmente e delinear a meta que visa ou o estado de coisas que um princípio intenciona promover, inclusive os reais efeitos pretendidos com a afirmação de sua existência. Dentro desta construção, importa o conteúdo mínimo do princípio da

²²⁷Ibid., p. 43.

²²⁸Ibid., p. 44.

²²⁹LINS, Emmanuela Vilar. **As dimensões da vulnerabilidade humana**: como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico. Salvador: 2007. Dissertação de Mestrado em Direito pela UFBA, p.152 e 147.

²³⁰LINS., op. cit., p.152.

vulnerabilidade, que contenha o equilíbrio entre a especificação e a abertura do comando obrigacional necessário à promoção do fim que se busca, cujos meios necessários a concretizá-lo se configure a cada tempo, espaços, sujeitos e circunstâncias. Assim, o equilíbrio entre especificidade e generalidade do princípio da vulnerabilidade está no seu conteúdo cognitivo mínimo que “encontra-se na descrição dos fins que o princípio impinge, e a fluidez se perfaz na não determinação prévia dos comportamentos a serem concretizados”²³¹.

Deste modo, a vulnerabilidade é elevada ao patamar de norma principiológica, a fim de “garantir que a proteção e superação das fragilidades e limitações humanas, em todos seus aspectos e manifestações, sejam uma busca permanente dentro do seio social, como caminho indelével da dignidade dos seres humanos e da humanidade”²³².

Lins assevera que o conteúdo mínimo do objetivo a ser alcançado, extraído da vulnerabilidade universal, é justamente o reconhecimento, por todos os homens, das limitações e fragilidades compartilhadas, impondo estas a solidariedade e o cuidado para com o outro. Neste sentido, “o individual abre-se para o coletivo como caminho único para a permanência da humanidade na terra”.²³³ Afirma ainda esta autora que, “em face da vulnerabilidade acrescida, o conteúdo mínimo que desponta é o reconhecimento de fragilidades e limitações encontradas em certas circunstâncias, as quais estão associadas à debilidade da autonomia”²³⁴.

²³¹ Ibid., p.153.

²³² Ibid., p.153.

²³³ LINS, p.153 e 154.

²³⁴ NOTA: Emmanuela Lins ensina que as teorias bioeticistas “priorizaram algum aspecto da vulnerabilidade; a ética de Lévinas fala apenas em vulnerabilidade universal, e a Bioética Principialista e a Bioética da América Latina estão focadas nas vulnerabilidades acrescidas”. Para a autora, ao longo de sua pesquisa, constatou que “uma interdependência entre as duas dimensões da vulnerabilidade ficou clara”. Assim, conclui que “se em face da vulnerabilidade universal, o individual abre-se para o coletivo, em face da vulnerabilidade acrescida, o coletivo abre-se para o individual”. Neste desiderato, acrescenta que “a vulnerabilidade universal impõe que as ações protetoras tenham um caráter geral, por todos atingirem; e continuando, por se tratarem de condições da humanidade impossíveis de superação, trata-se das soluções vilipendiadas ao se refletir sobre as vulnerabilidades universais. Assim, hábeis para proteger as vulnerabilidades universais são as ações que promovam o reconhecimento do valor incondicional de todo ser humano, e aquelas que protegem todos os seres humanos das condições de fragilidade e limitação”.

Quanto às vulnerabilidades acrescidas, a autora revela que “o princípio da vulnerabilidade, ao abarcar as vulnerabilidades acrescidas, também impõe a consecução de ações de caráter peculiar, específico e, em algumas circunstâncias, afirmativo, devendo apenas os atingidos por limitações e fragilidades em seu aspecto adstrito aos riscos acrescidos, caracteriza-se por adotar comportamentos que visem a restabelecer a igualdade material entre os indivíduos, na busca de dotá-los de mesmas

Conforme as palavras de Emmanuela Vilar Lins²³⁵, “compreendendo-se a universalidade da vulnerabilidade humana diante de tantos aspectos, pode-se concluir que, nesta hipótese, a vulnerabilidade é de fato inerente ao ser, intrínseca à sua natureza e, pois, condição de sua existência”. Acrescenta ainda “que mesmo que todos os seres humanos sejam propensos a certos riscos e lesões, nem todos o são da mesma forma e intensidade”. Neste sentido, pode-se também refletir: “Quando todos são vulneráveis, ninguém pode ser protegido”²³⁶.

Na análise que faz sobre o fato de que não só de vulnerabilidades universais é feita a humanidade, Lins²³⁷ alerta que, apesar de todo homem se constituir em corporeidade e ter sua existência finita, por ser frágil, sensível e possível de ser machucado, ferido, “nem todos são passíveis de sucumbir a uma infecção, por exemplo”. Justifica esse entendimento, apresentando os ensinamentos de Nancy S. Jecker, ao considerar “que existem pontos de fragilidades peculiares que atingem apenas uma parcela da população, constituindo-se em vulnerabilidades não universais”²³⁸.

Importa destacar que Emmanuela Vilar Lins defende a vulnerabilidade como princípio, “como forma de solucionar as antinomias decorrentes do não reconhecimento da dupla dimensão da vulnerabilidade. A vulnerabilidade, neste sentido, implica a exigência de sempre serem vislumbrados, com igual importância, os problemas que a todos se acometem, partilhados apenas por alguns. Neste desiderato, o princípio da vulnerabilidade” determina a consideração de todas as dimensões da vulnerabilidade humana”²³⁹.

A proteção a grupos classificados como vulneráveis pode se dar através do direito. O esforço para se garantir essa proteção nas leis nem sempre é acompanhado do mesmo esforço para torná-la efetiva.

oportunidades (LINS, op.cit., p.154, 155 e 157).

²³⁵Ibid., p.14.

²³⁶NOTA: Esta é uma assertiva da Professora Doutora Mônica Aguiar (UFBA), produzida em meio às orientações desta dissertação, que revela a importância da análise da vulnerabilidade enquanto princípio, que não estreita a visão da vulnerabilidade vista apenas de forma universal, utilizada como um fator de diferenciação entre pessoas e populações, onde a vulnerabilidade é vista como algo comum a todos os viventes (como explica Maria do Céu Patrão Neves ao lecionar sobre a significação filosófica de H. Jonas já descrita neste trabalho).

²³⁷LINS, op.cit., p.14.

²³⁸LINS, op.cit., p.14.

²³⁹Ibid., p.156.

Stepke e Drumond²⁴⁰ entendem que “direitos e deveres são, por fim, ferramentas sociais, conceitualizações úteis para abordar a prevenção das distinções sem diferenças ou das diferenças reais que justificam correção e compensação”. Neste desiderato, os direitos também servem para promover a redução do sofrimento que a vulnerabilidade social pode causar.

Esta proteção é necessária, tendo em vista que, normalmente, os grupos de pessoas vulneráveis são discriminados e têm seus direitos negados. Assim, a proteção através do direito não nega a necessidade de políticas sociais adequadas, que visem a combater o estado de vulnerabilidade, mas sim como instrumento que objetiva garantir direitos fundamentais, exigir a existência e a efetivação dessas políticas.

Do exposto, se pode extrair que a vulnerabilidade pode ser entendida sob diversas formas conforme o contexto da análise que se faz. Assim, Goldim²⁴¹ revela que a vulnerabilidade pode ser entendida como suscetibilidade, fragilidade, desigualdade, proteção adicional, compartilhamento de responsabilidades, solidariedade, exclusão protetora, redução da voluntariedade, restrição à espontaneidade, restrição da autonomia, da capacidade e da autodeterminação. Acrescenta-se, ainda, o seu entendimento como princípio.

2.3.3 Vulnerabilidade: uma abordagem principiológica

A partir das lições de Emmanuela Vilar Lins²⁴² de que “a vulnerabilidade preenche todos os requisitos necessários a se conformar um princípio bioético-jurídico” e do contexto de sua pesquisa sobre o assunto, poderá se verificar uma abordagem que melhor identifica a vulnerabilidade como princípio.

Em breve contexto histórico, Lins²⁴³ revela que o objetivo de proteger e superar as fragilidades e limitações humanas é encontrado em diversas teorias

²⁴⁰STEPKE; DRUMOND (b) op. cit., p.149 e 150.

²⁴¹GOLDIM (b), op.cit., 2010.

²⁴²LINS, op.cit., p.147.

²⁴³Ibid., p.148.

bioeticistas durante as últimas décadas. Assim, como pôde se visto no tópico anterior, diversas são as formas de entender a vulnerabilidade, inclusive nas mais influentes.

Diversos são os autores que referenciam a vulnerabilidade. Segundo Lins²⁴⁴, Lèvinas lança sua ética no reconhecimento da vulnerabilidade e Van Potter tem a sua Bioética desencadeada pela vulnerabilidade oriunda das novas tecnologias e descobertas humanas. Já a Bioética Principlista baseia-se no reconhecimento da necessidade de proteger os indivíduos e, dentre eles, os mais vulneráveis. Na Bioética Latino-Americana, se fazem presentes as fragilidades e limitações, vistas como preocupações fundamentais de uma ética prática. Nesse contexto é que a autora afirma, com propriedade, que, “por uma ou por outra corrente, a Bioética sempre versou sobre a vulnerabilidade humana, tornando-a uma constante em suas formulações argumentativas e decisões”.

No plano constitucional, é lembrado por Lins²⁴⁵ que, desde a Carta Magna de 1824, que se observam objetos de proteção às vulnerabilidades, como a abolição das penas crueis (exceção aos escravos), celas mais arejadas e limpas para os presos. Na legislação infraconstitucional, essa proteção é observada na inserção do *habeas corpus* no Código de Processo Penal, ou ainda a exigência de um juiz para se dar uma condenação, que esse Diploma faz, assim como quando determina a obrigatoriedade do contraditório no processo, reduzindo o poder estatal. Soma-se também a Lei Euzébio de Queiroz, a qual promoveu a extinção da escravidão, proibindo a coisificação do homem e sua exploração. Quanto às leis trabalhistas, Lins também lembra que a vulnerabilidade foi o principal fundamento para sua existência, quando era denominada de hipossuficiência, requerendo ações especiais que proibissem a exploração de mão-de-obra e as lesões físicas e emocionais da relação de trabalho.

Mas Lins²⁴⁶ esclarece que o objetivo de proteger e superar as fragilidades e limitações não decorre de redação expressa na Constituição Federal, mas da interpretação sistêmica pautada no paradigma da dignidade humana.

²⁴⁴Ibid., p.149.

²⁴⁵Ibid., p.149.

²⁴⁶LINS, op. cit., p.149 e p.150.

Expressamente, há referência à vulnerabilidade nas legislações infraconstitucionais, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), segundo a autora, é o único texto normativo brasileiro que traz a vulnerabilidade como princípio. Os demais dispositivos referem a vulnerabilidade em sua dimensão secundária, como ocorre com o decreto que regulamenta o bolsa família (Decreto 5209/2004), que liga a vulnerabilidade à pobreza e à carência, sendo estas as condições para ser beneficiário.

O objetivo do princípio da vulnerabilidade é afastar o egoísmo, estabilizar as relações para que os homens não se tornem constantes alvos de riscos e lesões²⁴⁷. Assim, quando elevado ao patamar de norma principiológica, o propósito é “garantir que a proteção das fragilidades e limitações humanas, em todos os seus aspectos e manifestações, seja uma busca permanente dentro do seio social, como caminho indelével da dignidade dos seres humanos e da humanidade”²⁴⁸.

Quanto à necessidade de ponderação entre as vulnerabilidades universais e específicas, Lins ressalta que o princípio da vulnerabilidade se torna hábil a produzir um equilíbrio. Para a autora, considerando a “força que estas duas dimensões da vulnerabilidade exercem, é possível garantir igual respeito entre o espaço de diferença e o espaço de igualdade, fundamentais à promoção da dignidade humana”²⁴⁹.

Emmanuela Vilar Lins defende “integrar o princípio da vulnerabilidade aos demais elementos e pilares descritos na Bioética de proteção, com o duplo conteúdo cognitivo que ele contém, implicando isto em não trazer qualquer grau de procedência entre as proteções universais e as acrescidas”.²⁵⁰ Propõe ainda que o princípio da vulnerabilidade seja reconhecido como “direito fundamental decorrente do paradigma da dignidade humana, o qual deve ser sopesado com os demais postulados, regras e princípios que constituem o sistema jurídico pátrio”.²⁵¹

²⁴⁷ Ibid., p.152.

²⁴⁸ Ibid., p.153.

²⁴⁹ Ibid., p.162.

²⁵⁰ LINS, op. cit., p.167.

²⁵¹ Ibid., p.168.

Quanto a este entendimento, é o que se deve acompanhar, pois, como demonstra Lins, “os brasileiros podem exigir do Estado, e uns dos outros, a proteção e a superação de suas vulnerabilidades, por se tratar de um direito subjetivo fundamental”²⁵².

Diante dessas ideias, não há que olvidar que afastar o menor das suas vulnerabilidades – sejam a falta de condições adequadas de saúde, moradia, alimento, educação e as particulares dificuldades delas decorrentes – pode indicar a possibilidade da identificação de alguns direitos fundamentais que lhe possam ser negados. O princípio da vulnerabilidade, conforme a proposta de Lins, abrange as dimensões da vulnerabilidade humana, permitindo eleger os fatos que possam proteger os indivíduos de suas vulnerabilidades e afastar aqueles que ampliam o risco de lesão ou exploração ou negam a proteção, como bem ensina a referida autora.²⁵³

2.3.4 Adolescente vulnerável

Parte dos adolescentes brasileiros está suscetível à falta de oportunidades educacionais e profissionais, a mortes violentas, relações sexuais precoces desprotegidas e trabalho infantil, conforme dados apresentados pelo Relatório da Situação da Infância 2011. Essas vulnerabilidades são vistas como alguns dos principais riscos que podem impedir que os adolescentes desenvolvam suas capacidades na transição para a vida adulta. Se não bastassem todas essas questões, os adolescentes brasileiros também estão sob o risco de alguns desafios globais, tais como mudança climática, que promovem catástrofes naturais, tirando-lhes, por exemplo, a moradia, as incertezas econômicas a que são submetidos e lhes tiram oportunidades de uma vida social melhor²⁵⁴.

No Brasil, os adolescentes tornam-se o grupo etário mais vulnerável

²⁵²Ibid., p.173.

²⁵³Ibid., p.173.

²⁵⁴UNICEF, op. cit., p. 7.

em relação a determinados riscos, como redução dos níveis de qualidade de vida, a violência, o desemprego e subemprego e a degradação ambiental. Quando são levadas em consideração outras dimensões da iniquidade além da idade, como renda, condição pessoal, local de moradia, gênero, raça ou etnia, as oportunidades para eles são ainda mais escassas²⁵⁵.

Os dados disponíveis sobre a situação do adolescente brasileiro comprovam que a falta de igualdade, ou seja, a iniquidade, é um dos principais fatores que impedem que os adolescentes mais pobres e vulneráveis continuem sua escolarização, e os expõem a situações de abuso, exploração e violência²⁵⁶. Válido ressaltar que o acesso igualitário a direitos é imprescindível para o desenvolvimento dos adolescentes, e a iniquidade, uma barreira ao cumprimento de seus direitos instituídos pela Convenção sobre os Direitos da Criança e outros instrumentos²⁵⁷.

A importância de se perceber a iniquidade relacionada à adolescência está no fato de possibilitar identificar os adolescentes mais vulneráveis em cada sociedade. No caso do Brasil, por ser um país de grande dimensão geográfica e constituído de regiões com características culturais distintas, a promoção de oportunidades igualitárias direcionadas a oferecer-lhes as mesmas oportunidades, que viabilizem o seu crescimento e desenvolvimento, requer que a oferta de políticas e serviços alcance os adolescentes mais vulneráveis. Hoje, isto não ocorre de forma igualitária, seja em razão de questões relacionadas à renda, à condição pessoal, à raça e etnia ou mesmo ao local onde vivem²⁵⁸.

²⁵⁵NOTA: Segundo o relatório da UNICEF, no Brasil, “atualmente, 38% dos adolescentes brasileiros vivem em situação de pobreza, enquanto esse percentual é de 29% em relação à média da população. Já as crianças e os adolescentes afrodescendentes são os mais afetados pela pobreza, elevando esse número para 56%. Mesmo nas regiões Sul e Sudeste, onde a pobreza é considerada menor do que nas demais regiões, crianças e adolescentes negros têm 70% a mais de chances de ser pobres do que os brancos. Na Região Amazônica, 56,9% das crianças e adolescentes são afetados pela pobreza, e, no Semiárido, esse percentual é de 67,4%.” (UNICEF, op.cit., p. 7).

²⁵⁶Ibid., p. 7 e 8.

²⁵⁷Ibid., p.8.

²⁵⁸NOTA: De acordo com a UNICEF, “para se ter ideia de como as disparidades regionais e étnico-raciais afetam a vida dos adolescentes, os dados da Pnad 2009 revelam que o analfabetismo entre adolescentes negros de 12 a 17 anos é quase duas vezes maior do que entre brancos. Um adolescente negro de 12 a 17 anos tem 42% mais de chances de estar fora da escola do que um adolescente branco na mesma faixa etária. Quando se compara a educação na cidade e no campo, observa-se que o nível de escolaridade dos jovens entre 15 e 29 anos da zona rural era 30% inferior ao dos jovens da zona urbana (UNICEF/SIAB 2009). O analfabetismo também continua sendo um desafio regional, sendo que, entre o grupo de crianças e adolescentes de 7 a 14 anos, 1,8 milhão está nessa condição, assim como 647 mil adolescentes e jovens de 15 a 24 anos, e a grande maioria

No Brasil, devido a sua diversidade e disparidade regional, étnica, cultural e socioeconômica, há áreas geográficas em que os adolescentes são mais vulneráveis aos riscos aqui mencionados. Portanto, não é difícil perceber que se torna mais apropriado compreender as adolescências brasileiras considerando os diferentes contextos e evidenciando as desigualdades vivenciadas pelos adolescentes brasileiros. Sendo assim, não há como tratá-los como um grupo homogêneo quando se sabe que as regiões Norte e Nordeste, particularmente no Semiárido e na Amazônia, e as periferias urbanas são áreas geográficas onde os adolescentes são mais vulneráveis, possuindo indicadores sociais mais críticos²⁵⁹.

Sônia Rocha destaca que, em relação à pobreza, um conjunto significativo de estudos e pesquisas sobre o tema, desenvolvidos nos últimos 20 anos, sendo que “o desafio que se coloca hoje é, essencialmente, o de priorizar o gasto social focalizado nos mais pobres e garantir a capacidade operacional para implementar e monitorar políticas antipobreza”²⁶⁰.

Indicadores da realidade brasileira ainda demonstram que é necessário que cada adolescente brasileiro seja beneficiado, de fato, pelas políticas públicas e tenha acesso a serviços que propiciem seu desenvolvimento integral, sendo este um grande desafio a ser superado. Mas, o maior desafio ainda é a redução das desigualdades, que contribui para diminuir ou mesmo eliminar as vulnerabilidades a que os adolescentes estão sujeitos²⁶¹.

encontra-se na região Nordeste – cerca de 54% e 62%, respectivamente (SIS 2010)”. (UNICEF, op. cit., p. 8).

²⁵⁹NOTA: De acordo com a UNICEF, “atualmente, 13 milhões de crianças e adolescentes vivem no Semiárido brasileiro, onde a população de 12 a 17 anos soma cerca de 5 milhões de pessoas. A população dessa região é extremamente afetada pelas condições climáticas desfavoráveis, falta de acesso à água potável, saneamento, educação e serviços de saúde de qualidade. No Nordeste, o percentual de adolescentes de 15 a 17 anos fora da escola chega a 16% e o percentual da população de 12 a 17 anos não alfabetizada é quase o dobro da média nacional”. “Outros 9 milhões de crianças e adolescentes moram na Amazônia Legal brasileira, uma região marcada pela diversidade étnica e social e que concentra a maioria da população indígena do País. Cerca de 2 milhões de adolescentes de 15 a 17 anos habitam a região, muitas vezes em localidades remotas, acessíveis apenas por viagens de barco. São locais onde a disponibilidade de serviços voltados a essa população ainda é um desafio a ser superado. Os adolescentes dessas localidades frequentemente encaram situações ligadas à falta de moradia, saneamento e escola e são expostos aos riscos provocados pela mudança climática e, portanto, cada vez mais afetados pelos desastres naturais”. (UNICEF, op. cit., p.8).

²⁶⁰ROCHA, op. cit., p.173.

²⁶¹NOTA: De acordo com a UNICEF, “as regiões metropolitanas do Rio de Janeiro e de São Paulo são áreas de maior concentração populacional no Brasil. Do total de 18 milhões de habitantes das duas cidades, aproximadamente 9 milhões têm menos de 18 anos (7 milhões com até 14 anos; 2 milhões com idade entre 15 e 17 anos). Adolescentes que vivem nessas áreas enfrentam problemas ligados à

CAPÍTULO III

3 AUTONOMIA E CONSENTIMENTO INFORMADO

3.1 CONCEITO DE AUTONOMIA

A palavra “autonomia” está associada à ideia da capacidade de governar-se pelos próprios meios. Envolve o direito de um indivíduo de tomar decisões livremente, regendo-se por leis próprias²⁶². Ou seja, traduz a ideia de uma faculdade ou direito de se governar por si mesmo; o direito de se administrar por leis ou princípios próprios; ter independência ou liberdade de pensamento ou ação. Por este prisma, o autônomo é dono de si, é livre e independente, logo, é aquele que possui administração particular e independente²⁶³.

O emprego da palavra “autonomia” adquiriu, ao longo dos anos, diversos sentidos, demonstrando possuir a característica de não ser unívoco, permitindo entendimentos diversos, conforme se aplicado aos indivíduos ou a entidades nas diversas teorias que buscaram o seu conceito.

falta de infraestrutura e de moradia, à baixa renda familiar e a altos índices de violência”. (UNICEF, op. cit., p.9).

²⁶²HOUAISS; VILLAR, op. cit., p.225.

²⁶³BORBA, Francisco S. (Org.) e colaboradores. **Dicionário Unesp do Português Contemporâneo**. São Paulo: UNESP, 2004, p.142.

Beuchamp e Childress²⁶⁴ esclarecem que, etimologicamente, a palavra “autonomia” possui origem no grego, derivando das palavras *autos* e *nomos*. A primeira significa “próprio”; a segunda, “regra”, “governo” ou “lei”. Acrescentam ainda estes autores que a palavra foi primeiramente empregada fazendo-se referência à autogestão ou ao autogoverno das cidades-Estados independentes gregas e que, só a partir de então, esse termo se estendeu aos indivíduos, adquirindo sentidos diversos, como os direitos de liberdade, de privacidade, de escolha individual, de liberdade da vontade, de autogoverno, de ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo.

Ruth Faden e Beauchamp²⁶⁵ assinalam que a análise da autonomia em termos de autenticidade – ou seja, próprias ações, características, crenças e motivação – é desenvolvida, de diversas maneiras, por vários escritores, mas que, muitas vezes, traz a autonomia dependente de analogias com a autonomia política dos Estados, onde autonomia se refere à soberania popular, participação cidadã, noção de independência, de não controle por forças alienígenas.

A análise sobre a autonomia realizada por estes autores baseia-se na ideia de que uma ação é autônoma quando aquele que atua de forma autônoma age intencionalmente, com compreensão e sem influências controladoras. Ruth Faden e Beauchamp acreditam que essas três condições são básicas da ação autônoma²⁶⁶.

²⁶⁴BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de ética biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p.137.

²⁶⁵NOTA: Texto original: “The analysis of autonomy in terms of authenticity – “one's own” actions, character, beliefs, and motivation – is developed in no less diverse ways by such writers as Benn, Gerald Dworkin, and various writers in the existentialist tradition. In both models, theories are often dependent on analogies to the autonomy of political states, where “autonomy” has variously referred to popular sovereignty, citizen participation, independent nationhood, nongovernance by alien forces, control by citizens, and the like. However, other theories try to develop an account divorced from a background in political theory.” (FADEN Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford, 1986, p. 238).

Tradução livre: “A análise da autonomia em termos de autenticidade - “das suas próprias” ações, características, crenças e motivação - é desenvolvida não menos diversa por escritores como Benn, Gerald Dworkin e diversos escritores da tradição existencialista. Em ambos os modelos, as teorias são muitas vezes dependentes das analogias com a autonomia política dos Estados, onde a “autonomia” tem vindo referir à soberania popular, participação do cidadão, nacionalidade independente, não governado por forças alienígenas, o controle pelos cidadãos, e assim por diante. No entanto, outras teorias tentam desenvolver uma explicação divorciada da formada na teoria política”.

²⁶⁶NOTA: Texto original: “We analyze autonomous action as follows: X acts autonomously only if X acts: 1. intentionally, 2. with understanding, and 3. without controlling influences. We believe, but do not here argue, that these three conditions are the basic conditions of autonomous action.” (FADEN

Marco Segre²⁶⁷ pontua que a ideia de autonomia é conquista recente e que o respeito à individualidade, o reconhecimento de o outro poder pensar e sentir à sua maneira, e de ser respeitado sob este aspecto, delinear-se durante o iluminismo europeu, tomando corpo a partir de Descartes, Montesquieu, Rousseau, Kant e, posteriormente, Sigmund Freud, com contribuições eficazes para a sua compreensão, através da interiorização e do autoconhecimento que a psicanálise propicia, em que é possível buscar a autonomia.

Schneewind²⁶⁸ faz referência, em sua obra, que Kant objetava fortemente o pensamento da dependência de um ser racional às ordens e aos desejos de outro, pois considerava, de certa maneira, oposto à ação livre essencial.

Associada aos indivíduos, portanto, a autonomia, em essência, significaria “a capacidade de pensar, decidir e agir, com base em tal pensamento e decisão, de modo livre e independente²⁶⁹”. Nas palavras de Hubert Lepargneur²⁷⁰, a autonomia é ainda a expressão da dignidade da pessoa por franquear sua liberdade autocontrolada e responsável. Lepargneur²⁷¹ também afirma que a autonomia individual do ser pensante é livre, e, portanto, responsável. Assim sendo, seria a raiz da dignidade pessoal.

Fernando Lolas Stepke²⁷², por seu turno, aponta que uma pessoa atua com autonomia quando tem independência em relação a controles externos e possui a capacidade para atuar de acordo com a sua própria escolha. Para esse autor, o

op.cit., p.238.)

Tradução livre: “Analisamos a ação autônoma da seguinte forma: X atua de forma autônoma apenas se age X: 1. intencionalmente; 2. com compreensão, e 3. sem influências controladoras.

“Nós acreditamos, mas não se argumenta aqui que estas três condições são as condições básicas da ação autônoma.”

²⁶⁷SEGRE, Marco. Considerações críticas sobre princípios da bioética. In: SEGRE, Marco; COHEN, Cláudio (Orgs.). **Bioética**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: EDUSP, 2002, p.37.

²⁶⁸SCHNEEWIND, Jerome B. **A invenção da autonomia**: uma história da filosofia moral moderna. Tradução Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.556.

²⁶⁹ALMEIDA, Marcos de. Comentários sobre os princípios fundamentais da bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996. p. 57.

²⁷⁰LEPARGNEUR, Hubert (a). Bioética, novo conceito: a caminho do consenso. São Paulo: Loyola, 1996, p.62.

²⁷¹LEPARGNEUR, Hubert (b). A dignidade humana, fundamentos da bioética e seu impacto para a eutanásia. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p.180.

²⁷²STEPKE (a), op. cit., p.62.

que se julga ao considerar a autonomia é o grau de intencionalidade dos atos e a compreensão que o agente tem deles, somados à ausência de coerção ou mesmo limitações. Segundo esta visão, “a autonomia é provada nas opções escolhidas; por isso, a potencialidade de tê-la, embora importante, é limitada ou restrita em inúmeros casos”. De fato, se verá que “a autonomia não contradiz o respeito à autoridade nem mesmo a obediência à norma social”.

Outro conceito de autonomia é revelado por Nicola Abbagnano²⁷³, para quem se trata de “um termo introduzido por Kant para designar a vontade em relação a qualquer desejo ou objeto de desejo e a sua capacidade de determinar-se em conformidade com uma lei própria, que é a da razão”. Segue, dessa forma, a máxima de Kant: “A lei moral exprime tão somente a autonomia da razão pura prática, isto é, da liberdade²⁷⁴”.

O contraponto à autonomia seria a heteronomia²⁷⁵. Nesta, a vontade é determinada pelos objetos da faculdade de desejar. Assim, os ideais morais de felicidade ou perfeição supõem a heteronomia da vontade por supor que ela seja determinada por estes objetos da faculdade de desejar. “A independência da vontade em relação a qualquer objeto desejado é a liberdade no sentido negativo, ao passo que sua legislação própria (como 'razão prática') é a liberdade no sentido positivo”²⁷⁶.

Schneewind²⁷⁷ acrescenta que Kant declarava que Deus e os seres humanos só podem compartilhar a condição de membros de uma única comunidade moral se todos igualmente legislarem a lei a que deverão obedecer. Aduz ainda que Kant acreditava que é a habilidade do ser humano de criar e viver segundo a lei moral que possibilita estar no mesmo plano que Deus na referida comunidade moral. Para Kant²⁷⁸, existe o imperativo moral que ordena que as pessoas sejam respeitosamente tratadas como fim, em vez de meramente como meios.

²⁷³ABBAGNANO, op. cit., p.111.

²⁷⁴KANT, Immanuel (b). **Crítica da Razão Prática**. 2. ed. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.43.

²⁷⁵KANT (a), op. cit., p.63.

²⁷⁶ABBAGNANO, op. cit., p.111.

²⁷⁷SCHNEEWIND, op. cit., p.557.

²⁷⁸KANT (a), op.cit., p.59.

Para Schneewind, a autonomia kantiana pressupõe que o indivíduo é agente racional, cuja liberdade transcendental o tira do domínio da causalidade natural. Com isso, ela pertence a todo indivíduo, tanto no estado de natureza quanto na sociedade. “Por meio dela, cada pessoa tem uma bússola que permite ‘à razão humana comum’ dizer o que é consistente e o que é inconsistente com o dever²⁷⁹”.

Stepke e Drumond, ao abordarem a autonomia e suas limitações, afirmam que existem distintas formas de concebê-la. Uma delas é a versão norte-americana que faz alusão às ações livres e não-coercitivas, e a versão kantiana, que vincula ao foro de cada indivíduo dar a sua própria norma. Para esses autores, é conveniente se distinguir ambas as versões, uma vez que a valoração dos atos individuais difere, dependendo de qual seja adotada²⁸⁰.

De outra forma, Segre esclarece que é possível verificar que a autonomia é uma abstração, pois se parte de um pressuposto de que ela exista, sendo esse pressuposto uma crença que transita pelo terreno da afetividade, e não apenas pelo pensamento racional, onde os autonomistas optam pela “aceitação de um livre-arbitrismo, de um exercício de vontade, de um *self* transcendente a todos os condicionamentos virtualmente recebidos”²⁸¹.

Assim, esse autor, procurando centrar o conceito de autonomia na subjetividade de cada pessoa – o que entende que, por si só, o levaria a dificuldades em estabelecer um conceito próprio e específico, pois sendo a autonomia uma percepção de liberdade e, portanto, subjetiva, o autônomo seria aquele que se sente livre – propõe não a busca de uma definição ou limite da ideia de autonomia, mas sim a busca dessa autonomia, que tão somente resultaria de uma percepção, pela pessoa, de mais de um caminho a seguir, pois sem esta percepção não existirá busca²⁸².

Convém observar que a ideia de autonomia conduz a um ato de liberdade no agir e no pensar, ao mesmo tempo em que remete à ideia de capacidade para a sua prática. A autonomia não prescinde de opções e

²⁷⁹SCHNEEWIND, op.cit., p.560.

²⁸⁰STEPKE; DRUMOND (b). op. cit., p.77.

²⁸¹SEGRE, op. cit., p.37.

²⁸²Ibid., p.39.

normalmente é associada a ações racionais motivadas por uma consciência própria, que permeie a observação de normas sociais. Entretanto, tem contra si limites sociais, e aí a autonomia se rende a eles.

3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA: CARACTERÍSTICAS

Beauchamp e Childress²⁸³ entendem que o princípio do respeito à autonomia deve ser entendido sob o prisma de dar um tratamento adequado às pessoas, capacitando-as a agir autonomamente. Ignorar, insultar ou degradar a autonomia das pessoas é agir com desrespeito ao referido princípio. É tratar o ser humano como um meio para atingir objetivos distintos daqueles que são da sua vontade.

Os citados autores entendem que o “princípio de respeito à autonomia deve ser entendido enquanto estabelecendo um firme direito de autoridade para o controle do próprio destino pessoal, mas não como única fonte de obrigações e direitos morais”.²⁸⁴

É possível estabelecer duas formas no que tange ao princípio ora estudado: uma negativa e outra positiva²⁸⁵.

O princípio do respeito à autonomia apresentará a forma negativa quando, através de uma justificativa pautada em princípios morais concorrentes e prioritários, o exercício da autonomia for restringido em detrimento da aplicação de outro princípio que o sobrepujar, como, por exemplo, o da beneficência.

Quanto à forma positiva do princípio em comento, ela consiste na revelação de informações e no encorajamento da tomada de decisões, de acordo com a própria vontade da pessoa. Neste sentido, Beauchamp e Childress lecionam que o “respeito à autonomia obriga os profissionais a revelar

²⁸³BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 143.

²⁸⁴BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.144.

²⁸⁵Ibid., p. 143-144.

as informações, verificar e assegurar o esclarecimento e a voluntariedade, e encorajar a tomada de decisão adequada”²⁸⁶.

Ressaltam estes autores que, apesar da amplitude das obrigações de respeito à autonomia, o princípio não é tão amplo a ponto de se aplicar a pessoas não-autônomas. Estas guardam determinadas peculiaridades que comprometem a expressão das suas vontades. Podem apresentar certo grau de imaturidade, ignorância, estar inaptas ou até encontrarem-se coagidas e exploradas²⁸⁷.

3.3 CAPACIDADE E PODER DE ESCOLHA

No item anterior, foi feita uma referência à questão do limite de aplicação do princípio do respeito à autonomia nos casos de pessoas não-autônomas. À luz da autonomia e da não-autonomia, surge a análise da capacidade e do poder de escolha. Existem aspectos legais e psicológicos que devem ser levados em consideração para o presente estudo.

Embora exista uma variedade de contextos onde pode ser aplicada a palavra “capacidade”, Beauchamp e Childress²⁸⁸ informam que capacidade é a habilidade de realizar uma tarefa. Porém, como existem tarefas específicas, os critérios das capacidades particulares podem variar conforme o contexto. Na visão dos referidos autores, a capacidade para decidir é relativa e tem direta dependência com a decisão a ser tomada. Além disto, deve ser entendida como algo específico, e não como algo global.

É importante ter em conta que, em muitas situações, será essencial avaliar o entendimento do paciente, sua habilidade deliberativa e sua coerência ao longo do tempo, sempre lembrando a importância de aconselhar, apoiar e informar o paciente sobre a sua situação.

²⁸⁶Ibid., p. 144.

²⁸⁷Ibid., p. 145.

²⁸⁸BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 152.

Outro ponto observado por Beauchamp e Childress²⁸⁹ diz respeito a questões legais. Regra geral, as leis visam à proteção da propriedade, e não das pessoas. Assim, a aplicação da lei, em algumas situações – por exemplo, as decisões médicas – não é apropriada.

Deste modo, lecionam esses autores que “a lei, a medicina e, até certo ponto, a filosofia presumem em contexto no qual as características da pessoa capaz são também as propriedades da pessoa autônoma, embora a autonomia e a capacidade tenham significados diferentes”.

Eles ainda completam o pensamento, afirmando que os critérios definidores da pessoa autônoma e da pessoa capaz são surpreendentemente similares. Deste modo, apresentam duas hipóteses: a primeira, uma pessoa autônoma é, necessariamente, uma pessoa capaz de tomar decisões; a segunda, os julgamentos sobre a capacidade de uma pessoa para autorizar ou recusar uma intervenção devem ser baseados em uma avaliação da sua autonomia²⁹⁰.

Segundo as lições de Ruth Faden e Beauchamp²⁹¹, a “**pessoa incompetente** é aquela que, por um ou mais de um número de razões, é incapaz de dar um consentimento informado. A competência pode ser factual ou um presuntivo, determinação categórica”. Como exemplo dessa afirmativa, os autores argumentam que os menores são considerados incapazes de direito, enquanto adultos podem ser declarados legalmente incompetentes, apenas com base em alguma determinação “factual”. (grifo do autor)

Ruth Faden e Beauchamp reconhecem que, no caso de consentimento informado, a maioria para consentir varia com a legislação de cada Estado, dependendo ainda do tipo de tratamento médico a ser ministrado. Dentro desse

²⁸⁹Ibid., p. 153.

²⁹⁰Ibid., p.154.

²⁹¹NOTA: Texto original: “The incompetent person is one who, for one or more of a number of reasons, is unable to give an informed consent. Competence can be either a factual or a presumptive, categorical determination. Minors, for example, are presumed incompetent in law, whereas adults can generally be declared legally incompetent only on the basis of some “factual” determination.” (FADEN, BEAUCHAMP, op. cit., p. 36). Tradução livre: “A pessoa incompetente é aquela que, por um ou mais de um número de razões, é incapaz de dar um consentimento informado. A competência pode ser factual ou um presuntivo, determinação categórica. Os menores, por exemplo, são consideradas incapazes de direito, enquanto adultos podem geralmente ser declarados legalmente incompetentes somente na base de alguma determinação “factual””.

contexto, algumas leis acabam por declarar que a maioria dos menores pode ser alcançada por certas situações de fato, como é o casamento, ou procurar certas formas de cuidados médicos, como tratamento para doenças venéreas. “No entanto, todas as jurisdições concordam que, exceto em casos especiais, um menor é incapaz de dar efetivo ou consentimento informado válido”, requerendo o necessário consentimento informado dos pais ou responsável legal²⁹².

Beauchamp e Childress²⁹³ informam que, no contexto biomédico, uma pessoa geralmente era considerada capaz caso fosse apta a compreender uma terapia ou um procedimento de pesquisa, a deliberar acerca de riscos e benefícios importantes e a tomar uma decisão à luz dessa deliberação.

Determinar se uma pessoa tem capacidade e poder de escolha passará sempre por uma análise que verificará habilidades cognitivas e habilidades para compreender e processar informações com reflexão sobre as consequências dos seus atos.

3.4 DO CONSENTIMENTO INFORMADO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Para o objetivo deste trabalho, interessa o consentimento, e, conseqüentemente, a expressão lícita da vontade, que permita, em uma relação médico x paciente, o exercício da autonomia que este possui para autorizar e concordar com uma proposta de intervenção terapêutica apresentada por aquele,

²⁹²NOTA: Texto original: “The age of majority for consent varies by state law and by type of medical treatment. Some state laws essentially declare that minors achieve majority by engaging in certain activities, such as marriage, or by seeking certain forms of medical care, such as treatment for venereal disease. However, all jurisdictions agree that except in special cases a minor is unable to give effective or valid informed consent and thus that the informed consent of a parent or legal guardian is required before the minor may be treated.” (FADEN, op. cit., p. 36). Tradução livre: “A maioria para consentimento varia de acordo com a legislação de cada Estado e por tipo de tratamento médico. Algumas leis estaduais essencialmente declaram que menores alcançam a maioria por envolvimento em certas atividades, como o casamento, ou por procurar certas formas de cuidados médicos, como tratamento para doenças venéreas. No entanto, todas as jurisdições concordam que, exceto em casos especiais, um menor é incapaz de dar efetivo ou consentimento informado válido e, assim, que o consentimento informado de um pai ou responsável legal é necessário antes de o menor pode ser tratado”.

²⁹³BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.155.

com o intuito de preservar-lhe a saúde e a dignidade, tendo em conta a teoria do menor maduro. Aí sua autonomia é reconhecida pelo médico após avaliação e reconhecimento da sua capacidade para decidir e permitir, agindo, conscientemente, sobre o seu estado de saúde, seu corpo e sua vida, sem a interferência ou autorização de seus pais ou responsáveis.

3.4.1 Origem e Natureza

Consentir é não impedir e demonstrar concordância com algo e o consentimento, o ato ou efeito de consentir²⁹⁴. Portanto, consentir tem o significado de permitir, concordar, sendo o consentimento a ação ou o resultado de consentir²⁹⁵, ou seja, é o ato de dar permissão ou licença para que se faça algo em uma demonstração da vontade.

A demonstração da vontade e, conseqüentemente, a permissão para algo ou a concordância com alguma coisa, requer que o indivíduo seja autônomo para prestar tal vontade. Como visto em linhas anteriores, a autonomia também é a possibilidade de agir de acordo com a vontade, mas isto não significa que todos os sujeitos são considerados capazes de decidir ou mesmo agir consoante sua vontade, podendo não ser considerados capazes pelas teorias e doutrinas existentes quando observadas determinadas condições.

Maria do Céu Patrão Neves²⁹⁶ leciona que a noção de “consentimento”, no domínio hoje biomédico, é jurídica e o evento que assinala a sua gênese ocorreu em um caso isolado nos Estados Unidos, em 1914. Foi o caso *Schloendorff vs. Society of N.Y Hospitals*²⁹⁷.

²⁹⁴HOUAISS; VILLAR, op. cit., p.527.

²⁹⁵BORBA, op. cit., p. 328.

²⁹⁶NEVES, Maria do Céu Patrão (b). Contexto cultural e consentimento: uma perspectiva antropológica. In: PESSINI, Léo; GARrafa, Volnei (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. 2. ed. São Paulo: São Camilo, Loyola, 2004, p. 488.

²⁹⁷Segundo a autora, no caso, *Schloendorff vs. Society of N.Y Hospitals*, “Schloendorff queixa-se de lhe ter sido removido um tumor sem o seu consentimento, vindo o tribunal a pronunciar-se sobre o 'direito' que 'todo ser humano de idade adulta e de mente sã tem a determinar o que será feito com o seu corpo'. Este é, todavia, um caso praticamente isolado e os que se lhe sucedem ocorrem já a

Segundo esta autora²⁹⁸, outros casos ocorreram a partir da década de 1950: *Salgo vs. Leland Stanford Jr. Univ. Board of Trustees* em 1957, em que, pela primeira vez, surgiu a expressão “consentimento informado” no pronunciamento jurídico; *Natanson vs. Kline*, em (1960), surge a obrigatoriedade legal de obtenção de consentimento informado; *Canterbury vs. Spence*, em 1972, oportunidade em que se discutiu sobre a informação a incluir no processo de consentimento.

Cada um desses casos assinalou novas etapas no estabelecimento da obrigatoriedade jurídica do agora designado “consentimento informado”, uma vez que, atendendo ao sistema jurídico norte-americano da *common law*, as decisões tomadas pelos juízes estruturam a ordem jurídica subsequente, constituindo-se em lei. Nesse desiderato, o “consentimento” teria surgido, “primeiramente, ao nível da prática clínica, vindo a desenvolver-se no contexto da estruturação da doutrina jurídica da má-prática e da negligência médicas²⁹⁹.”

De acordo com os ensinamentos de Ruth Faden e Beauchamp³⁰⁰, até recentemente o que justificava as práticas de divulgação de informações ao paciente

partir da década de 1950”. Em 1957, no caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. Univ. Board of Trustees*, “refere-se à questão de se decidir se a injeção ministrada durante a aortografia translombar (técnica de exame vascular) poderia ter afectado a espinal medula do queixoso e se, quer este, quer a sua família, foram previamente informados da realização da referida aortografia. O tribunal decidiu que, atendendo à natureza do procedimento, o consentimento informado deveria ter sido solicitado, acrescentando ainda que este só é válido quando apresentam os riscos do procedimento e as alternativas ao mesmo.” Em 1960, no julgamento do caso *Natanson vs. Kline*, o Supremo Tribunal do Kansas, que tratou da exposição a uma alegada dose excessiva de radiação, “estabelece a obrigatoriedade legal de obtenção de consentimento informado”. Em 1972, no caso *Canterbury vs. Spence*, discutiu-se “sobre a informação a incluir no processo de consentimento. A questão específica é a de determinar se 1% de probabilidade de paratisia causada por um procedimento médico (laminectomia [procedimento cirúrgico espinhal em que são aparadas as áreas espessadas dos ossos e ligamentos, deixando mais espaço para os nervos] é suficiente para requerer informação. Até então, os dados a serem transmitidos ao doente dependiam exclusivamente do critério do médico: o professional standard (padrão profissional ou médico) do consentimento informado foi, entretanto, substituído pelo reasonable person standard (padrão de uma pessoa razoável, de uma pessoa comum)”, tomadas pelos juízes têm uma função estruturante da ordem jurídica subsequente, vindo a constituir-se em lei. (NEVES (b), op. cit., p. 488 e 489).

²⁹⁸Ibid., p. 488 e 489.

²⁹⁹Ibid., p. 488 e 489.

³⁰⁰NOTA: Texto original: “Until recently – roughly the 1957 date engraved on the birthstone of informed consent by both Katz and Pernick – the justification of practices of disclosure and consent-seeking were strictly governed by what we shall call a beneficence model rather than an autonomy model of the physician's responsibility for the patient (FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 59). Tradução livre: “Até recentemente - aproximadamente a data de 1957 gravou a pedra do nascimento do consentimento informado por Katz e Pernick - a justificação das práticas de divulgação e a busca do consentimento eram estritamente reguladas por aquilo que podemos chamar de um modelo de beneficência, em vez de um modelo de autonomia, de responsabilidade do médico para o paciente”.

e a busca do consentimento eram as estritamente reguladas pelo que os autores chamam de **um modelo de beneficência**, de responsabilidade do médico para o paciente, ao invés de serem reguladas por um **modelo de autonomia**³⁰¹. (grifo do autor).

Através de alguns documentos históricos, a exemplo do Código de Nuremberg, em que o consentimento se fez presente e possibilitou a evolução para os modelos que hoje se conhece, é possível retratar a sua a origem e natureza.

O código de Nuremberg³⁰² (1947) considera que “o consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial”. Dado aos abusos da experimentação humana, esse código impõe que as pessoas submetidas a experimento devam exercer o livre direito de escolha, não permitindo “qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior”. Além disso, essas pessoas devem ter o conhecimento suficiente do assunto em estudo para que possam se capacitar à tomada de decisão, ou seja, requer-se a capacidade de dar consentimento.

A informação adequada passa a assumir relevância, uma vez que há exigência para que sejam explicados às pessoas qual natureza, duração e propósito

³⁰¹NOTA: Os modelos da autonomia e da beneficência são assim descritos por Ruth Faden e Beauchamp: (Texto original) “The “autonomy model,” as we use the term, is the view that the physician's responsibilities of disclosure and consent-seeking are established primarily (perhaps exclusively) by the principle of respect for autonomy. (See pp. 7-9.) The “beneficence model,” as we use the term, depicts the physician's responsibilities of disclosure and consent-seeking as established by the principle of beneficence, in particular through the idea that the physician's primary obligation (surpassing obligations of respect for autonomy) is to provide medical benefits. (See pp. 9-14.) The management of information is understood, on the latter model, in terms of the management of patients (“due care”) generally. That is, the physician's primary obligation is to handle information so as to maximize the patient's medical benefits. Here, the principle of beneficence is used to provide clinical-specific meanings for the benefits and harms to be balanced by the physician” (FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 59). Tradução livre: “O ‘modelo de autonomia’, como nós usamos o termo, é a visão que as responsabilidades do médico de divulgação e busca de consentimento são estabelecidas primeiramente (talvez exclusivamente) pelo princípio do respeito à autonomia. (Veja pp. 7-9). O “modelo de beneficência”, como usamos o termo, descreve as responsabilidades do médico de divulgação e busca de consentimento, conforme estabelecido pela princípio da beneficência, particularmente através da idéia de que a obrigação primária do médico (superando as obrigações de respeito à autonomia) é proporcionar benefícios médicos. (Veja pp 9-14.) A administração das informação é entendida, no último modelo, em termos de administração dos pacientes (“devido cuidado”) em geral. Ou seja, a primária obrigação do médico é tratar as informações de modo a maximizar os benefícios médicos dos pacientes. Aqui, o princípio da beneficência é usado para promover significados clínicos específicos para os benefícios e malefícios para serem balanceados pelo médico”.

³⁰²Experimentação Humana (Código de Nuremberg - 1947). In: PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op. cit., p. 645 e 646).

do experimento, seus métodos, inconveniências, riscos esperados e efeitos sobre a saúde, que, eventualmente, possam ocorrer em decorrência da sua participação no experimento. Desta forma, o “dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele”, sem que possa transferir tal responsabilidade a terceiro. Além disso, ao participante também é garantida a liberdade de se retirar no decorrer do experimento, revogando assim o consentimento anteriormente declarado.

De acordo com Maria do Céu Patrão Neves³⁰³, ao se referir ao Código de Nuremberg, lembra que, a partir de então, a exigência de consentimento se efetiva e se internacionaliza em função da investigação médica e, mais especificamente, da experimentação humana, influenciando decisivamente os desenvolvimentos apontados no plano clínico.

Considerando estes aspectos do Código de Nuremberg, o consentimento que autoriza um experimento deve ter base na capacidade para consentir. Ela pode ser adquirida a partir de informações adequadas sobre todos os aspectos da pesquisa, considerando não só o método, mas os resultados possíveis, com seus benefícios e riscos, que possibilitem um consentimento voluntário, livre de coação ou de outra forma de convencimento que retire do consenciente sua liberdade, autonomia e assim interfira na sua dignidade. Nesse desiderato, inclui-se a revogação desse consentimento, interrompendo a pesquisa, ainda que por simples vontade do indivíduo que consentiu. É evidente, portanto, que a responsabilidade da qualidade do consentimento é retratada como sendo do pesquisador.

A declaração de Helsinque³⁰⁴ também aborda o consentimento. No

³⁰³NEVES (b), op. cit., p. 489.

³⁰⁴No texto da Declaração de Helsinque: B. Princípios básicos para toda pesquisa clínica
22. Em qualquer pesquisa envolvendo seres humanos, cada paciente em potencial deve estar adequadamente informado dos objetivos, métodos, fontes de financiamento, quaisquer possíveis conflitos de interesse, aflições institucionais do pesquisador, os benefícios antecipados e riscos em potencial do estudo e qualquer desconforto a que possa estar vinculado. O sujeito deverá ser informado da liberdade de se abster de participar do estudo ou de retirar seu consentimento para sua participação em qualquer momento, sem retaliação. Após assegurar-se de que o sujeito entendeu toda a informação, o médico deverá então obter seu consentimento informado espontâneo, preferencialmente por escrito. Se o consentimento não puder ser obtido por escrito, o consentimento não-escrito deve ser formalmente documentado e testemunhado. 23. Ao obter o consentimento informado, o pesquisador deverá dar especial atenção àqueles pacientes que apresentam relação de dependência com médico ou possam consentir na realização do estudo sob coação. Nesses casos, o consentimento informado deverá ser obtido por pesquisador bem informado, não envolvido com a

texto final da 52ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em outubro de 2000, este tema consta dos seus princípios básicos e adicionais.

A Declaração de Helsinque de 1954, que segue o Código de Nuremberg, passa a exigir o consentimento preferencialmente obtido por escrito. “É, sobretudo, a partir de então que, lentamente, se começa a tomar consciência da necessidade de obtenção de consentimento”, embora o debate em torno da questão apenas se intensifique na década de 1970³⁰⁵.

Na Declaração, também há o cuidado com a proteção de seres humanos quando o tema é pesquisas médicas. Assim, exige que cada paciente em potencial deva ser adequadamente informado não somente dos objetivos, métodos, fontes de financiamento, quaisquer possíveis conflitos de interesse, a dos benefícios antecipados e riscos em potencial do estudo e qualquer desconforto a que possa estar vinculado, mas também deverá ser informado da liberdade de se abster de participar do estudo ou de retirar seu consentimento para sua participação em qualquer momento, sem que haja qualquer retaliação. Ressalte-se que a obtenção

pesquisa e que seja totalmente independente deste relacionamento.

24. Para sujeitos de pesquisa que forem legalmente incompetentes, incapazes física ou mentalmente de dar o consentimento ou menores legalmente incompetentes, o pesquisador deverá obter o consentimento informado do representante legalmente autorizado, de acordo com a legislação apropriada. Esses grupos não devem ser incluídos em pesquisas, a menos que sejam necessárias para promover a saúde da população representada e não podem, em seu lugar, ser realizadas em indivíduos legalmente competentes.

25. Quando um sujeito considerado legalmente incompetente, como uma criança menor, é capaz de aprovar decisões sobre a participação no estudo, o pesquisador deve obter esta aprovação, além do consentimento, do representante legalmente autorizado.

26. Pesquisas com indivíduos dos quais não é possível obter consentimento, incluindo consentimento por procuração ou superior, deverão ser realizadas apenas se a condição físico-mental que impede a obtenção do consentimento informado for uma característica necessária para a população da pesquisa. As razões específicas para envolver sujeitos de pesquisa com uma condição que os torne incapazes de fornecer o consentimento informado devem estar declaradas no protocolo experimental, para consideração e aprovação do Comitê de Ética. O protocolo deve declarar que o consentimento para permanecer na pesquisa deve ser obtido, o mais rápido possível, do indivíduo ou representante legalmente autorizado.

C. Princípios adicionais para pesquisa clínica combinada a cuidados médicos

32. No tratamento de um paciente, quando métodos profiláticos, diagnósticos e terapêuticos comprovados não existirem ou forem ineficazes, o médico, com o consentimento informado do paciente, deverá ser livre para utilizar medidas profiláticas, diagnósticas e terapêuticas não comprovadas ou inovadoras, se, em seu julgamento, estas oferecerem a esperança de salvar a vida, restabelecer a saúde e aliviar o sofrimento. Quando possível, essas medidas devem ser objeto de pesquisa, programada para avaliar sua segurança ou eficácia. Em todos os casos, as novas informações devem ser registradas e, quando apropriado, publicadas. As outras diretrizes relevantes desta Declaração devem ser seguidas.

³⁰⁵NEVES (b), op. cit., p.490.

do consentimento, que deve ser espontâneo e preferencialmente por escrito, só deverá ocorrer após o médico assegurar-se de que o sujeito entendeu toda a informação.

Atenção especial do pesquisador é requerida ao obter o consentimento informado dos pacientes que apresentam relação de dependência com médico ou que possam consentir na realização do estudo sob coação. Para esta situação, o consentimento deverá ser obtido por pesquisador bem informado, que não esteja envolvido com a pesquisa e que seja totalmente independente desse relacionamento.

Quanto ao menor, é exigido que seja ele representado na forma da lei, devendo não constituir grupos de pesquisa, ressalvada a hipótese necessária para promoção da saúde da população representada, e não possa, em seu lugar, ser substituído por indivíduo capaz. Entretanto, a Declaração inclui a possibilidade de uma criança menor ser capaz de aprovar decisões sobre sua participação no estudo, devendo o pesquisador, neste caso, obter essa aprovação, sem, contudo, prescindir do consentimento do representante legal. Ou seja, o menor passa a ter informações sobre a pesquisa médica e pode expressar sua vontade mesmo sem ter a capacidade legal de consentir.

Outros cuidados são exigidos nos casos em que as pesquisas são feitas com indivíduos dos quais não é possível obter consentimento. A própria pesquisa pode levar os sujeitos envolvidos a uma condição que os torne incapazes de fornecer o consentimento informado. Nesses casos, a situação deve estar declarada no protocolo experimental para ser considerada e aprovada por um comitê de ética, que deve declarar que o consentimento para permanecer na pesquisa deve ser obtido do indivíduo ou representante legal.

Nos princípios adicionais para pesquisa clínica combinada a cuidados médicos, o consentimento informado é exigido para que deva ser livre a utilização, pelo médico, de medidas profiláticas, diagnósticas e terapêuticas não comprovadas ou inovadoras nos casos em que, no tratamento de um paciente, os métodos profiláticos, diagnósticos e terapêuticos comprovados não existirem ou forem ineficazes, se, em seu julgamento, estes oferecerem a esperança de salvar a vida, restabelecer a saúde e aliviar o sofrimento.

Na revisão da declaração de Helsinque, o princípio do consentimento se mantém no texto final da 59ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em outubro de 2008³⁰⁶.

Assim, são preservados diversos aspectos do texto da Declaração de 2000, como a capacidade para consentir, a voluntariedade, a informação adequada, fontes de financiamento, o consentimento livre e informado, a retirada do consentimento sem retaliação, representante legal e aprovação do menor ou incapaz condicionado ao consentimento do representante legal, dentre outros.

A questão do consentimento, segundo Beauchamp e Childress³⁰⁷, foi colocada em primeiro plano nas discussões da ética biomédica desde os julgamentos de Nuremberg, os quais apresentaram relatos horrendos de experiências médicas em campos de concentração.

Entretanto, esclarecem aqueles autores que o termo “consentimento informado” só aparece após uma década desses julgamentos, só recebendo análise detalhada a partir do ano de 1972³⁰⁸.

Atualmente, o enfoque sobre o consentimento mudou, transferindo-se da obrigação do médico ou do pesquisador de revelar a informação para se situar na qualidade do entendimento e do consentimento de um paciente ou de um sujeito de pesquisa. Essa modificação, na ênfase do consentimento informado, foi impelida também pela autonomia³⁰⁹.

Beauchamp e Childress explicam ainda que os modelos de consentimento informado evoluíram com a regulamentação da pesquisa, com os precedentes legais governando a prática médica, com mudanças no relacionamento médico x paciente e com a análise ética³¹⁰.

De acordo com Casabona³¹¹, o primeiro texto, com vertentes de orientação ética, foi a Declaração dos Direitos do Paciente, apresentado, em 1972, pela Associação Americana de Hospitais, nos Estados Unidos, a qual recomendava

³⁰⁶Disponível em: <<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/>>. Acesso em: 20 out. 2010.

³⁰⁷BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.161.

³⁰⁸BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 161.

³⁰⁹Ibid., p.161.

³¹⁰Ibid., p.161.

³¹¹CASABONA, Carlos María Romeo (a). O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 133).

aos hospitais associados a adoção de seus doze pontos ou outra declaração similar, com o fim de contribuir para melhorar a atenção e maior satisfação do paciente, do seu médico e a organização do hospital. Acrescenta ainda que, embora objeto de duras críticas por limitar-se a declarar o óbvio, por indicar que o hospital está também submetido às regras de prevenção de agressões e danos igualmente a qualquer outra instituição, estes aspectos passariam a ser reconhecidos com maior amplitude.

O Relatório Belmont³¹², que revelou princípios éticos e diretrizes para a proteção dos sujeitos humanos de pesquisas, trata do consentimento informado quando se refere às aplicações dos princípios gerais de conduta da pesquisa, sendo considerado uma exigência obrigatória dessa aplicação, juntamente com a avaliação risco/benefício e a seleção dos sujeitos da pesquisa.

Segundo este relatório, “o respeito pelas pessoas exige que se dê aos sujeitos, na medida das suas capacidades, a oportunidade de escolher o que ocorrerá ou não com eles”. Essa oportunidade estará presente quando forem contemplados os critérios adequados aos quais o consentimento informado deve ajustar. Ao mesmo tempo, o próprio relatório reconhece que, embora não haja dúvida quanto à importância do consentimento informado, há controvérsias sobre a sua natureza e possibilidade. O consenso estaria no fato de que o processo de consentir constaria de três elementos: informação, compreensão e voluntariedade.

De outro modo, o que se entende é que não é qualquer tipo de informação ou sistemática de informação, mas todas as informações necessárias sobre a pesquisa médica que visem à proteção do indivíduo. Por outro lado, não basta que se informe, é necessário que o indivíduo tenha a compreensão adequada da informação, sendo aquele tão importante quanto esta. Já a voluntariedade propugna pela ausência de coerção e pela liberdade e autonomia para consentir.

Na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos³¹³, o

³¹²PESSINI; BARCHIFONTAINE (a), op. cit., p.757 a 774.

³¹³O princípio do consentimento é assim tratado no artigo 6 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos: Consentimento - a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito. b) A pesquisa científica só deve ser realizada com o

consentimento assume papel importante, sendo incluído na categoria de “princípio” no artigo sexto.

Por esse princípio, do ponto de vista individual, qualquer intervenção médica, seja ela preventiva, diagnóstica ou terapêutica, só deve ser realizada se houver o consentimento. Este deve possuir particularidades, pois deve ser prévio, livre e esclarecido por parte do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada recebida. Garante-se a ele, desta maneira, que o consentimento deve, quando apropriado, ser uma declaração formal de intenções, que poderá ser anulada por esse indivíduo envolvido a qualquer tempo e por qualquer razão ou motivo, sem que isto lhe cause desvantagem ou preconceito.

Ao se referir à pesquisa científica, o princípio do consentimento deixa claro que ela só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. O item “informação” assume, mais uma vez, papel relevante, pois ela deve ser adequada, fornecida de maneira que se possa compreender e, ainda, conter os procedimentos necessários à retirada do consentimento pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem que isto acarrete qualquer desvantagem ou preconceito.

Nas situações específicas de pesquisas desenvolvidas em um grupo de indivíduos ou comunidade, é prevista, por esse princípio, a busca de um consentimento adicional daqueles que os representam legalmente. Contudo, o princípio do consentimento considera que, em nenhum caso, “o consentimento coletivo da comunidade ou o consentimento de um líder da comunidade ou outra autoridade deve substituir o consentimento informado individual”.

prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito. Exceções a este princípio somente devem ocorrer quando em conformidade com os padrões éticos e legais adotados pelos Estados, consistentes com as provisões da presente Declaração, particularmente com o Artigo 27 e com os direitos humanos. c) Em casos específicos de pesquisas desenvolvidas em um grupo de indivíduos ou comunidade, um consentimento adicional dos representantes legais do grupo ou comunidade envolvida pode ser buscado. Em nenhum caso, o consentimento coletivo da comunidade ou o consentimento de um líder da comunidade ou outra autoridade deve substituir o consentimento informado individual. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos** (GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (d) (Orgs) **Bases conceituais da Bioética: enfoque latino-americano**. Tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nymi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, p. 255 a 269).

O consentimento também é tratado no artigo 5º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª sessão no ano de 1997, e, posteriormente, no artigo 8º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na 32ª sessão, em 2004.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos³¹⁴, cuidando dos direitos das pessoas envolvidas, em qualquer caso, nas pesquisas, tratamentos ou diagnósticos que afetem o genoma de um indivíduo exige, que, além da prévia avaliação rigorosa dos potenciais riscos e benefícios que se incorrerá, deva ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Na impossibilidade de ser fornecido tal consentimento, sua obtenção deve ser na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo.

O consentimento, nessa Declaração, busca atingir determinados aspectos que respeitem os direitos das pessoas envolvidas. Assim, permeia pelo campo da informação, do consentimento prévio, livre e informado, procurando garantir, inclusive, o direito do indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências que dela decorrem.

A falta de capacidade do indivíduo envolvido para manifestar o seu consentimento é remetida à autorização e às condições de proteção estabelecidas

³¹⁴NOTA: O consentimento é assim tratado: B. Direitos dos Indivíduos. Artigo 5º: a) A pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano, devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional. b) Em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo. c) Deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes. d) No caso de pesquisa, os protocolos devem ser submetidos a uma análise adicional prévia, em conformidade com padrões e diretrizes nacionais e internacionais relevantes. e) Se, conforme a legislação, um indivíduo não for capaz de manifestar seu consentimento, a pesquisa envolvendo seu genoma apenas poderá ser realizada para benefício direto à sua saúde, sujeita à autorização e às condições de proteção estabelecidas pela legislação. Pesquisa sem perspectiva de benefício direto à saúde apenas poderá ser efetuada em caráter excepcional, com máxima restrição, expondo-se o indivíduo a risco e incômodo mínimos e quando essa pesquisa vise a contribuir para o benefício à saúde de outros indivíduos na mesma faixa de idade ou com a mesma condição genética, sujeita às determinações da legislação e desde que tal pesquisa seja compatível com a proteção dos direitos humanos do indivíduo. (WERTHEIN, Jorge; BORGES, M^a Dulce Almeida; CUNHA, Célio (edit). **Declaração Universal do Genoma Humano dos Direitos Humanos: Da teoria à prática**. Tradução Regina Coeli. Brasil: UNESCO, 2001).

pela legislação compatível e proteção dos direitos humanos do indivíduo, condicionada ainda à realização se for previsto o benefício direto de sua saúde. Assim, pesquisas sem esta previsão de benefício direto à saúde só seriam realizadas em caráter excepcional, com máxima restrição, onde a exposição do indivíduo a risco e incômodo seja mínima e tenham aquelas o objetivo de contribuir para o benefício à saúde de outros indivíduos que se encontrem na mesma faixa de idade ou com as mesmas condições genéticas.

Quando se refere à recolha, os artigos oitavo e nono da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos³¹⁵ ressaltam a importância do princípio do consentimento para o indivíduo, ao apresentar disposições que visam a sua proteção diante de possíveis abusos da ciência médica. Neste desiderato, destaca tanto a necessidade desse consentimento, como a possibilidade da sua retirada.

Aquela Declaração, além de exigir um consentimento prévio, livre,

³¹⁵NOTA: O consentimento é assim tratado: “B. Recolha. Artigo 8º: a) O consentimento prévio, livre, informado e expresso, sem tentativa de persuasão por ganho pecuniário ou outra vantagem pessoal, deverá ser obtido para fins de recolha de dados genéticos humanos, de dados proteómicos humanos ou de amostras biológicas, quer elas sejam efectuadas por métodos invasivos ou não-invasivos, bem como para fins do seu ulterior tratamento, utilização e conservação, independentemente de estes serem realizados por instituições públicas ou privadas. Só deverão ser estipuladas restrições ao princípio do consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. b) Quando, de acordo com o direito interno, uma pessoa é incapaz de exprimir o seu consentimento informado, deverá ser obtida uma autorização do seu representante legal, de acordo com o direito interno. O representante legal deverá agir, tendo presente o superior interesse da pessoa em causa. c) Um adulto que não esteja em condições de exprimir o seu consentimento deverá participar, na medida do possível, do processo de autorização. A opinião de um menor deverá ser tomada em consideração como um factor cujo carácter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade. d) Os rastreios e testes genéticos praticados para fins de diagnóstico e de cuidados de saúde em menores e adultos incapazes de exprimir o seu consentimento não serão em princípio eticamente aceitáveis, a não ser que tenham importantes implicações para a saúde da pessoa e tenham em conta o seu superior interesse.” Artigo 9º: a) Quando são recolhidos dados genéticos humanos, dados proteómicos humanos ou amostras biológicas para fins de investigação médica e científica, o consentimento pode ser retirado pela pessoa envolvida, salvo se os dados em questão forem irreversivelmente dissociados de uma pessoa identificável. Em conformidade com as disposições do artigo 6º d), da retirada do consentimento não deverá resultar qualquer desvantagem ou penalidade para a pessoa envolvida. b) Quando uma pessoa retira o seu consentimento, os seus dados genéticos, os seus dados proteómicos e as suas amostras biológicas não deverão voltar a ser utilizados, a menos que sejam irreversivelmente dissociados da pessoa envolvida. c) Se os dados e as amostras biológicas não estiverem irreversivelmente dissociados, deverão ser tratados de acordo com os desejos da pessoa em causa. Se tais desejos não puderem ser determinados ou forem irrealizáveis ou perigosos, os dados e as amostras biológicas deverão ser irreversivelmente dissociados ou destruídos. (Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. In: GARRAFA; KOTTOW; SAADA (d), op. cit., p. 235 a 254).

informado e expresso para fins de recolha de dados genéticos humanos, de dados proteômicos humanos ou de amostras biológicas, traz a proibição da tentativa de persuasão por ganho pecuniário ou outra vantagem pessoal. Acrescenta ainda que o princípio do consentimento só deve ter restrições estipuladas por razões imperativas impostas pelo direito interno, desde que em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Ao incapaz, não difere das declarações anteriores, remetendo-se ao direito interno a possibilidade da representação legal para exprimir o consentimento. Entretanto, no caso dos menores e adultos incapazes de exprimir o seu consentimento, a referida Declaração, eticamente, não aceita, em princípio, rastreios e testes genéticos praticados para fins de diagnóstico e de cuidados de saúde, ressalvada a possibilidade de que tenham importantes implicações para a saúde da pessoa e considere o seu superior interesse.

A opinião de um menor ganha certa expressão na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. No artigo oitavo, é ressaltada a opinião de um menor. Esta “deverá ser tomada em consideração como um factor cujo carácter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade”. O grau de maturidade do menor passa a ter relevância para o consentimento.

O que fica aparente neste aspecto é que o consentimento informado é necessário às pesquisas médicas e ao tratamento de saúde como um dos componentes que visam a preservar o respeito ao ser humano e, ao mesmo tempo, viabilizar tais pesquisas, devendo sempre ser respeitadas as individualidades e a dignidade humana. Portanto, se pode afirmar que é um princípio que objetiva a proteção do ser humano.

Interessa, portanto, o conhecimento sobre consentimento informado na relação entre o médico e o paciente menor de idade com autonomia para expressar a sua vontade. O conceito, a natureza, requisitos, os sujeitos, as informações, o objeto e os efeitos jurídicos desse consentimento são alguns dos aspectos indispensáveis à compreensão do tema proposto.

3.4.2 Conceito

O consentimento informado, ao certo, remete à ideia de que se trata de uma permissão ou autorização dada mediante a tomada de ciência de fatos, acontecimentos, possibilidades, orientações, riscos, enfim, após tornar-se consciente e, dessa maneira, tornar-se capaz de externar uma vontade, de forma livre e autônoma.

O conceito de consentimento informado necessita de esclarecimentos, pela vagueza que representa o termo e pela necessidade de ser esclarecido antes mesmo de se estabelecer as condições em que é apropriada e obrigatória sua aplicação³¹⁶.

Este entendimento é pertinente na medida em que a prática do consentimento informado pode levar à ineficácia do seu real propósito, tendo em vista a autonomia, a liberdade e o respeito pela dignidade humana.

Uma dessas práticas é a que reduz o consentimento informado à decisão tomada em conjunto. Neste sentido, o consentimento informado e a decisão conjunta seriam sinônimos.

Tal entendimento é o observado em Calcerrada³¹⁷, para quem, por consentimento, há de se entender o acordo de duas vontades. É o encontro de duas declarações de vontade que partem de dois sujeitos diversos, com finalidade comum, que se unem. É a declaração da conformidade de vontade da pessoa consciente com o ato voluntário de outra. Nesta visão, é a existência de dois sujeitos

³¹⁶BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 162 e 163.

³¹⁷NOTA: Texto original: "Por consentimiento, há de entender-se 'el acuerdo de dos voluntades' (CERRILLO) el 'encuentro de dos declaraciones de voluntad que, partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se unem' (RUGGIERO) o 'la declaración de lá conformidad de la voluntad de la persona consentidora com el acto voluntario de otra' (Kesseler)...Supone, pues, la simultánea e sucesivamente." Tradução da autora: "Por consentimiento há de entender-se o acordo de duas vontades, o encontro de duas declarações de vontade que, partindo de dois sujeitos diversos, dirigem-se a um fim comum e se unem ou a declaração da conformidade de vontade da pessoa consenciente com o ato voluntário de outra [...] Supõe, pois, a existência de dois sujeitos cujas vontades coincidem sobre um mesmo objeto, expressa ou tacitamente e simultânea ou sucessivamente." (CALCERRADA. Luis Martínez. Derecho medico: derecho medico general y especial. v. 1. Madrid: Tecnos, 1986, p. 273-274 apud ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 82 e 83).

cujas vontades coincidem sobre um mesmo objeto, de forma expressa ou tácita.

De forma semelhante, o *Black's Law Dictionary*³¹⁸ define o consentimento informado como um acordo de pessoas, um contrato, para permitir que alguma coisa aconteça (como uma cirurgia) com base em uma complexa revelação de fatos necessários para fazer a decisão inteligente; ou seja, o conhecimento dos riscos envolvidos, as alternativas, entre outros. Assinala o consentimento informado como um princípio, uma lei em que o profissional de saúde tem o dever de revelar ao seu paciente, em exercício de razoável cuidado, a proposta de tratamento, ou o tratamento alternativo, ou nenhum dos dois, possibilitando-lhe a escolha de aceitar ou não o tratamento, de maneira inteligente, através da análise razoável da possibilidade dos riscos contra os prováveis benefícios.

O aspecto interessante do entendimento está associado à perspectiva de que esse tipo de decisão se coaduna com a troca de informações entre os profissionais de saúde e o paciente, a qual ocorre ao longo do tempo, evitando-se a ideia de que um formulário assinado é a essência do consentimento.

A crítica a esse conceito é que o consentimento informado não pode ser reduzido a uma decisão em conjunto, pois continuaria sendo obtido em muitos contextos de pesquisas e de atendimentos emergenciais onde não haveria decisão

³¹⁸Texto original: "Informed Consent. A person's agreement to allow something to happen (such as surgery) that is based on a full disclosure of facts needed to make the decision intelligently; i.e., knowledge of risks involved, alternatives, etc. Informed consent is a name for a general principle of law that a physician has a duty to disclose, what a reasonable physician in the medical community in the exercise of reasonable care would disclose to his patient as to whatever grave risk or injury might be incurred from a proposed course of treatment, so that a patient, exercising ordinary care for his own welfare, and faced with a choice of undergoing the proposed treatment, or alternative treatment, or none at all, may intelligently exercise his judgment by reasonably balancing the probable risks against the probable benefits." Tradução da autora: "Consentimento Informado. Um acordo de pessoa (contrato) para permitir que alguma coisa aconteça (como uma cirurgia) baseada numa completa revelação de fatos necessários para fazer a decisão inteligentemente; isto é, conhecimento dos riscos envolvidos, alternativas, etc. Consentimento Informado é o nome para um princípio geral da lei que um profissional de saúde tem o dever de revelar, que um razoavelmente prudente profissional de saúde na comunidade médica em exercício de razoável cuidado, deveria revelar para seu paciente, como uma proposta de tratamento, para este paciente, exercitando o cuidado básico para seu próprio bem-estar, e encarando a escolha de aceitar a proposta de tratamento, ou o tratamento alternativo, ou nenhum dos dois, deve exercer de maneira inteligente seu julgamento através da análise razoável dos riscos contra os prováveis benefícios." (GARNER, Bryan A. (editor). **Black's Law Dictionary with Pronunciations**. 7th ed. St. Paul: West Publishing Group, p. 701 apud ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 81 e 82).

conjunta, constituindo-se, dessa maneira, um equívoco³¹⁹.

O próprio Black's Law Dictionary³²⁰, em edição posterior, parece restringir o seu entendimento sobre o consentimento informado, abordando-o não como um contrato, mas como um acordo no sentido de concordância de uma pessoa para permitir que algo aconteça a partir do pleno conhecimento dos riscos envolvidos e as alternativas; isso possibilitaria a escolha consciente de um paciente sobre o tratamento ou procedimento, com base nas informações recebidas, de um médico ou outro profissional de saúde, a respeito dos riscos envolvidos no tratamento proposto. Neste sentido, a autonomia do paciente pode se apresentar como observada pelo profissional de saúde, e não somente a beneficência.

Deste modo, Ruth Faden e Beauchamp³²¹ apresentam dois conceitos de consentimento livre e esclarecido. Entretanto, eles esclarecem que, geralmente, a discussão legal, filosófica, regulamentar, médica e as literaturas psicológicas sobre consentimento informado têm sido em termos dos seus elementos.

Esses elementos são identificados como componentes analíticos do

³¹⁹BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.163.

³²⁰GARNER, op.cit. Texto original: "1. A person's agreement to allow something to happen, made with full knowledge of the risks involved and the alternatives. 2. A patient's knowing choice about treatment or a procedure, made after a physician or other healthcare provider discloses whatever information a reasonably prudent provider in the medical community would provide to a patient regarding the risks involved in the proposed treatment."

Tradução livre: "1. Concordância de uma pessoa para permitir que algo aconteça, feita com pleno conhecimento dos riscos envolvidos e as alternativas. 2. Escolha consciente de um paciente sobre o tratamento ou procedimento, feita depois que um médico ou outro profissional de saúde divulga informações que um provedor razoavelmente prudente na comunidade médica poderia dar a um paciente sobre os riscos envolvidos no tratamento proposto."

³²¹Texto original: Legal, philosophical, regulatory, medical, and psychological literatures have generally discussed informed consent in terms of its "elements."

The following elements have been identified as the concept's analytical components:

1. Disclosure,
2. Comprehension,
3. Voluntariness,
4. Competence,
5. Consent.

(FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 274). Tradução livre: "Legal, filosóficos, regulamentar, médica, e nas literaturas psicológicas geralmente têm discutido o consentimento informado, em termos de seus "elementos".

Os seguintes elementos foram identificados como componentes analíticos do conceito:

1. Divulgação,
2. Compreensão,
3. Voluntariedade,
4. Competência,
5. Consentimento".

conceito de consentimento livre e esclarecido, sendo eles os seguintes: divulgação, compreensão, voluntariedade, competência, consentimento.

Na conformação do entendimento do conceito de consentimento informado, pelo panorama dos seus elementos, Beauchamp e Childress³²² afirmam que a literatura legal, a regulamentária, filosófica e psicológica tendem a favorecer, como componentes analíticos do consentimento informado, esses cinco elementos citados.

Admitem Faden e Beauchamp que o rótulo deste último elemento (*consentimento*) não é consenso em algumas análises, uma vez que alguns analistas o omitem ou preferem chamá-lo de elemento de decisão compartilhada ou colaboração, como substituto do paciente ou sujeito³²³.

Ruth Faden e Beauchamp³²⁴ asseveram que pode haver mais

³²²BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.165.

³²³NOTA: Texto original: “The fifth element is labeled ‘consent’ in only a few analyses. Some commentators omit it entirely as an element; others prefer to call this element decision, and still others prefer to emphasize shared decisionmaking or collaboration as a substitute for the consent of a patient or subject”. (FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 274 e 275). Tradução livre: “O quinto elemento é rotulado de ‘consentimento’ em apenas algumas análises. Alguns analistas preferem omiti-lo totalmente como um elemento, enquanto outros preferem chamar este elemento de decisão, ou ainda preferem enfatizar de decisão compartilhada ou colaboração como substituto do paciente ou sujeito. Seja qual for a formulação precisa, o quinto elemento refere-se à fase final no ato de dar um consentimento informado”.

³²⁴“Indeed, there may be more consensus on this analysis of informed consent into its elements than on any other topic in the literature on informed consent. These elements are also extensively used in this literature as the conditions in a definition of informed consent—or, as some prefer to say, as the conditions in a definition of valid consent.⁴ According to this mode of definition, X is an informed consent if and only if some of the elements 1-5 above are conditions that are satisfied in the circumstances. Precisely which of the five elements is used varies from theory to theory. Transformation of all five elements into a definition of informed consent yields the following: Action X is an informed consent by person P to intervention I if and only if:

1. P receives a thorough disclosure regarding I,
2. P comprehends the disclosure,
3. P acts voluntarily in performing X,
4. P is competent to perform X, and
5. P consents to I.”

(FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 275). Na verdade, pode haver mais consenso sobre a análise do consentimento informado em seus elementos do que em qualquer outro tópico na literatura sobre o consentimento informado. Estes elementos também são amplamente utilizados na literatura como as condições de uma definição de consentimento informado – ou, como alguns preferem dizer, como as condições de uma definição de consentimento válido. De acordo com este modo de definição, X é um consentimento informado se, e somente se, alguns dos elementos 1-5 acima são condições que estão satisfeitas com as circunstâncias. Precisamente quando um dos cinco elementos é utilizado varia de teoria para teoria. Transformação de todos os cinco elementos em uma definição de consentimento informado produz o seguinte: Ação X é um consentimento informado por uma pessoa P para a intervenção I se, e somente se:

1. P recebe uma divulgação adequada quanto I,

consenso sobre a análise dos elementos do consentimento informado do que em qualquer outro tópico na literatura sobre o tema. Pois, creem os autores que “estes elementos também são amplamente utilizados na literatura como as condições de uma definição de consentimento informado – ou, como alguns preferem dizer, como as condições de uma definição de consentimento *válido*”³²⁵.

Ao buscarem respostas para o que é consentimento informado, Ruth Faden e Beauchamp afirmam que o ponto central para uma resposta adequada está na distinção que fazem, em sua obra, entre dois conceitos, ou dois sentidos³²⁶, do consentimento informado, os quais denominam de *sense1* e *sense2* ou *sentido1* e *sentido2*, conforme tratar-se-á adiante.

Nas lições desses autores, o “sentido1” do consentimento informado “é definido em termos das condições de um tipo particular de ação autônoma, uma autorização autônoma”. Neste sentido, a autorização é determinada pelo fato de o ato ser uma autorização autônoma. De outra forma, um consentimento informado em sentido2 “é definido em termos de efetiva autorização, onde a natureza e a aceitabilidade das autorizações são estabelecidas pelo operativo das regras do consentimento informado em um sistema de políticas específicas”. Portanto, neste

2. P compreende a divulgação,
3. P atua voluntariamente na realização de X,
4. P é competente para executar o X, e
5. consente a I.”

³²⁵NOTA: Sobre a análise dos cinco elementos citados, os autores fazem a seguinte ponderação: “The transformation of the above five-fold set of elements into a definition of informed consent thus raises as many problems and confusions as it offers insights. There is no necessary association between these elements and logical conditions. That is, there is no necessary connection between an analytical listing of the hallmark characteristics of informed consent and the logically necessary and sufficient conditions of informed consent that govern its meaning. Neither is there a necessary association between the logical conditions of informed consent and normative requirements (duties and the like) governing the obtaining of consent, although the two have often been uncritically conflated.⁷ To assert that some condition - for example, voluntariness - must be present could be either a normative claim or could be a purely logical (conceptual) claim.⁸ Our task in the following pages is the purely logical one of providing a conceptual analysis of informed consent” (FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 276). Tradução livre: “A transformação do conjunto dos cinco elementos acima em uma definição do consentimento informado, assim, levanta muitos problemas e confusões, como oferece discernimentos. Não há associação necessária entre esses elementos e condições lógicas. Ou seja, não há necessária conexão entre uma listagem analítica do marco característico do consentimento informado e a lógica necessária e suficientes condições de consentimento informado que regem o seu significado. Nem há uma associação necessária entre as condições lógicas de consentimento informado e os requisitos normativos (deveres e semelhantes) que regem a obtenção de consentimento, embora ambos tenham sido frequente e acriticamente conflitados. Para afirmar que alguma condição – por exemplo, a voluntariedade – deve estar presente, poderia ser uma afirmação normativa ou poderia ser uma afirmação puramente lógica (conceitual)”.

³²⁶FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 275 e 283.

ângulo, as regras ou os requisitos de consentimento informado são desenvolvidos em contextos institucionais. Neste desiderato, requerem "porteiro", como normas de padrão de competência, consideradas essenciais³²⁷.

Faden e Beauchamp, portanto, argumentam que o "consentimento informado" tem dois sentidos distintos ou usos gerais. No primeiro sentido (*sense1*), o termo assume um tipo especial de autonomia da ação, significando uma autorização autônoma por um paciente ou sujeito. No segundo sentido (*sense2*), o termo é visto como regras do consentimento informado em políticas públicas e contextos institucionais³²⁸.

Casabona³²⁹ leciona que, em geral, o consentimento constitui, do ponto de vista jurídico, uma categoria jurídica com uma longa tradição, sendo "a materialização da manifestação da vontade e da livre concorrência de vontade entre as partes de uma relação, isto é, da autonomia, própria das relações jurídico-

³²⁷NOTA: Texto original: "What is an informed consent?" Central to an adequate answer is the distinction we have drawn between two concepts, or two senses, of informed consent. Informed consent in sense1 is defined in terms of the conditions of a particular kind of autonomous action: an autonomous authorization. Whether an attempted authorization actually authorizes is determined by whether the act is an autonomous authorization. By contrast, an informed consent in sense2 is defined in terms of effective authorization, where the nature and acceptability of authorizations are established by operative informed consent rules in a particular policy system. These rules or requirements of informed consent in sense2 are developed in institutional contexts in which "gatekeeper" requirements, such as competence standards, are essential" (FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 293) Tradução livre: "O que é um consentimento informado?" Central para uma resposta adequada é a distinção que temos traçada entre dois conceitos, ou dois sentidos, do consentimento informado. O consentimento informado em sentido1 é definido em termos das condições de um tipo particular de ação autônoma, uma autorização autônoma. Se uma tentativa de autorização realmente autoriza, é determinado pelo fato de o ato ser uma autorização autônoma. Por outro lado, um consentimento informado em sentido2 é definido em termos de efetiva autorização, onde a natureza e a aceitabilidade das autorizações são estabelecidas pelo operativo das regras do consentimento informado em um sistema de políticas específicas. Estas regras ou requisitos de consentimento informado na sense2 são desenvolvidos em contextos institucionais em que requerem "porteiro", como normas de padrão de competência, são essenciais.

³²⁸NOTA: Texto original: "We argue that "informed consent" has two distinct senses or general uses. In the first sense, an informed consent is a special kind of autonomous action: an autonomous authorization by a patient or subject. The second sense of "informed consent" is analyzable in terms of rules governing informed consent in public policy and institutional contexts". (FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 274). Tradução livre: "Nós argumentamos que "consentimento informado" tem dois sentidos distintos ou usos gerais. No primeiro sentido, o termo de consentimento informado é um tipo especial de autonomia ação: uma autorização autônoma por um paciente ou sujeito. O segundo sentido de "consentimento informado" é analisável em termos de regras de consentimento informado em políticas públicas e contextos institucionais".

³²⁹CASABONA, Carlos María Romeo (b). O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (orgs.). **Biociotecnologia e suas implicações ético-jurídicas** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.128. p.128.

privadas nos negócios jurídicos, em particular no contrato”.

Contudo, Casabona³³⁰ esclarece que, no âmbito médico, o consentimento não é apenas um componente do negócio jurídico, no sentido do Direito Civil. Na atualidade, o consentimento “pode ser concebido primordialmente como um direito, subjetivo, que entronca com diversos direitos fundamentais e que, enquanto tal, confere legitimidade ao ato médico nas demais e variadas projeções jurídicas que possa apresentar o dito ato”.

Entretanto, a forma como o princípio do consentimento informado se dá depende de valores culturais e, portanto, do contexto social em que se vive, e não apenas de uma comum noção normativista.

Neste sentido, ao tratar do consentimento, considerando o contexto cultural em uma perspectiva antropológica, Maria do Céu Patrão Neves³³¹ afirma que “a comum noção normativista de 'consentimento' não é a única nem se reveste de validade universal”. Segundo a autora, dentro de um contexto histórico-cultural, surgem novas expressões do consentimento que se adaptam aos diferentes contextos sociais e que podem ser implementadas em países em vias de desenvolvimento.

Maria do Céu Patrão Neves, com o objetivo de justificar a pertinência e a validade do consentimento, demonstra que, para sua determinação e significação, mais genuína e relevante, remontando para além de seu significado normativista dominante, requer identificar ou simplesmente esboçar outras formas possíveis de sua expressão no mundo em que se vive³³².

Para chegar às suas conclusões, a autora percorre a análise sobre o consentimento, esboçando três significados que ele assume e que revelam a possibilidade de se buscar outras formas que se coadunem com a realidade de cada sociedade: o “consentimento como paradigma privilegiado da bioética (significado ético-jurídico)”; “o valor simbólico do consentimento (significado sócio-cultural)”; e o “consentimento como promoção do humano (significado humanista-personalista)”³³³.

No primeiro, o consentimento é apresentado como paradigma

³³⁰CASABONA (b), op. cit., p.129.

³³¹NEVES (b) op. cit., p. 489.

³³²Ibid., p. 487.

³³³Ibid., p. 487.

privilegiado da bioética e possui sentido ético-jurídico. Assim, “designa a anuência explícita de um indivíduo a uma proposta de acção biomédica relativa ao seu estado de saúde, adquirindo diferentes especificações conforme se reporta ao âmbito da investigação médica ou da prática clínica”. Para tanto, o ato de consentimento será consciente, esclarecido e voluntário³³⁴.

Vale ressaltar que será o ato consciente, na medida em que a pessoa é considerada competente tanto do ponto de vista psíquico, quanto do ponto de vista jurídico, para o aspecto preciso, concreto e singular a que se irá referir a sua autorização. Da mesma forma, será esclarecido se a pessoa compreendeu corretamente a informação prestada sobre o procedimento em si e seus eventuais efeitos secundários. Por fim, será voluntário, na medida em que a pessoa que consente é totalmente livre tanto para conceder, como para recusar o seu consentimento em qualquer momento do processo que gerou a sua possibilidade³³⁵.

Para Maria do Céu Patrão Neves³³⁶, a noção de consentimento que tem dominado a história da bioética possui uma raiz ético-jurídica, sendo, assim, um conceito principialista, pelo seu fundamento e legalista, pelo seu procedimento. Ou seja, tem natureza normativista, na medida em que impõe critérios e procedimentos para a sua obtenção.

Segundo esta autora, o entendimento de consentimento como uma exigência ética atua, principalmente, ao nível das relações interpessoais, tendo em vista a obrigatoriedade de se respeitar a autonomia do outro e, simultaneamente, atuar como um requisito legal, que possui particular importância nas relações em sociedade, como um direito individual que a sociedade protege.

Portanto, este conceito de consentimento é que se constitui um paradigma privilegiado da bioética. Entretanto, Maria do Céu Patrão Neves ainda alerta para o fato de que a justificação jurídica não é em si mesma suficiente para fundamentar a adoção alargada do consentimento informado na forma como hoje se conhece, uma vez a sua validade tem dependência direta dos respectivos sistemas jurídicos nacionais. “O amplo reconhecimento da obrigatoriedade do ‘consentimento’

³³⁴NEVES (b) op. cit., p. 488.

³³⁵Ibid., p. 488.

³³⁶Ibid., p. 490, 491 e 492.

só poderá enraizar-se num plano que aspire à universalidade, a que apenas o filosófico corresponde”³³⁷.

No segundo sentido, sociocultural, o valor simbólico do consentimento decorreria da concepção de que todos os homens nascem livres e iguais e qualquer forma de governo teria de merecer o livre assentimento de todos e cada um³³⁸.

Já no terceiro, o sentido humanista-personalista, a fundamentação da concepção maximamente ampla de consentimento, personalista, está na pessoa, sem qualquer condicionante, e não apenas na pessoa enquanto agente moral autônomo, que conduz a mecanismo de discriminação e de exclusão³³⁹.

Mônica Aguiar³⁴⁰ apresenta o consentimento informado como “uma relação dialógica entre o médico e o anuente que, ao consentir, deve confirmar o esclarecimento que obteve”.

Para essa a autora, consentimento informado resulta do encontro entre o médico, detentor da informação, e o paciente e demais interessados, que dela necessitam. O cumprimento desse dever ocorre quando todos os dados de que o médico dispõe sobre as técnicas sugeridas e suas consequências tenham sido repassados às pessoas interessadas; não acontecendo tal cumprimento se o médico, “ao 'informar', despir-se da neutralidade imprescindível à aceitação de escolha contrária àquela que julga a mais acertada, pois, a finalidade da informação se exaure com a recepção dos dados pelos destinatários”³⁴¹.

Portanto, apenas quando se esgota, totalmente, essa mutualidade, “é que se pode afirmar ter havido consentimento informado, que é dever secundário, anexo ou instrumental, consoante já realçado, em face do principal, de realizar a técnica propriamente dita”³⁴².

Portanto, “uma ética dialógica, na medida em que valoriza o poder da comunicação, permite ascender facilmente a esta concepção personalista de 'consentimento’³⁴³.”

³³⁷Ibid., p. 490 a 492.

³³⁸NEVES (b), op. cit., p. 492 a 495.

³³⁹Ibid., p. 492 a 495.

³⁴⁰AGUIAR, op. cit., p.78-79.

³⁴¹Ibid., p.79.

³⁴²Ibid., p.79.

³⁴³NEVES (b), op.cit., p.487 a 498.

No conceito de consentimento informado, torna-se importante considerar esses direitos para que se possa entender o seu sentido. Conforme já anotado, a ideia de autonomia conduz a um ato de liberdade no agir e no pensar, ao mesmo tempo em que remete à ideia de capacidade para a sua prática. Logo, o respeito aos direitos nem sempre significará que todos têm autonomia para consentir uma intervenção médica, por lhes faltar capacidade de exercício de direito.

Ao assinalar dois sentidos para o consentimento informado, que levam a concepções diferentes desse conceito, Beauchamp e Childress³⁴⁴ afirmam que se deve indagar, para cada um desses sentidos, o que é consentimento informado.

No primeiro sentido, “um consentimento informado é uma autorização autônoma dada por indivíduos para uma intervenção médica ou envolvimento numa pesquisa”. No segundo sentido, “o consentimento informado refere-se somente a uma autorização institucional ou legalmente efetiva, conforme determinado pelas regras prevaletentes”³⁴⁵.

Fica evidente que, no primeiro sentido, a base para o consentimento informado é a autonomia e ele, que deve ser voluntário, é o instrumento pelo qual se autoriza um tratamento médico ou uma participação em pesquisas. Nessa linha de pensamento, um consentimento informado só “ocorre se, e somente se, um paciente ou sujeito de pesquisa, com um entendimento substancial e numa substancial ausência de controle por parte de outros, intencionalmente autoriza um profissional a fazer algo”³⁴⁶.

Em outras palavras, para que se realize, por exemplo, um tratamento de saúde, é imprescindível a autorização, através do consentimento informado, de pessoa consciente e capaz, tornando o fato atípico³⁴⁷.

Pelas regras do segundo sentido, o consentimento informado não é um

³⁴⁴BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.163.

³⁴⁵Ibid., p.164.

³⁴⁶Ibid., p.164.

³⁴⁷NOTA: Um exemplo típico desta visão de consentimento é o caso clássico Mohr versus Williams: um médico obteve o consentimento de Anna Mohr para operação em seu ouvido direito. Durante a operação, o cirurgião determinou que, em vez do direito, o ouvido esquerdo precisava ser operado. Um tribunal considerou que o médico deveria ter obtido o consentimento da paciente para a cirurgia no ouvido esquerdo: “Se um médico aconselha a um paciente que se submeta a uma operação específica e o paciente pesa os perigos e os riscos inerentes a essa ação e, por fim, consente, ele, desse modo, trava, de fato, um contrato que autoriza o médico a operar de acordo com o consentimento dado, e nada além disso (BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.164).

ato necessariamente autônomo. A sua análise é feita com base nas “regras sociais de consentimento nas instituições que têm de obter consentimento legalmente válido para pacientes ou sujeitos de pesquisas antes de proceder aos procedimentos terapêuticos ou à própria pesquisa”³⁴⁸.

Nestes termos, é possível que um paciente ou sujeito de pesquisa autorize, autonomamente, uma intervenção e, portanto, dê um consentimento informado na forma do primeiro sentido, sem que isto signifique autorizar essa intervenção, ou seja, sem que signifique dar um consentimento na forma do segundo sentido³⁴⁹. Um consentimento, sob esta visão, só será efetivo se seguir as regras institucionais vigentes.

Esses sentidos podem se completar, pois, ainda que o segundo sentido permita autorização através de um consentimento informado com base nas regras sociais, e, portanto, institucionais, pode não cumprir o verdadeiro desiderato, que seria possível através do primeiro sentido, onde o modelo é a autonomia do indivíduo. Nessa linha de pensamento, Beauchamp e Childress julgam “inquestionável que o modelo da escolha autônoma deva servir como referência para a adequação moral das regras institucionais”³⁵⁰.

Isto se explica, uma vez que o papel do consentimento informado vai além de um documento formal autorizador, como se verá mais adiante.

Entretanto, não se pode olvidar que a informação e o consentimento informado são obrigações legais. Constituem-se em meio de respeito à autonomia ou autodeterminação dos pacientes, cujos direitos fundamentais e civis não são afetados, mantendo-se em plena vigência ainda que haja uma situação de debilidade em que se possam encontrar, por motivos dos padecimentos que sua enfermidade promove³⁵¹.

Assim, nestes casos, em que a capacidade de formar e manifestar sua vontade possa diminuir, a regra é que sejam chamadas terceiras pessoas a prestar o consentimento, a exemplo dos seus representantes legais³⁵². Esta pode ser uma

³⁴⁸BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 164.

³⁴⁹Ibid., p.164.

³⁵⁰Ibid., p.165.

³⁵¹CASABONA (a), op.cit., p.130.

³⁵²Ibid., p.130.

maneira de preservar a autonomia (primeiro sentido) e garantir a legalidade institucional (segundo sentido).

Entretanto, o consentimento informado não deve se resumir a exigências jurídicas para que o ato médico seja válido, quer seja respeitando a autonomia do paciente, quer seja através de leis e normas sociais que obriguem certas condutas dos profissionais da área médica e de pesquisa. Ao mesmo tempo, deve-se buscar o entendimento do consentimento informado como um pressuposto para o alcance de outros objetivos não menos importantes, como são os serviços médicos e sanitários. Assim, deve também “assegurar a manutenção da relação de confiança entre profissional sanitário e o paciente e, finalmente, contribuir para elevar o nível da qualidade assistencial”³⁵³.

O primordial nesta relação, em que o consentimento informado possa garantir o nível de informação técnica adequado à compreensão do paciente ou do participante de uma pesquisa médica – a ponto de, respeitado sua condição para consentir, autorizar esse tratamento ou pesquisa – se refere à relação entre o profissional de saúde ou pesquisador e o indivíduo que autoriza as intervenções. Esta relação é que pode propiciar o bem-estar e o resultado positivo pretendido em favor daquele que consente, por considerar não somente as informações recebidas, mas a confiança de que se busca fundamentalmente o seu bem-estar.

Na busca do conceito de consentimento informado, torna-se relevante a apreciação do que especificam os seus elementos. Estes são especificados em componente de informação e componente de consentimento³⁵⁴.

Assim, o primeiro, o componente de informação, diz respeito à revelação da informação e à compreensão do revelado. Ou seja, não basta que se apresentem os dados, possibilidades de riscos, entre outros, é também necessário fazer ver ou fazer perceber claramente o conteúdo do revelado, possibilitando o verdadeiro entendimento do que se revelou.

Quanto ao segundo, componente de consentimento, este diz respeito à decisão e a anuência voluntárias de um indivíduo para que possa se submeter ao procedimento recomendado. Ou seja, a decisão, que tem na revelação adequada

³⁵³CASABONA (a), op.cit., p.132.

³⁵⁴BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 165.

um dos seus suportes, não pode sofrer qualquer tipo de interferência externa que retire do indivíduo a sua vontade, o que está em seu poder, o que depende de seu arbítrio. Assim, poderá fazer ou deixar de fazer alguma coisa por vontade e sem constrangimento e, ao anuir, autoriza espontaneamente, como devem ser os atos voluntários.

Nessa linha de pensamento, “um indivíduo dá um consentimento informado para uma intervenção se (e, talvez somente se) for capaz de agir, receber uma exposição completa, entender a exposição, agir voluntariamente e consentir na intervenção”³⁵⁵.

A autodeterminação deste indivíduo deve ser respeitada, não devendo sofrer coações ou mesmo decidir com base em informações falsas ou incompletas, pois os seus direitos fundamentais têm de ser protegidos, ainda que seja preciso, para tanto, normas éticas e jurídicas entendidas pela sociedade como necessárias ao respeito à individualidade, que o consentimento livre informado possibilita.

3.4.3 Regime e legalidade

Na relação médico x paciente, não mais se discute se este tem o direito a decidir sobre seu próprio tratamento. Dessa forma, surge a necessidade de outorgar seu consentimento depois de ter recebido toda a informação necessária, podendo negá-lo se assim considerar mais conveniente para seus interesses pessoais³⁵⁶. O amparo legal para tanto se encontra-se nos vários preceitos constitucionais³⁵⁷.

De acordo com Casabona, o paciente tem direito, em primeiro lugar, à

³⁵⁵Beauchamp e Childress apresentam uma lista em que classificam estes elementos e fazem algumas qualificações. O consentimento informado conteria: I. Elementos iniciais (pré-condições), composto de 1. Capacidade (de entender e decidir) e 2. Voluntariedade (ao decidir); II. Elementos da informação, composto da 3. Revelação (da informação material), 4. Recomendação (de um plano), 5. Entendimento (da revelação e da recomendação); III. Elementos do consentimento: 6. Decisão (em favor de um plano), 7. Autorização (do plano escolhido) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.166 e 167).

³⁵⁶CASABONA (a), op.cit., p.135-136.

³⁵⁷Ibid., p.135-136.

informação completa e contínua, verbal e escrita sobre seu tratamento, incluindo diagnóstico, prognóstico e alternativas de tratamento. Esta informação deve ser fornecida em termos compreensíveis, tanto para ele quanto para seus familiares. Em segundo lugar, o paciente também tem “o direito de que possa eleger livremente entre as opções apresentadas pelo responsável médico de seu caso, sendo necessário o prévio consentimento escrito do usuário para qualquer intervenção, sem prejuízo de prever alguma exceção”³⁵⁸. Em terceiro, o paciente tem o direito de negar-se ao tratamento, não se permitindo, assim, a intervenção médica.

A exceção, como será visto, deve ser observada nas situações em que a não-intervenção suponha um risco para a saúde pública; quando não esteja capacitado para tomar decisões, momento em que esse direito corresponderá ao de seus familiares ou pessoas e quando a urgência não permita demoras, pelo risco de ocasionar lesões irreversíveis ou existir perigo de falecimento³⁵⁹.

De maneira geral, o regime do consentimento informado deve respeitar, dentre outros direitos, a exigência de autorização do paciente para ser submetido a um procedimento que possa ser utilizado em função de um projeto docente ou investigação; a eleger o médico e os demais profissionais sanitários titulados, de acordo com as condições que se estabeleçam³⁶⁰. Assim como não deve contrariar a ordem pública e os bons costumes³⁶¹.

A legislação deve propiciar o provimento desses direitos, garantindo-os para todas as pessoas.

3.4.4 Informação e os Sujeitos

A informação ao paciente se constitui em papel fundamental no consentimento informado. Dentro desse contexto, o profissional de saúde, como

³⁵⁸ Ibid., p.136.

³⁵⁹ CASABONA (a), op.cit., p.136.

³⁶⁰ Ibid., p.136.

³⁶¹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido: na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.202.

sujeito do consentimento, tem o dever de possibilitar a compreensão – através de um esclarecimento que possua clara representação do tratamento que pretende administrar³⁶² – pelo paciente ou por seu representante legal, dos riscos e dos benefícios a que se submeterá no tratamento de saúde.

Assim, o consentimento deve ocupar-se de “tratar ao mesmo tempo a informação, suas relações e respectivas diferenças, que são especialmente marcadas no âmbito das relações entre o médico e o paciente – o usuário”³⁶³.

Salienta-se que a informação ao paciente ou ao usuário dos serviços de saúde foi recentemente introduzida na prática médica, o que não se quer dizer com isto que, anteriormente, não houvesse a prática de informar o paciente. O que não ocorria era no sentido de obrigação legal para os profissionais de saúde. Era visto como algo discricional e provavelmente condicionado à receptividade que se presumia que pudesse ter o paciente³⁶⁴.

Casabona³⁶⁵ ensina que “a informação se vincula normalmente ainda como uma parte do processo do consentimento que outorga o paciente. Entretanto, apresenta diversas formas ou objetivos”. Contudo, esse autor afirma que, do ponto de vista jurídico, é possível distinguir três classes de informação, que diferem fundamentalmente em seus objetivos respectivos. A primeira, a informação como objeto da consulta ou finalidade do ato médico; a segunda, a informação como parte do tratamento (informação terapêutica); e, a terceira, a informação como pressuposto do consentimento.

É considerado como sujeito do consentimento informado quem deva emití-lo, ou seja, o paciente. Somente nos casos de exceção, quando o paciente não se encontra em situação de emití-lo, terceiros poderão outorgá-lo em seu lugar. Em se tratando dos profissionais de saúde, estes são considerados meros receptores ou depositários do consentimento, constituindo-se em destinatários do consentimento, uma vez que o ato de receberem o consentimento não exaure as implicações deste instrumento. Afinal, o consentimento, neste caso, “se reveste da máxima importância, dado que é o ato que outorgará legitimidade a todas as

³⁶²Ibid., p.202.

³⁶³CASABONA (a), op.cit., p.143.

³⁶⁴Ibid., p.143.

³⁶⁵CASABONA (a), op.cit., p.143 e 146.

atuações que realizem e se encontrem cobertas por aquele”³⁶⁶.

3.4.5 Requisitos

Não é suficiente, para que o consentimento seja válido, que seja emitido pelo paciente ou responsável.

O consentimento informado requer determinados requisitos para que possa ser considerado válido e assim cumpra o desiderato de se permitir tratamento médico com a devida anuência do paciente, que o faz de forma consciente por obter todas as informações necessárias para tanto.

São requisitos indispensáveis, segundo Casabona³⁶⁷: de ser livre e consciente, que não se rompe pelo fato do paciente renunciar à informação e preste, apesar disto, seu consentimento; deve estar ausente de vícios na formação ou na manifestação da vontade e, portanto, livre de erro, ou seja, o sujeito deve possuir clara representação do alcance do ato ou atos sobre os quais vai consentir, devendo, por isso, estar devidamente informado; livre de engano, de coação ou de qualquer outro vício usado para obter o consentimento do sujeito, preterindo-se a livre e consciente vontade.

Os requisitos que o consentimento outorgado pelo paciente deve reunir, que independem do desmembramento que se possa realizar dos mesmos, são a retificação e a revogação, que ocorrem antes ou após a manifestação. Têm-se, como exemplo da necessidade desses requisitos, as situações: que afetam a capacidade do paciente para consentir; que ocorrem concomitantes à manifestação da vontade e o próprio alcance do consentimento, como o objeto, a forma e o momento do mesmo; e os que ocorrem posteriormente à sua manifestação, mas anteriores à realização completa do fato consentido. São eles, requisitos gerais³⁶⁸:

Do exposto, os requisitos inerentes ao consentimento informado são

³⁶⁶Ibid., p.147 e 148.

³⁶⁷CASABONA (a), op.cit., p.146.

³⁶⁸Ibid., p.146.

essenciais para a sua validade.

3.4.6 Objeto

A definição do objeto do consentimento é necessária para precisar com qual alcance foi outorgado. Neste sentido, se reveste de importância jurídica, uma vez que o consentimento do paciente determina o campo de atuação no qual o médico pode desenvolver licitamente suas atividades³⁶⁹.

Outro aspecto relevante trazido por Casabona é o caráter pessoal do consentimento do paciente, somente alcançando aquele médico a quem foi dado. Esclarece ainda esse autor que também deve ser entendido que o consentimento outorgado para uma ou várias intervenções médicas, incluindo as diagnósticas, para um determinado profissional de saúde, estende-se a todos os demais profissionais que devam participar delas. A exceção a esta regra dar-se-á quando “o paciente tenha expressamente indicado que seja um determinado profissional quem deva realizá-lo, ficando seu representante excluído do alcance do consentimento”³⁷⁰.

Casabona leciona que o consentimento também deve referir-se a outros aspectos. Assim, deve conter a classe do ato médico, se de diagnóstico ou tratamento e os limites ou extensão desses atos. O consentimento não cobre ampliação de atos médicos, devendo o médico abster-se de realizá-la, aguardando a obtenção de um novo consentimento com todos os requisitos necessários. Nos casos de ampliação urgente e necessária, tratar-se-á de uma intervenção com ausência de consentimento.

O conteúdo do consentimento compreende as possibilidades de êxito e os riscos previsíveis, que serão também assumidos pelo paciente. Ressalta-se que “o consentimento do paciente só pode se estender ao tratamento realizado corretamente, ou seja, medicamente indicado como medida terapêutica e realizado conforme *a lege artis*, sem importar, então, que o tratamento tenha alcançado ou

³⁶⁹Ibid., p.158.

³⁷⁰CASABONA (a), op.cit., p.158 e 159.

não o objetivo proposto, pois nisto consiste a assunção do risco, uma vez que não depende sempre do médico o resultado favorável”³⁷¹.

3.4.7 Forma

A forma do consentimento determina “como devem ficar registrados os requisitos do consentimento, em particular a informação prévia e o próprio ato do consentimento”³⁷². Este pode assumir a forma de escrito, verbal, tácito, presumido, entre outros.

De acordo com José Henrique Pierangeli, “o consentimento independe de forma determinada”. Entretanto, o autor acrescenta que se deve dar destaque ao consentimento prestado de modo expresso, seja por palavra, escrito, gesto e até por omissão, “porque ele pode assumir particular importância quando ligado à sua revogação, na relevância do erro, e, por último, pela relevância que a forma pode assumir em relação aos elementos acidentais: condição, termo e modo”³⁷³.

Nessa linha de pensamento, o autor apresenta, de maneira resumida, as seguintes formas de consentimento expresso: mediante comunicação oral feita diretamente pelo consenciente ao destinatário (forma de comunicação direta) ou por comunicação oral realizada por meio de intérpretes, ou de mensageiro (forma de comunicação mediata); consoante escritos, o que pode ser feito por carta, bilhete, telegrama, publicação pela imprensa, ou por qualquer outra forma de comunicação escrita; e, por fim, ser manifestado através de qualquer ato conclusivo que permita fazer sugerir a sua real existência.

Para Casabona³⁷⁴, “a princípio não existe uma regra predeterminada, a exigir que o consentimento deva prestar-se em todo caso sempre por escrito, pois podem ser adotadas tanto esta modalidade como a verbal, segundo as circunstâncias e os atos médicos que serão praticados”. Segundo aquele autor, a

³⁷¹Ibid., p.159 e 160.

³⁷²Ibid., p.160.

³⁷³PIERANGELI, op.cit., p. 155 e p.156.

³⁷⁴CASABONA (a), op.cit., p.160-161.

maioria dos atos médicos se apoia em um consentimento verbal ou tácito, que não deve ser confundido com o consentimento presumido.

Anota ainda que, de uma maneira geral, onde é possível identificar os riscos prováveis, por serem conhecidos, o consentimento e a informação relevante que os contêm devem ser prestados por escrito, respectivamente, pelo paciente e pelo médico, principalmente quando esta intervenção implica, por exemplo, uma prática invasiva no corpo ou na mente do paciente, ressalvados os casos de urgências inadiáveis, de grave perigo à vida ou à saúde do paciente.

3.4.8 Exceções

Para que a atuação do médico seja lícita nas situações de tratamento do paciente é necessário o consentimento livre e informado deste. Por outro lado, ocorrem circunstâncias em que, nesta relação, não cabe a aplicação do consentimento informado, porque o paciente não está em condições de prestá-lo, como nos casos de tratamento de emergência, privilégio terapêutico e situações de compulsório³⁷⁵.

Dito de outra maneira, são casos típicos da possibilidade de exceção: quando o paciente não esteja capacitado para tomar decisões; quando concorram situações urgentes com risco vital ou de lesões irreversíveis para ele; quando a não-intervenção suponha um risco para a saúde pública³⁷⁶.

Para Casabona³⁷⁷, das três hipóteses citadas acima, apenas a última comporta, em sentido estrito, uma exceção ao direito de autonomia representado pelo ato de prestar consentimento, não se podendo afirmar o mesmo para as duas outras situações.

Esse autor esclarece que, para a situação em que o paciente não esteja capacitado para tomar decisões, o que se produz é apenas um deslocamento

³⁷⁵ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p.133 e 134.

³⁷⁶CASABONA (a), op. cit., p.164.

³⁷⁷Ibid., p.164.

dos sujeitos responsáveis para autorizar a intervenção, sem desaparecer o direito a prestar o consentimento e a obrigação do profissional de contar com ele, que deve ocorrer por meio de terceiros³⁷⁸.

Neste desiderato, Casabona entende que, na ocorrência de situações urgentes com risco vital ou de lesões irreversíveis para o paciente, não se pressupõe uma exclusão. O que ocorre é uma situação fática na qual, por motivos de grave urgência, não é possível esperar pela obtenção do consentimento, seja diretamente do paciente (por estar inconsciente), seja por seus representantes legais (se não localizados imediatamente)³⁷⁹.

A exceção do consentimento do paciente nos casos de tratamento de emergência resulta na dúvida se o médico pode atuar quando o paciente não se encontra em condições de consentir, ou mesmo quais os limites de sua atuação ou ainda se pode realizar todos os tratamentos que entenda por oportunos no interesse do paciente³⁸⁰.

Segundo Pierangeli³⁸¹, nas situações de emergência, o médico deve ter em consideração que a sua atuação está limitada à necessidade³⁸². Esta surge ante a comprovação de um perigo atual para a vida ou à integridade física do paciente, gerando a circunstância em que obriga o médico a atuar e realizar todos os atos que a situação fática está dele a exigir e não possibilite obter o consentimento de pessoa que possa representar o paciente. Tal seria, segundo o autor, a posição prevalente na doutrina, a qual entende o estado de necessidade como justificativa à intervenção médico-cirúrgica em paciente privado da faculdade de consentir.

³⁷⁸CASABONA, (a) op. cit., p.164.

³⁷⁹Ibid., p.164.

³⁸⁰PIERANGELI, op. cit., p. 212.

³⁸¹Ibid., p. 213.

³⁸²NOTA: Para Pierangeli, “esses limites são aqueles estabelecidos no art. 24 do CP: perigo atual de dano grave à pessoa do paciente que não possa de outro modo ser evitado e que exija a intervenção médica; necessidade de salvar o paciente, evitando-se, assim, um dano à sua pessoa; uma proporcionalidade entre tratamento médico e o perigo derivado da moléstia” (PIERANGELI, op. cit., p. 213). O Art. 24 do Código Penal assim estabelece: Art. 24 “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”. In: BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

Noutra perspectiva, a tese do consentimento presumido também é aceita pela doutrina. Wolfgang Frisch³⁸³ explica que a finalidade do instituto do consentimento presumido é dar solução aos casos em que uma intervenção só pode ser levada ao fim com o consentimento do interessado, entretanto, a pessoa que pode consentir não se encontra no momento em condições de fazê-lo, salvaguardando-se o respeito pelo direito de autodeterminação do interessado.

Wolfgang Frisch³⁸⁴ alerta para o fato de que a preocupação em garantir, na medida do possível, a autodeterminação, se espelha na significativa limitação do campo de aplicação do consentimento presumido. Segundo Frisch, “o campo de aplicação do instituto, está, assim, circunscrito às constelações fáticas em que, à vista das possíveis consequências da demora, não é possível ou, ao menos, parece insustentável esperar pela decisão do interessado”³⁸⁵.

Nas lições de Pierangeli³⁸⁶, a teoria do consentimento presumido só pode ser aceita parcialmente, uma vez que seria admissível quanto aos atos preparatórios e preventivos que precedem a cirurgia de que possa resultar em uma amputação ou mesmo morte. Entretanto, não seria aplicável para justificar a realização de uma intervenção cirúrgica que atinja um bem jurídico indisponível, se o paciente já recuperou os sentidos, nem sequer poderia justificar a atuação do médico sob a alegação de que executa o fato no interesse do paciente, quando esse interesse é considerado indisponível pela própria lei.

No consentimento presumido, o que decide a sua admissibilidade é a vontade presumida do paciente. Contudo, esse instituto deve ser rejeitado quando se conhecia previamente a vontade do paciente em recusar o tratamento. Não deve o consentimento presumido ser utilizado para certos casos, como o alargamento de operação³⁸⁷.

A exceção do consentimento nos casos de privilégio terapêutico está baseada “num julgamento fundamentado do médico de que divulgar a informação

³⁸³FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 14, n. 1 e 2. Janeiro-junho 2004. Director: Jorge de Figueiredo Dias. Portugal: Coimbra, p.107 e 108.

³⁸⁴Ibid., 107 e 108.

³⁸⁵Ibid., p.107-108.

³⁸⁶PIERANGELI, op. cit., p.213.

³⁸⁷FRISCH, op.cit., p.108 e 109.

seria potencialmente prejudicial a um paciente que está deprimido, emocionalmente esgotado ou instável³⁸⁸”.

De acordo com as lições de H. Tristram Engelhardt Jr., o privilégio terapêutico pode ser interpretado como uma forma de emergência³⁸⁹. Os casos em que o privilégio terapêutico é invocado são semelhantes às emergências, em que o paciente não pode ser consultado, pois o próprio fato de transmitir a informação tornaria impossível a decisão necessária, uma vez que a comunicação perturbaria o paciente de tal forma que a decisão competente seria impossível. Assim, havendo “indícios de que a revelação poderá prejudicar o paciente, deve-se igualmente supor que o paciente, na verdade, não desejaria ser prejudicado e, portanto, reservar uma justificação moral para o uso do privilégio terapêutico”³⁹⁰.

O uso da exceção do privilégio terapêutico se consubstancia na premissa de que a revelação de determinadas informações sobre o estado de saúde, para o próprio paciente, pode promover diversos efeitos prejudiciais. Nestes, incluem-se a ameaça à vida, a motivação de decisões irracionais e a geração de ansiedade e estresse à sua saúde física ou psíquica³⁹¹.

Tratando de exceção ao dever de obtenção do consentimento, Maria Helena Diniz³⁹² ensina que o consentimento livre e esclarecido do paciente somente será dispensado diante das situações: a) necessidade inadiável de prática médica de urgência, em razão de iminente perigo de vida (art. 46 do Código de Ética Médica)³⁹³, havendo objeção do paciente, de seu representante legal ou parente próximo; b) impossibilidade, ante a emergência séria e iminente, da situação e o

³⁸⁸BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.172.

³⁸⁹ENGELHARDT, H. Tristram Jr. **Fundamentos da Bioética**. Tradução: José Ceschin. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2008, p. 388.

³⁹⁰Ibid., p. 389.

³⁹¹BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.172.

³⁹²DINIZ, op. cit., p. 665 e 666.

³⁹³NOTA: Ressalte-se que o artigo do Código de Ética Médica citado por Diniz não se refere ao Código atual, que trata do mesmo assunto no artigo 22, em que veda ao médico: “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. In: CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução CFM Nº 1931/2009 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90 e Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173). O Código anterior assim tratava no artigo 46 a vedação ao médico: “Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”. In: CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução CFM Nº 1246/1988 (Publicada no D.O.U. de 26 de janeiro de 1988, Seção I, p. 1574-7).

perigo de demora, de obter o consento do paciente ou de seus familiares; c) situação especial que leva o médico a dar informação sobre o estado clínico de seu paciente a seu representante legal, parente próximo, cônjuge, companheiro ou até mesmo juiz competente para obter o consento para o exercício do ato médico; d) privilégio terapêutico; e) renúncia ao direito de ser informado³⁹⁴.

Embora Diniz não considere neste elenco de situações de tratamento obrigatório ou compulsório, este se apresenta como uma exceção ao dever de obtenção do consentimento informado.

Dentro deste contexto, Pierangeli³⁹⁵, ao cuidar do tratamento médico sem o consentimento do paciente, refere-se ao tratamento obrigatório, defendendo a

³⁹⁴NOTA: Maria Helena Diniz, com base em diversas obras, elenca cinco situações em que considera autorizadas da dispensa do consentimento livre e esclarecido do paciente, justificando cada uma: A primeira (letra a), [...] “Por estar em jogo o próprio interesse do periclitante, o bom senso, sob pena de omissão de socorro, exige que o médico execute o ato salvador, realizando tudo que sua ciência e consciência impuserem”. A segunda (letra b) justifica através dos exemplos: “Se um cirurgião, durante a operação, descobrir a existência de uma lesão mais grave ou diferente da que previu, não deverá suspender a cirurgia para obter, em razão do estado de inconsciência do paciente, o consentimento informado de seus parentes, pois isso poderia, pela demora, ser-lhe prejudicial, diante da gravidade do caso. O mesmo se diga se paciente desacompanhado não tiver condições de manifestar sua vontade por estar em estado inconsciente ou por estar impedido pela moléstia de manifestar sua vontade. Superada a situação emergencial, o médico deverá informar o paciente ou familiares sobre a terapia a ser seguida daí em diante”. A terceira (letra c) cita a situação “que ocorre em caso de inconsciência de paciente acompanhado por alguém, de enfermidade mental, surdo-mudez, analfabetismo, impossibilidade de exprimir a vontade, incapacidade do doente etc. Nesses casos, será aconselhável que o profissional da saúde obtenha o consentimento informado do representante legal, e, se houver conflito entre a vontade do paciente sem discernimento e a de seu representante legal, a deste último deverá prevalecer, e se, ainda, houver algo subjacente, o médico deverá buscar a intervenção judicial para dirimir a controvérsia. Convém não olvidar que, se, por exemplo, aquela desarmonia volitiva se der entre paciente de 17 anos (relativamente incapaz, mas com discernimento para compreender o ato médico a que será submetido) e seu representante legal, prevalecerá a do menor.” A quarta, (letra d), ocorre “se o paciente tiver possibilidade de suportar a notícia, a informação do médico deverá ser verdadeira e completa, mas seu linguajar não deverá traumatizá-lo, deixando sempre uma margem para esperança e adaptando-se à sua cultura e condições psicológicas, de modo a permitir-lhe a compreensão e aceitação do diagnóstico ou prognóstico. Nem mesmo diagnóstico fatal está excluído do conteúdo do dever de informar, a não ser que o médico verifique que a notícia possa acarretar efeito prejudicial ao curso da enfermidade do paciente ou levá-lo ao suicídio. Se o médico entender que a informação biomédica será prejudicial ao seu paciente, agravando seu estado clínico ou causando-lhe perturbação anímica, deverá obter o consento esclarecido, por escrito, de seu representante legal ou familiares mais próximos ou, ainda, de quem o estiver acompanhando”. Segundo a autora, “neste caso, a “beneficência e o princípio de não prejudicar justificariam o fato de o médico sonegar a informação a seu paciente ou mesmo ocultar-lhe a verdade sobre seu estado de saúde. Esses princípios tornam legítima a atitude do médico de não revelar informação que possa deteriorar o estado físico e psíquico do paciente, afetando a tomada de decisões.” A quinta (letra e), “nessa hipótese o médico estará liberado de prestar qualquer informação ao paciente, respeitando sua vontade, mas deverá deixar esse fato consignado na ficha clínica e prestar esclarecimentos aos familiares por eles indicados” (DINIZ, op. cit., p. 665 e 667).

³⁹⁵PIERANGELI, op. cit., p. 221.

ideia de que, embora uma parte da doutrina alienígena entenda não existir qualquer obrigação do indivíduo em submeter-se a tratamento médico, esta solução seria insustentável em face do ordenamento jurídico nacional, tendo em vista que a própria Constituição fixa que a lei (no sentido formal) pode impor ao indivíduo um dever de prestação ou de abstenção quando estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (Art. 5º, II).³⁹⁶

O Código Penal³⁹⁷ brasileiro, quando trata dos crimes contra a saúde pública, prevê o crime de epidemia, punindo quem a causar, mediante a propagação de germes patogênicos (Art. 267). Também é crime quando deixa o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (Art. 269).

Outra situação que autoriza o tratamento compulsório encontra-se na lei que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental (Lei 10.216/2001); esse modelo exige, para a realização da internação psiquiátrica, um laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos (Art. 6º), considerando, dentre os três tipos de internação, a internação compulsória, ou seja, aquela determinada pela Justiça (Art. 6º, parágrafo único, III). Deve-se observar ainda que a internação compulsória é determinada pelo juiz competente, conforme legislação vigente, devendo levar em conta tanto as condições de segurança do estabelecimento, quanto a salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários (Art. 9º).

Dessa maneira, ocasiões onde a lei pode ser usada para autorizar o

³⁹⁶NOTA: Sobre a internação do paciente, assim define a Lei 10.216/2001 nos artigos 6º e 9º: “Art. 6º - A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. Art. 9º - A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários. (BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 03 jan. 2011).

³⁹⁷NOTA: O Código Penal estabelece: Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de dez a quinze anos. § 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro. § 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos. Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

tratamento de saúde sem o consentimento livre e informado ocorrem nos casos de supremacia de interesses coletivos. É o caso da preservação da saúde coletiva (pública)³⁹⁸ de riscos oriundos da extensão incontrolada de alguma enfermidade transmissível ao ser humano com certa facilidade, incluindo-se, por exemplo, os casos de epidemia, da extensão de uma enfermidade infecto-contagiosa³⁹⁹.

Como se vê, a interferência da lei que outorga às autoridades da saúde pública poderes que visem ao interesse público atinge direitos individuais em favor da coletividade. A autonomia do indivíduo para prestar consentimento livre e informado é vista como exceção quando há necessidade de proteger a saúde dos demais membros da sociedade. Deste modo, medidas sanitárias de caráter coativo, amparadas na lei, podem ser tomadas pelas autoridades públicas, não requerendo consentimento do paciente.

Do exposto, as exceções ao dever de obtenção do consentimento informado quando as circunstâncias não forem favoráveis ao paciente por haver perigo iminente à sua saúde, quando a própria informação pode causar efeitos prejudiciais ao paciente, inclusive a morte, e quando a proteção da saúde da coletividade (saúde pública) for considerada com maior valor que o direito a autodeterminação. Ou seja, excetua-se da obrigação de obter o consentimento informado, nas intervenções médicas, nos casos em que se configure situação de emergência, privilégio terapêutico ou tratamento compulsório⁴⁰⁰.

³⁹⁸NOTA: Sobre o tratamento compulsório com base na Lei Pierangeli afirma: “Quando a lei torna obrigatória a submissão do indivíduo a tratamento, como vacinações antitetânica, antivariólica, antipoliomielite, contra a tuberculose, contra raiva, contra febre amarela, contra malária etc., ou impõe coativamente tratamento médico sanitário em casos epidêmicos e até o isolamento (quarentena), além de não ferir o Texto constitucional, torna perfeitamente lícito o tratamento ministrado pelo facultativo, não sendo caso de recorrer-se ao consentimento, pois ‘o fato por si só já é lícito e não há necessidade de ser justificado’”. (PIERANGELI, op. cit., p. 222). No mesmo sentido, Casabona assevera que “para tais fins, a autoridade poderá estabelecer medidas preventivas (como impor campanhas de vacinação obrigatória ou proibir o acesso a certos lugares) ou tratamentos obrigatórios, incluindo a monitoração e a internação ou isolamento temporais. São legítimas tais previsões restritivas, inclusive, como foi visto, quando possa ver-se afetado por elas algum direito fundamental, sempre que não suponha a privação do conteúdo essencial do mesmo.” (CASABONA (a), op. cit., p.165).

³⁹⁹CASABONA (a), op.cit., p.164 e 165.

⁴⁰⁰NOTA: Segundo Luciana Pereira Mendes Roberto, “em suma, ficam excetuados da obrigação de obter o consentimento informado os procedimentos de saúde nos casos em que reste configurada situação de emergência, privilégio terapêutico ou tratamento compulsório. Ou seja, as exceções ocorrem quando haja o perigo atual de um dano grave à pessoa do paciente, quando a obtenção do consentimento poderá causar lesões irreversíveis e até a morte em função das informações prestadas e em casos nos quais a saúde pública é considerada mais importante que o direito de

3.5 CONSENTIMENTO INFORMADO E TRATAMENTO DE SAÚDE

O consentimento informado assume, nos tempos atuais, papel importante no tratamento de saúde, com influências na relação entre os profissionais e seus pacientes.

Por tratamento de saúde, ou simplesmente tratamento médico⁴⁰¹, pode-se entender “as condutas que um profissional da saúde realiza na pessoa do paciente, de acordo com a técnica e as regras científicas, com o objetivo de cura, prevenção, melhora, estética, entre outros⁴⁰²”. Neste mesmo desiderato, o tratamento médico, em uma visão ampla, pode ser conceituado como “todas as ações ou omissões que o médico desenvolve sobre a pessoa do paciente, utilizando as regras da ciência⁴⁰³”.

Conforme já visto, através do consentimento informado é possível estabelecer uma relação dialógica entre o profissional de saúde e o paciente, de forma que o possibilite entender os esclarecimentos sobre o seu estado clínico e os cuidados terapêuticos necessários, incluindo-se os riscos existentes e os benefícios propostos, tornando-se apto ao exercício da sua autonomia para aceitar ou recusar o tratamento indicado.

Stepke e Drumond, ao se referirem ao discurso bioético, afirmam que o diálogo é uma das contribuições mais substantivas do discurso bioético na horizontalidade do saber no campo da medicina. Para esses autores, “o diálogo

autodeterminação do paciente.” (ROBERTO, op. cit., p.138).

⁴⁰¹NOTA: Pierangeli apresenta um conceito de tratamento médico que se apresenta sob diversos aspectos, envolvendo desde a visita médica, como o exame do corpo do paciente, até as mais complexas intervenções como as cirurgias: “O tratamento médico, numa visualização multifária, abrange a visita médica (exame do corpo do paciente); atividades preparatórias diretamente ligadas a um diagnóstico (pesquisa radiológica, colheita de sangue, etc.), atividade com finalidade operatória (uso de narcóticos antes da cirurgia) ou com finalidade de preparar a execução de outras intervenções cirúrgicas; profilaxia (vacinas, soros, etc.); tratamento elidente da dor (ministração de injeções contra dor); ministração de fármacos (via oral, via subcutânea, via intramuscular, via endovenosa, via endoarterial, via endorraqueana, via parental, via retal, etc.); intervenções terapêuticas várias, em favor do paciente (operações, eletrochoque, tratamento físico e psíquico, etc.); intervenções em favor de terceiros (transplante de órgão, transferência de tecido cutâneo, transfusão de sangue, etc.) e intervenções sem finalidade terapêutica (inseminação artificial, tratamento cosmético e plástico, experiências em ser humano, etc.)” (PIERANGELI, op. cit., p.194 e 195).

⁴⁰²ROBERTO, op. cit., p.75.

⁴⁰³PIERANGELI, op.cit., p.194.

reflete a capacidade dos distintos atores e agentes sociais de contribuir para um espaço de representação coletiva no qual se atenuam os limites entre especialistas e leigos⁴⁰⁴. Diante deste contexto, importa notar que “o diálogo entre médico e doente não é um diálogo qualquer⁴⁰⁵”.

Esse diálogo sofre influências de diferentes racionalidades que qualificam a relação como, por exemplo, científica, pecuniária, terapêutica, entre outras. Esta ideia de racionalidade deve vincular-se à justificação da práxis de forma racional e razoável, no sentido de que determinado ato adquire significado. Assim, o pagamento por um serviço de saúde tem o sentido de racionalidade econômica ou pecuniária, entretanto, o serviço em si pode ser de natureza científica ou terapêutica⁴⁰⁶.

Desse modo, os atos médicos estão imbuídos de racionalidade científica, embora também possam justificar ações rentáveis ou tentativas de ajudar os semelhantes. Cada ato pode compartilhar racionalidades diferentes, sendo todas legítimas, mas nem todas serão importantes em algum momento particular⁴⁰⁷.

Stepke⁴⁰⁸ também esclarece, no contexto da análise dos aspectos bioéticos da decisão terapêutica, que a relação entre médico e doente está especialmente qualificada pela circunstância que fornece o contexto de interpretação dos atos. Dentre estas circunstâncias, estão a doença, a relação pessoal entre os participantes no encontro, as classes sociais, as barreiras culturais, étnicas e de linguagem e a relação econômica entre os interlocutores⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴STEPKE; DRUMOND (b), op. cit., p.163.

⁴⁰⁵STEPKE (c). op. cit., p.147.

⁴⁰⁶Ibid., p.147 e 148.

⁴⁰⁷Ibid., p.147 e 148.

⁴⁰⁸Ibid., p.148 e 149.

⁴⁰⁹NOTA: Stepke leciona que a doença, como qualificadora da relação médico x paciente “são as formas de doenças definíveis com base no papel que desempenham os atores da relação, nas limitações que impõem à vida, na forma como produz o vínculo com os sistemas de saúde, entre outros fatores”; na relação pessoa, o autor destaca que “a simples consulta formal, carente de repercussões, é prejudicial, pois, se, por exemplo, “a amabilidade é percebida como mecânica, indiscriminada e insincera, seu efeito positivo se reduz de modo considerável”. Quanto às classes sociais, às barreiras culturais, étnicas e de linguagem como circunstâncias da relação, observa o autor que um falso igualitarismo pode levar a ignorar que os códigos verbais e não verbais utilizados pelos profissionais podem ser diferentes dos seus clientes”. Na relação econômica, o autor afirma que, na medicina particular, ela é direta, considerando o pagamento de honorários; na medicina privatizada, nem o profissional é o dono do produto do seu trabalho nem o usuário pode controlar as fontes de sua satisfação; na medicina pública, ocorre a “funcionarização da administração profissional e a proletarização do papel do paciente”, fazendo prevalecer fatores de relação pessoal na

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁴¹⁰ estabeleceu que a atividade de prestação de serviços de saúde não é mera atividade comercial, constituindo-se numa relação de consumo⁴¹¹. Logo, a relação econômica entre médico e paciente tem elementos que reconhecem tal relação como de consumo e, sob este ponto de vista, a vigência do CDC propiciou ao consumidor da área de saúde maior consciência quanto aos seus direitos, onde tem buscado não só a proteção, mas também a devida indenização se a prestação não ocorreu conforme o combinado ou se não houve consentimento do paciente em determinada intervenção⁴¹² ou mesmo a culpa do profissional por algum dano.

Nesta relação entre médico e paciente, Maria Helena Diniz ressalta que “a conduta médica deverá ajustar-se às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados”⁴¹³.

Para Diniz, agindo com tal conduta, o bom profissional da saúde poderá tratar seus pacientes com dignidade e respeitar seus valores, crenças e desejos quando fizer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos. Por isso, esse profissional deve observar, na relação com seu paciente, os princípios da

satisfação. (STEPKE (c), op. cit., p.148 e 149).

⁴¹⁰NOTA: Sobre o CDC, Ricardo Maurício Freire Soares ensina: “No sistema jurídico brasileiro, a Carta Magna de 1988 teve a primazia de contemplar os direitos do consumidor. No inciso XXXII do art. 5º, estabeleceu o legislador constituinte que o Estado promoveria, na forma da lei, a defesa do consumidor. Não bastasse isso, a Constituição Federal consagrou, no art. 170, V, a defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica. Ainda, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Assim sendo, foi promulgada a Lei 8.078/90, uma das mais avançadas legislações protetivas de consumo. Rompendo com o modelo liberal e individualista do direito privado clássico, o CDC renovou o ordenamento jurídico pátrio, tutelando as legítimas expectativas de maior simetria dos agentes que integram o mercado de consumo”. (SOARES, Ricardo Maurício Freire (a). **A nova interpretação do Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62 e 63).

⁴¹¹NOTA: Segundo Carlos Roberto Gonçalves “o princípio da responsabilidade objetiva do prestador de serviço, consagrado no novo Código de Defesa do Consumidor, prevê uma única exceção no § 4º do art. 14 que dispõe: § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.370). O caput do art. 14 assim determina: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 jan. 2011).

⁴¹²ROBERTO, op. cit., p.73 e 74.

⁴¹³DINIZ, op. cit., p. 632.

beneficência e não-maleficência, o da justiça, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido⁴¹⁴.

Dentro desta construção, observa-se que o profissional de saúde deve mostrar-se interessado, ser diligente e atencioso, dispensando os cuidados necessários à saúde do paciente e, dessa forma, construir uma relação dialógica que propicie o seu bem-estar físico e mental. A observação aos princípios éticos e normas jurídicas compõe parte do respeito ao ser humano, à sua dignidade.

Quando a legislação, a exemplo do CDC, obriga o profissional de saúde a ser mais zeloso no exercício da profissão para não ter que responder pelos danos materiais e morais pelos quais possa ser o culpado, evita, em certa medida, possíveis desgastes sociais na relação entre paciente e esse profissional.

Portanto, o consentimento informado se constitui em elemento importante para a manutenção da boa relação entre médico e paciente. Através do livre esclarecimento ao paciente, em uma relação dialógica, em que não somente as obrigações do profissional fiquem claras, mas também a conduta esperada e as obrigações do paciente também sejam expostas, pode-se obter melhor resultado no tratamento da saúde de um paciente.

Afinal, o consentimento informado não deve ser utilizado como mais um documento formal exigido por uma legislação ou por regras éticas, mas como elemento que propicia uma conversa franca entre o médico e o paciente em prol de sua saúde, em que se considerem todos os aspectos médicos, como os riscos e os benefícios, bem como o que se espera da conduta de ambos para atingir o fim desejado, qual seja, a saúde do paciente na forma prevista pelo tratamento proposto. Logo, a prática do consentimento informado pode garantir melhor atuação do profissional de saúde e consolidar o bom relacionamento entre as partes⁴¹⁵.

⁴¹⁴DINIZ, op. cit., p. 632.

⁴¹⁵ROBERTO, op. cit., p.75.

3.5.1 Necessidade do consentimento: aspectos penais

Em uma abordagem sobre a necessidade do consentimento nas intervenções médico-cirúrgicas, Wolfgang Frisch⁴¹⁶, embora ressalte as divergências doutrinárias, comenta como a jurisprudência alemã vem qualificando os tratamentos médico-terapêuticos: entendendo-os como ofensas corporais típicas, associando a uma invasão da integridade física, incluindo-se neste rol as operações, as intervenções para diagnóstico, os exames dolorosos, etc.

Por esse entendimento jurisprudencial, incluem-se ainda, como lesões corporais típicas, as intervenções medicamente indicadas, empreendidas com finalidade terapêutica, levadas a termo segundo a *leges artis*, que são bem sucedidas e põem fim ao sofrimento. Ou seja, não somente as operações sem sucesso ou as intervenções que não prosseguem finalidade terapêutica, a exemplo das de interesse puramente estético, constituem ofensas corporais típicas, mas toda intervenção médica⁴¹⁷.

O argumento invocado para tal posicionamento está na salvaguarda da autodeterminação do paciente, pois também sua vontade deve decidir sobre uma operação medicamente indicada. Para Frisch⁴¹⁸, a jurisprudência está correta na proteção da autodeterminação do paciente, merecendo aplausos, mas que, para tanto, bastaria qualificar como ofensas corporais as intervenções realizadas sem o consentimento do paciente.

Sobre a autodeterminação do paciente, Diniz lembra que a obtenção do consentimento após a informação médica resulta do direito de autodeterminação, o que significa tomar decisões relativas à sua vida, à sua saúde e à sua integridade físico-psíquica, permitindo-lhe recusar ou consentir propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico⁴¹⁹. Logo, esse direito deve ser preservado.

No que se refere à tipicidade ou atipicidade das lesões cirúrgicas dependerem ou não do seu êxito, Pierangeli explica que uma corrente doutrinária

⁴¹⁶FRISCH, op. cit., p. 67.

⁴¹⁷FRISCH, op. cit., p. 67 e 68.

⁴¹⁸Ibid., p. 68.

⁴¹⁹DINIZ, op. cit., p. 661.

“sustenta que a finalidade curativa ou terapêutica não exclui a tipicidade das lesões cirúrgicas, pouco importando que tenham sido praticadas *lege artis*, quais seriam tão somente justificadas⁴²⁰”. De outro modo, o autor acrescenta que, de forma contrária, outra corrente “sustenta que a finalidade terapêutica deixa atípica a conduta, ainda quando o paciente, em razão dela, tenha piorado”⁴²¹.

Em razão disto, tem-se no consentimento informado o reconhecimento no direito da medicina e no direito penal médico (alemães), que radicam na ideia de que os tratamentos médico-terapêuticos implicam uma agressão à integridade física do paciente⁴²².

Frisch defende que o “mais indicado seria, com efeito, proteger a autodeterminação do paciente com uma incriminação autônoma do tratamento arbitrário, que, à partida, não abarcaria o tratamento consonante com a vontade do paciente”⁴²³.

O que se depreende do exposto é que o tratamento de saúde requer um consentimento do paciente. Não há, pois, como proceder tal tratamento sem que haja uma intervenção no corpo ou na mente do paciente e para que tal ação aconteça, de forma legítima, é necessária a concordância entre o profissional de saúde e o interessado, consubstanciado no consentimento informado⁴²⁴.

3.5.2 Legitimação de condutas e o consentimento do paciente

A licitude no tratamento de saúde tem diversos fundamentos. Mesmo quando falta o consentimento do paciente a intervenção médica indicada, realizada

⁴²⁰PIERANGELI, op. cit., p.197.

⁴²¹Ibid., p.197.

⁴²²FRISCH, op. cit., p.68.

⁴²³NOTA: Neste sentido, Frisch assevera: “A introdução de um tal tipo tem sido um propósito recorrente das sucessivas reformas. Tal desiderato tem resultado frustrante até aos nossos dias, pelo que a jurisprudência se tem visto e continua a ver-se obrigada a manter-se apegada à garantia da proteção através dos tipos legais das ofensas corporais”. Este autor refere-se ao Projeto alternativo de 1962. (FRISCH, op. cit., p. 69). Segundo Pierangeli, o Projeto Alternativo alemão de 1962 estabelecia não serem típicas as intervenções cirúrgicas realizadas com finalidade terapêutica, observadas as regras da arte médica (§161). (PIERANGELI, op. cit., p.197).

⁴²⁴ROBERTO, op. cit., p.76.

conforme a *leges artis*, ainda que signifique uma ofensa corporal típica, pode ser considerada lícita.

Por outro lado, não se pode olvidar que o paciente tem direito a opor-se à terapia, de escolher um tratamento que lhe pareça adequado, de aceitar ou não uma intervenção cirúrgica, de mudar ou não de profissional da saúde ou mesmo de hospital, pois, assim, cumpre um dos objetivos do princípio do consentimento informado⁴²⁵, qual seja, o de “aumentar a autonomia pessoal das decisões que afetam o bem-estar físico e psíquico⁴²⁶”. O tratamento médico que ocorra sem observar este direito poderá, conforme as circunstâncias, constituir-se em um ilícito.

São fundamentos mais importantes, quanto à licitude e de acordo com as lições de Pierangeli: a tipicidade, ou atipicidade, das lesões cirúrgicas independe do seu êxito; tipicidade justificada e atipicidade; atipicidade por ausência de dolo; o tratamento médico é uma conduta socialmente adequada; o tratamento médico-cirúrgico constitui exercício regular do direito; o tratamento médico-cirúrgico é uma causa de justificação não codificada⁴²⁷. Em breve abordagem, tais fundamentos serão descritos com base nas lições de Pierangeli.

A tipicidade, ou atipicidade, das lesões cirúrgicas independe do seu êxito, já citado anteriormente, a finalidade curativa não exclui a tipicidade das lesões cirúrgicas, não importando se foram praticadas *lege artis*, as quais seriam tão somente justificadas. Comporta esta corrente doutrinária a oposição de outra corrente que defende que a finalidade terapêutica deixa atípica a conduta, ainda que haja piora do paciente em função dessa conduta⁴²⁸.

Na tipicidade justificada e atipicidade, se “sustenta que a intervenção médico-cirúrgica, com finalidade terapêutica e resultado positivo, é atípica. Considera-se como resultado positivo quando o bem jurídico integridade física teve uma “melhora”, e não uma “piora”. Assim, faltaria o pressuposto essencial do delito de lesões corporais. Na situação de intervenção com um resultado negativo, sendo

⁴²⁵DINIZ, op. cit., p. 661.

⁴²⁶HALL, Mark A. apud DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 661.

⁴²⁷NOTA: Este autor acrescenta a este rol de fundamentos quanto à licitude do tratamento médico cirúrgico, embora não comente em detalhe, os seguintes: gestão de negócios, estado de necessidade, causa de exclusão de culpabilidade, causa supralegal de justificação, direito consuetudinário, interesse prevalente, meio justo para um fim justo, etc. PIERANGELI, op. cit., p.195).

⁴²⁸Ibid., p. 197.

considerada típica, ainda assim seria a antijuridicidade excluída.⁴²⁹

Na atipicidade por ausência de dolo, ela tem por base a “falta do elemento subjetivo”. Considera-se fator importante o “*animus* do médico, que difere do *animus* do agressor. O primeiro não é o de ferir, de lesionar, mas o de beneficiar o paciente, tornando atípica a sua conduta; o segundo, quer o contrário, ou seja, ferir, lesionar.⁴³⁰”. Assim, a finalidade de curar é que fundamentará a atipicidade conglobante⁴³¹.

Na que considera que o tratamento médico é uma conduta socialmente adequada, sustenta-se que as intervenções médico-cirúrgicas realizadas de conformidade com princípios das *lege artis*, após cuidadoso diagnóstico, são atípicas em face de sua adequação social, assim, não reclamando justificação. A conduta lesiva realizada com finalidade terapêutica seria, portanto, atípica, mesmo quando não alcança o seu objetivo previsto.⁴³²

Na que considera que o tratamento médico-cirúrgico constitui exercício regular do direito, se sustenta que a legítima aquisição de um título profissional cria o direito de realizar todos os atos permitidos pela regulamentação da profissão médica, ou os ditames da saúde pública sobre essas intervenções para alcançar o fim, ainda que seja necessário realizar uma conduta lesiva para bens e interesses que o direito tutela. É o que ocorre com o tratamento médico-cirúrgico, a transfusão de sangue e a própria cirurgia estética, que, associados ao consentimento do interessado, dão causa à licitude da conduta típica, como exercício regular do

⁴²⁹NOTA: Segundo Pierangeli: “Esta conclusão traz consigo uma inafastável perplexidade, posto que o flagrante se apresenta uma contradição. Como, com agudeza, observa Zaffaroni: “En el supuesto de resultado positivo la conducta sería atípica de lesiones consumadas, pero no vemos porqué se excluiría la tipicidad de la tentativa, porque la atipicidad fundaría en la ausencia del resultado lesivo. También aquí debería funcionar la justificación, aunque tal solución sería inadmisibile: a poco que razonemos veremos que no es posible concebir que el médico haya tenido el ‘fim’ de lesionar, pero cuando consigue el resultado que se propone (curar) la conducta quede en tentativa porque no se produce el resultado que él no se propuso”. Tradução livre (trecho de Zaffaroni): “Em caso de resultado positivo, a conduta seria atípica de lesões consumadas, mas não vemos por que se excluiria a tipicidade da tentativa, porque a atipicidade se fundaria na ausência do resultado lesivo. Aqui também deveria a justificativa funcionar, embora tal seria inadmissível: um pouco que refletamos, veremos que não é possível conceber que o médico tenha tido o ‘fim’ de lesionar, mas quando consegue o resultado que se propõe (curar) a conduta resulta em tentativa porque não se produziu o resultado que ele não pretendia. (PIERANGELI, op.cit., p.195 e 196).

⁴³⁰PIERANGELI, op.cit., p.197 e 198.

⁴³¹Ibid., p.197 e 198.

⁴³²Ibid., p.199.

direito⁴³³.

Na que considera que o tratamento médico-cirúrgico é uma causa de justificação não codificada, defende-se que o fundamento da licitude deve ser encontrado no fato de que a atividade médico-cirúrgica corresponde a um elevado interesse social, qual seja, a cura dos enfermos, sendo este o interesse que o Estado reconhece, autorizando, disciplinando e favorecendo-o. Essa corrente não aceita qualquer solução do problema, fundada no exercício regular do direito, entendendo que um direito escrito é manifestamente insuficiente, lacunoso, ocasional, em uma matéria de relevância humana e social como a da saúde, não reflete a real vontade do ordenamento jurídico. Contudo, recebe críticas por submeter a justificação a um juízo de relevante interesse social, circunstância que a tornaria de todo inaceitável.⁴³⁴

Para a exclusão da antijuridicidade, portanto, é possível recorrer a fundamentos diversos, como os aqui brevemente citados. No entanto, em relação ao consentimento do paciente, existe o entendimento de que, para se realizar um tratamento médico, é exigido o consentimento de uma pessoa consciente e capaz de prestá-lo, ainda que não seja suficiente para gerar a justificação⁴³⁵.

Dentro desse contexto, Maria Helena Diniz⁴³⁶ afirma que a ausência de consentimento livre e esclarecido corresponde a um delito de negligência profissional do médico se ocasionada dolosamente; sendo a informação deficiente dada pelo médico ao paciente, torna-o responsável pelo resultado danoso oriundo de sua intervenção, ainda que esta tenha sido correta tecnicamente, não importando se o dano derivou do risco comum em qualquer prática médica⁴³⁷.

⁴³³Ibid., p.199.

⁴³⁴Ibid., p. 200.

⁴³⁵PIERANGELI, op.cit., p. 200 e 201.

⁴³⁶DINIZ, op. cit., p. 662.

⁴³⁷NOTA: A autora faz referência ao Código Penal, art. 146, § 3º, I (Constrangimento ilegal) que também retrata a falta do consentimento do paciente: 'Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas. § 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II - a coação exercida para impedir suicídio. (DINIZ, op. cit., p. 662).

Segundo Pierangeli, em relação ao tratamento médico que o consentimento justifica, o que possibilita a conduta lícita do médico é a autodeterminação do paciente em renunciar a um bem judicialmente tutelado, consciente dos riscos de lesividade ínsitos ao tratamento, configurando como marcos inicial e final da licitude os estabelecidos pelo consentimento dado à atuação do médico⁴³⁸.

Como assevera Frisch, “saber se e em que medida o consentimento dado para uma intervenção médica exclui a licitude, isso depende dos pressupostos em que um consentimento eficaz deve, em geral, preencher”⁴³⁹.

São pressupostos do consentimento informado: ser anterior à intervenção; não ser revogado; conter a natureza da intervenção médica; a concordância deve pairar sobre a área da disponibilidade de quem consente; a pessoa que dá o consentimento tenha necessária capacidade para consentir; o paciente que consente deve ter clara representação do significado e do alcance daquilo que consente⁴⁴⁰.

Sobre os critérios do consentimento com base na história e práticas ao longo dos anos, Ruth Faden e Beauchamp lecionam que a escolha de critérios poderia tornar impossível encontrar uma teoria ou prática de consentimento informado em qualquer tempo. Assim, usam três critérios que acreditam poder englobar as discussões entre o profissional e o paciente ou sujeito: o primeiro, um paciente, ou sujeito, deve concordar com uma intervenção baseada em uma *compreensão* de relevante *informação*; o segundo, o consentimento não deve ser controlado por influências que construam o resultado; o terceiro, o consentimento deve envolver a permissão dada intencionalmente para uma intervenção⁴⁴¹.

⁴³⁸PIERANGELI, op.cit., p. 201.

⁴³⁹FRISCH, op. cit., p. 68.

⁴⁴⁰FRISCH, op. cit., p. 68.

⁴⁴¹NOTA: Texto original: “Overdemanding criteria would render it impossible to find any theory or practice of informed consent at any time. We shall avoid this problem by using the following criteria, which we believe are neither unreasonably demanding nor so loose as to encompass all discussions and arrangements between professional and patient or subject: (1) a patient or subject must agree to an intervention based on an understanding of (usually disclosed) relevant information, (2) consent must not be controlled by influences that would engineer the outcome, and (3) the consent must involve the intentional giving of permission for an intervention. Together, these conditions specify what we will label “informed consent” when looking at historical evidence of consent practice, policy, and theory [...]” (FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 54). Tradução livre: “Mais exigente critério poderia

A legitimação de condutas do profissional de saúde através do consentimento, por si só não promove a atipicidade dos atos ou os justifica inteiramente. Pois, em se tratando de ofensa contra a integridade física, é possível entender que existe a conduta típica (por exemplo: lesões corporais), entretanto, desde que consentida para um tratamento de saúde, este consentimento torna a conduta atípica ou uma justificação de conduta, lembrando-se que o mesmo justifica a ação no âmbito dos riscos permitidos⁴⁴².

tornar impossível encontrar qualquer teoria ou a prática do consentimento informado, em qualquer tempo. Vamos evitar esse problema usando os seguintes critérios, que acreditamos não serem exageradamente exigentes nem tão soltos a englobar todas as discussões e acordos entre o profissional e o paciente ou sujeito: (1) um paciente ou sujeito devem concordar com uma intervenção baseada em uma compreensão de (normalmente divulgada) relevante informação, (2) o consentimento não deve ser controlado por influências que construam o resultado, e (3) o consentimento deve envolver a permissão dada intencionalmente para uma intervenção. Juntas, essas condições específicas que vamos rotular de "consentimento informado" quando olhando para evidência histórica da prática, política e teoria do consentimento [...].

⁴⁴²NOTA: A autora explica que "a teoria do consentimento busca mostrar a legitimidade da conduta sob três enfoques: o consentimento torna a conduta atípica, por exemplo: se alguém entra e permanece em determinada casa com o consentimento do morador, isto não será uma invasão de domicílio; o consentimento retira a antijuridicidade da conduta; ou, ainda, o consentimento é causa de justificação da conduta". Assim, segundo esta autora, "O consentimento como causa de exclusão da antijuridicidade pode ocorrer nos crimes contra bens patrimoniais (por exemplo: o crime de furto, de dano simples); contra a honra (calúnia, difamação e injúria); contra a liberdade individual (por exemplo: privação de liberdade de locomoção); e contra a integridade física. (ROBERTO, op. cit., p.77).

CAPÍTULO IV

4 TEORIA DO “MENOR MADURO” E SUA APLICAÇÃO NOS PAÍSES DE *CIVIL LAW*

Miguel Reale⁴⁴³ ensina que não existe uniformidade entre os diversos países e nas diferentes épocas a respeito das formas de elaboração do direito, cabendo, nesse aspecto, “distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common law*).

A esse propósito, Reale assevera que o ordenamento jurídico, na tradição latina ou continental se caracteriza pelo primado do processo legislativo, onde as demais fontes do direito têm valor secundário, enquanto na tradição dos povos anglo-saxões, o direito se revela, em sua grande maioria, pelos usos e costumes e pela jurisdição do que, propriamente, pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos, constituindo-se em um direito misto, costumeiro e jurisprudencial⁴⁴⁴.

A corroborar o exposto acima, Ricardo Mauricio Freire Soares obtempera que se considera a jurisprudência, ao lado dos costumes, como a principal fonte do direito nos sistemas *common lawe*, não obstante isto, tem larga

⁴⁴³REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.141.

⁴⁴⁴Ibid., p.141 e 142.

utilização nos sistemas *civil law*⁴⁴⁵.

A tradição *civil law* ganhou mais relevo após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação e da vontade geral. O direito nas nações latinas e latino-americanas, como é o caso do Brasil, bem como no restante da Europa continental, a exemplo da Espanha, tem o seu fundamento, essencialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios. Estes órgãos é que têm a função precípua de elaborar as leis, estabelecendo, por exemplo, o que é lícito em matéria civil ou comercial por meio de um Código Comercial ou Civil, que nada mais é do que um ato de manifestação legislativa⁴⁴⁶.

Na tradição *common law*, saber o que é lícito, em matéria civil ou comercial, não é saber o que há em um Código Comercial ou Civil.

“O direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios”⁴⁴⁷. Assim, países como a Inglaterra e Estados Unidos, que adotam o *common law* “observa-se que o precedente judicial desempenha relevante papel, equiparando-se, em larga medida, à função assumida pela legislação nos sistemas romano-germânicos de *civil law*”⁴⁴⁸, pois o direito é revelado através do uso sucessivo e reiterado dos precedentes pelo Poder Judiciário.

No mundo ocidental, portanto, têm-se dois grandes sistemas de direito que correspondem a duas experiências culturais distintas, que resultaram de vários fatores, principalmente os de ordem histórica. Pretender saber qual deles é o

⁴⁴⁵SOARES, Ricardo Maurício Freire (b). **Curso de introdução ao estudo do direito**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 42 e 43.

⁴⁴⁶REALE, op. cit., p.141 e 142.

⁴⁴⁷Ibid., p.141 e 142.

⁴⁴⁸NOTA: Um exemplo prático desta visão apresentada por Miguel Reale pode se verificado na valorização da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro, onde desponta como uma fonte jurídica genuína, com importância não menos relevante que no sistema de Common Law, conforme leciona Ricardo Maurício Freire Soares no seguinte trecho de sua obra: “No âmbito do atual sistema jurídico brasileiro, não há como negar que a jurisprudência desponta como genuína fonte jurídica, suplementando e aperfeiçoando a própria legislação, mediante a aplicação frequente, nos mais diversos ramos jurídicos, das chamadas súmulas - enunciados que corporificam o entendimento jurisprudencial dos Tribunais. Tal tendência de fortalecimento da fonte jurisprudencial na ordem jurídica pátria se consolidou especialmente após a adoção da súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de estabelecer uma jurisprudência obrigatória para ser acatada por toda a estrutura do Poder Judiciário e da Administração Pública (SOARES (b), op. cit., p.43).

sistema mais perfeito soaria um absurdo, tendo em vista que não existe o direito ideal, a não ser em função da índole e da experiência histórica de cada povo. Pois, se por um lado, as vantagens da *certeza* legal atraem os adeptos do *civil law*, invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo atraem os adeptos do *common law*⁴⁴⁹.

Para Miguel Reale, estas são expressões culturais diversas, onde há influências recíprocas, “pois, enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística”⁴⁵⁰.

Conforme será mostrado adiante, a teoria do “menor maduro” tem precedentes no Reino Unido e surge como teoria ou doutrina nos Estados Unidos, ambos de sistemas *common law*. A aplicação prática dessa teoria não se resume aos locais com tradição nestes sistemas, mas também em local onde a tradição jurídica é do sistema *civil law*, como é o caso da Espanha. O desafio que se mostra é analisar essa teoria, levando em conta um país de sistema *civil law*, mas com características econômicas, sociais, históricas e culturais distintas, a exemplo do grau de desenvolvimento.

Certamente ocorrem confrontos entre os sistemas aqui tratados. Nesse sentido, entretanto, são válidas as lições de Miguel Reale sobre a importância desse confronto enquanto fonte do direito, “por demonstrar que, nessa matéria, o que prevalece, para explicar o primado desta ou daquela fonte de direito, não são razões abstratas de ordem lógica, mas apenas motivos de natureza social e histórica”.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ REALE, op. cit., p.141 e 142.

⁴⁵⁰ SOARES (b), op. cit., p.43.

⁴⁵¹ REALE, op. cit., p.141 e 142.

4.1 ORIGEM DA TEORIA DO “MENOR MADURO”

A teoria do “menor maduro” tem origem no célebre *leading case Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another*,⁴⁵² em 1985, ocorrido no Reino Unido. É possível, a partir desse caso, se demonstrar a aplicação dessa teoria, a qual denomina a pessoa natural, em certas condições, de “menor maduro” (*mature minor*). Com a expressão *Gillick-competent*⁴⁵³, buscou-se descrever o menor de dezesseis anos com capacidade de discernimento suficiente para consentir em uma terapia médica indicada, tornando-a válida⁴⁵⁴.

Em outubro de 1985, a Câmara dos Lordes⁴⁵⁵, no Reino Unido, apreciou recurso em face de decisão quanto ao questionamento de uma circular emitida pelo Departamento de Saúde e Segurança Social para as autoridades da área de saúde, contendo, nomeadamente, o aconselhamento no sentido de que um médico, consultado em uma clínica de planejamento familiar por uma menina de dezesseis anos, não estaria agindo de forma ilegal se ele prescrevia contraceptivos para esta, pois, ao fazê-lo, estava agindo de boa-fé para protegê-la contra os efeitos nocivos do intercurso sexual. O caso ficou conhecido como *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another*.

A referida circular, em seu despacho, afirmava ainda que, embora um médico proceda na hipótese de aconselhamento e tratamento sobre contracepção a uma menina de dezesseis anos sem o consentimento dos pais, ele deveria tentar convencê-la a envolvê-los na matéria. No entanto, o princípio da confidencialidade entre médico e paciente deveria ser aplicado também a uma menina de dezesseis anos que procura métodos anticoncepcionais e, portanto, em casos excepcionais, o

⁴⁵²Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

⁴⁵³NOTA: “Lord Donaldson cunhou a expressão *Gillick-competent* para descrever o menor de 16 anos cujo consentimento para terapia médica seria legalmente válido” (MASON, J.K. Consent to treatment and research in the ICU). In: PACE, Nicholas & McLEAN, Sheila A.M. (Eds.). *Ethics and the law in intensive care*. New York: Oxford University Press, 1996 apud STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 46 e 47).

⁴⁵⁴STANCIOLI, op. cit., p. 46-47.

⁴⁵⁵GILLICK, op.cit., 2010.

médico pode receitar contraceptivos sem consultar os pais ou sem obter o seu consentimento, se no julgamento clínico do médico for desejável prescrever esse medicamento.

De acordo com o julgamento⁴⁵⁶, a autora da ação, Victoria Gillick, mãe de cinco filhas menores de dezesseis anos, pediu garantia à sua autoridade local na área de saúde para que suas filhas não se submetessem ao referido aconselhamento sobre contracepção e tratamento sem o seu conhecimento prévio e consentimento, enquanto fossem menores de dezesseis anos.

A negativa da entidade de saúde na concessão dessa garantia motivou a interposição de ação contra o departamento e a autoridade da área da saúde, alegando que os conselhos contidos no despacho eram ilegais, uma vez que o aconselhamento dos médicos autorizava a cometer o crime de provocar ou encorajar relações sexuais ilegais com uma menina de dezesseis anos, contrariando a Lei de Crimes Sexuais de 1956.

A autora da ação pediu ainda, contra a autoridade da área da saúde, uma declaração de que um médico ou outro profissional contratado por ela, em seu serviço de planejamento familiar, não poderia dar conselhos sobre contracepção e tratamento a qualquer de suas filhas com idade abaixo de dezesseis anos de idade sem requerer seu consentimento, alegando a ilegalidade do ato por ser incompatível com a requerente e com o direito ao poder familiar.

Na apreciação do caso, o juiz considerou que, ao contrário do que a autora esperava, um médico, ao prescrever anticoncepcionais a uma menina de dezesseis anos, em conformidade com as recomendações contidas na circular do departamento de saúde, não estaria a cometer o crime de provocar ou encorajar relações sexuais ilegais com a menina e, portanto, não contrariando a Lei de Crimes Sexuais de 1956.

Entendeu ainda o juiz que o interesse de um pai em seu filho ou filha não correspondia a um direito, mas sim a uma responsabilidade ou dever, e, conseqüentemente, ao dar conselhos a uma menina de dezesseis anos sobre a contracepção sem consentimento dos pais, não interfere de forma ilícita no direito ao

⁴⁵⁶GILLICK, op.cit., 2010.

poder familiar.

Victoria Gillick interpôs recurso para o Tribunal de Recurso, o qual deferiu o pedido das declarações, alegando que uma menina de dezesseis anos não poderia, validamente, autorizar o tratamento anticoncepcional sem o consentimento de seus pais e que, portanto, o despacho era ilegal.

Entretanto, o Departamento de Saúde e Segurança Social (DHSS) recorreu à Câmara dos Lordes contra a decisão desse tribunal, que admitiu o recurso interposto pela parte demandada, Gillick Victoria, contra a ordem de Woolf J.

Através da análise da fundamentação da decisão de Lord Fraser de Tullybelton é possível entender os motivos que levam a se creditar a este caso a origem da doutrina do “menor maduro”.

Segundo Lord Fraser⁴⁵⁷, a questão principal do recurso era saber se o médico pode prescrever legalmente contracepção para uma menina de dezesseis anos de idade sem o consentimento de seus pais. Para o Departamento de Saúde e Segurança Social (DHSS), a afirmação era a de que um médico pode fazê-lo, enquanto a senhora Gillick afirmava que ele não poderia. A questão central do recurso era saber se o médico nunca pode, em qualquer circunstância, aconselhar legalmente contraceptivo ou tratamento para uma menina de dezesseis anos de idade sem o consentimento de seus pais⁴⁵⁸.

Neste julgamento, foram colocados em evidência diversos aspectos da

⁴⁵⁷NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON. “My Lords, the main question in this appeal is whether a doctor can lawfully prescribe contraception for a girl under 16 years of age without the consent of her parents. The second appellant, the Department of Health and Social Security (the DHSS), maintains that a doctor can do so. The respondent, Mrs. Gillick, maintains that he cannot. Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another [...]”. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

Tradução livre: “Meus Lordes, a questão principal deste recurso é saber se o médico pode prescrever legalmente contracepção para uma menina de 16 anos de idade sem o consentimento de seus pais. O segundo recorrente, o Departamento de Saúde e Segurança Social (DHSS), afirma que um médico pode fazê-lo. A ré, senhora Gillick, sustenta que ele não pode.”

⁴⁵⁸NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON. The central issue in the appeal is whether a doctor can ever, in any circumstances, lawfully give contraceptive advice or treatment to a girl under the age of 16 without her parents' consent. The effect of the Court of Appeal's judgment is to answer that question in the negative.” [...] Disponível em:

<http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

Tradução livre: [...] “A questão central do recurso é saber se o médico nunca pode, em nenhuma circunstância, legalmente aconselhar contraceptivo ou tratamento para uma menina de 16 anos de idade sem o consentimento de seus pais. O efeito do acórdão do Tribunal de Recurso é responder a esta questão pela negativa” [...].

relação existente entre médico e paciente. Dentre os temas, estão envolvidos a autonomia, o consentimento informado, a obrigação do sigilo médico na relação médico-paciente, o direito de família e a interferência estatal, a saúde e o bem-estar do menor.

Quanto à autonomia do menor para autorizar um tratamento médico, o entendimento geral é normalmente o associado à ideia de que qualquer tratamento, aconselhamento ou intervenção em menores de idade deve ter o cuidado para não prejudicar o poder familiar e a própria estabilidade nas relações da família.

Especificamente nesse “*leading case*”, o que se esperava normalmente de um médico ou outro profissional da saúde, que é abordado por uma pessoa com a idade de dezesseis para aconselhamento sobre contraceptivos e relações sexuais, é sempre buscar convencer a menor a envolver os pais ou responsável logo na primeira fase da consulta, deixando claro que prosseguirá o atendimento a partir do pressuposto de que seria uma prática incomum prestar aconselhamento sobre contracepção, sem o consentimento dos pais.

Isso implica que o atendimento é realizado independentemente da autorização dos pais ou de outro responsável, uma vez que se aceita que as consultas entre médicos e pacientes são confidenciais e, no caso em comento, o Departamento de Saúde reconhecia a importância que os médicos e os pacientes atribuem a este princípio.

O que se infere é que o princípio da confidencialidade na relação médico-paciente não é abandonado pelo fato de o paciente ser menor de dezesseis anos, sob pena de perda da confiança no profissional médico, e assim afastar a procura do aconselhamento profissional em todas as áreas médicas.

Segundo Lord Fraser de Tullybelton⁴⁵⁹, agindo sem o respeito à

⁴⁵⁹NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...]”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 diseases, 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 organizations standing in loco parentis. The Department realizes that in such exceptional cases the nature of any counseling 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” [...]. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

confidencialidade e com a perda da confiança no profissional da saúde, poderia “ser exposta aos riscos imediatos da gravidez e de doenças sexualmente transmissíveis, bem como outras de longo prazo de natureza física, psicológica e as conseqüências emocionais que também são uma ameaça para a vida familiar estável”. Para o referido Lord, “isso se aplica especialmente para os jovens cujos pais são, por exemplo, despreocupados, totalmente indiferentes ou totalmente instáveis.” O que se indicava nestes casos é que a natureza de qualquer aconselhamento deve ser uma questão para o médico e que a decisão se deve ou não prescrever contracepção fica sob o julgamento clínico de um médico.

Por este entendimento, a saúde e o bem-estar da menor estariam acima de qualquer direito dos pais e o Estado imporá restrições a estes direitos, tendo em vista outros direitos e princípios, como o da confidencialidade.

Não obstante esta decisão, no que se refere à autoridade a ser exercida pelo médico em detrimento ao direito do poder familiar, para a proteção da menor, pode levar à ideia de uma interpretação que tem influência da visão paternalista⁴⁶⁰ aplicada à área médica.

Tradução livre: [...] "Abandonar este princípio para menores de 16 pode levar a alguns a não procurar aconselhamento profissional em todas as áreas. Eles poderiam ser expostos aos riscos imediatos da gravidez e de doenças sexualmente transmissíveis, bem como outras de longo prazo de natureza física, psicológica e as conseqüências emocionais que também são uma ameaça para a vida familiar estável. Isso se aplica especialmente para os jovens cujos pais são, por exemplo, despreocupados, totalmente indiferentes, ou totalmente instáveis. Alguns desses jovens estão longe de seus pais e aos cuidados das autoridades locais ou organizações de voluntários. O Departamento percebe que, em tais casos excepcionais, a natureza de qualquer aconselhamento deve ser uma questão para o médico ou outro profissional e que a decisão se deve ou não prescrever contracepção deve ser para o julgamento clínico de um médico [...]".

Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

⁴⁶⁰NOTA: De acordo com Beauchamp e Childress, o Oxford English Dictionary (O.E.D.) atribui o termo “paternalismo à década de 1880 (depois de Kant e de Mill), dando como significado original ‘o princípio e a prática da administração paterna; o governo conforme feito por um pai; a pretensão ou tentativa de suprir as necessidades ou de regular a vida de uma nação ou comunidade da mesma forma como um pai mantém ou governa seus filhos’. A analogia com um pai pressupõe duas características da função paterna: a de que o pai age de modo beneficente (ou seja, de acordo com sua concepção dos interesses dos filhos) e a de que ele toma todas as suas decisões relacionadas com o bem-estar dos filhos – ou ao menos algumas delas – em vez de deixá-los tomar suas decisões. Nos relacionamentos referentes à assistência à saúde, a analogia é ainda mais ampliada: um profissional tem treinamento, conhecimento e discernimento superiores, e está numa posição de autoridade para determinar os melhores interesses do paciente. Dessa perspectiva, um profissional da área de saúde é como um pai dedicado que tem filhos dependentes e, com freqüência, ignorantes e cheios de medo. O paternalismo sempre envolve alguma forma de interferência ou de recusa em aceitar as preferências de uma pessoa acerca do seu próprio bem”.

“O paternalismo, portanto, é a ação de contrariar as preferências ou ações conhecidas de outras

Nesta decisão, é possível observar como preceitos vulnerados, se aplicados à legislação brasileira, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (CF, Art. 1º, IV), princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (CF, Art. 5º, II), direito à saúde (CF, Arts. 6º, *caput*, e 196), o poder familiar (CC, Art. 1.635, V, VII), etc..

Nesta situação, em um país de *civil law*, como é o caso do Brasil, certamente, a decisão a ser proferida passaria por um tipo de interpretação que levasse em conta a falta de uma legislação específica e os princípios constitucionais envolvidos, a exemplo de uma interpretação constitucional.

A interpretação da Constituição nada mais é do que uma interpretação jurídica. Tem como objetos a compreensão e a aplicação das normas constitucionais. Logo, pela peculiaridade do seu objeto, qual seja, a Constituição, “exige-se uma interpretação especificamente constitucional, que não ignore, é verdade, as características da interpretação jurídica geral, mas que seja orientada, isso é certo, por métodos e princípios particulares e adequados ao seu objeto”.⁴⁶¹

A interpretação constitucional também requer método. Entretanto, para o caso em comento, o método Tópico-problemático⁴⁶², que tem origem no pensamento tópico (técnica de pensar por problemas) e Theodor Viehweg como seu maior expoente, propõe que o intérprete constitucional se utilize de vários *topoi*, ou seja, de pontos de vistas utilizáveis e aceitos por toda a parte, empregados a favor ou contra determinada opinião aceita e que podem conduzir a verdade. A tópica é a técnica do pensamento problemático.

Pode-se tomar “a tópica como recurso auxiliar de hermenêutica, para se resolver a falta de valores legais bastantes em face da dissonância referida, em vista da lacuna da lei”⁴⁶³. Desta forma, a interpretação passa a surgir a partir da discussão do problema concreto que se quer solucionar. Ao final dessa discussão será possível identificar a norma constitucional adequada ao caso. Faz-se, portanto,

peçoas, na qual a pessoa que contraria justifica a ação com base no objetivo de beneficiar a pessoa cuja vontade é contrariada ou de evitar que ela sofra danos”. (BEUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 297 a 298).

⁴⁶¹CUNHA JÚNIOR, op. cit., p.189.

⁴⁶²SOARES, Ricardo Maurício Freire (c). **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70 a 73.

⁴⁶³AGUIAR, op. cit., p. 45.

o caminho contrário aos métodos tradicionais, pois primeiro procura-se a solução partindo do problema para a norma, e não da norma para o problema⁴⁶⁴.

Interpretar é concretizar o direito, neste sentido, os princípios de interpretação constitucional são referências à teoria da interpretação constitucional. “Despontam na condição de relevantíssimos vetores interpretativos toda vez que surgir uma situação de dúvida acerca do sentido da norma⁴⁶⁵”. Portanto, os métodos de interpretação que visem à concretização da Constituição devem ter esses princípios como a base interpretativa.

Logo, a legitimação da decisão discutida até então passaria pelo equilíbrio necessário entre o Texto Constitucional e a realidade axiológica da moralidade social. Nesta realidade, a Bioética passa a interferir nesses valores e influencia o Direito, como faz a teoria do “menor maduro” que, diante do julgamento da Câmara dos Lordes, tem sua origem e hoje influencia não só os que julgam, mas também os que legislam.

No julgamento desse caso pela Câmara dos Lordes, são apresentadas três vertentes da argumentação no recurso: a primeira é se uma menor de dezesseis anos teria a capacidade legal para dar um consentimento válido para tratamento e aconselhamento contraceptivo, no qual estariam incluídos exames médicos; a segunda, se o fato de aconselhar e prescrever tratamentos para esta menor, sem o consentimento dos pais, infringiria o direito desses e, a terceira, se um médico que dá conselhos ou tratamento para uma menor, sem o consentimento de seus pais, incorre em responsabilidade criminal.

⁴⁶⁴SOARES (c), op. cit., p.70 a 73.

⁴⁶⁵SILVA NETO (a), op. cit., p.103.

JUDGMENT-1: “LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] Three strands of argument are raised by the appeal. These are: (1) whether a girl under the age of 16 has the legal capacity to give valid consent to contraceptive advice and treatment including medical examination (2) whether giving such advice and treatment to a girl under 16 without her parents' consent infringes the parents' rights and (3) whether a doctor who gives such advice or treatment to a girl under 16 without her parents' consent incurs criminal liability. I shall consider these strands in order”. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010. Tradução livre: “[...] Três vertentes da argumentação são suscitadas no recurso. Estes são: (1) se uma menina menor de 16 anos tem a capacidade legal de dar um consentimento válido para aconselhamento contraceptivo e tratamento, incluindo exames médicos (2) se a dar conselhos e tratamento para uma menina de 16 anos sem o consentimento dos pais infrinja direitos dos pais e (3) se um médico que dá conselhos ou tratamento para uma menina de 16 anos sem o consentimento de seus pais incorre em responsabilidade criminal. Vou considerar estes elementos em ordem” [...].

Lord Fraser de Tullybelton⁴⁶⁶ apresentou e considerou esses elementos em seu pronunciamento, ou seja, a capacidade jurídica de uma menor de dezesseis anos para dar autorização, ofensa aos direitos dos pais e se esse tipo de conselho é um crime.

Quanto à capacidade jurídica de uma menor de dezesseis anos autorizar para aconselhamento sobre contracepção, exame e tratamento, Lord Fraser indica a construção básica que levará ao entendimento da doutrina do “menor maduro”.

Neste sentido, ele conclui, em relação à capacidade e após análise de jurisprudências e legislação, que não havia nenhuma disposição legal que obrigasse “a declarar que uma menina de dezesseis anos de idade não tem capacidade legal de consentimento para o conselho de contraceptivos, exames e tratamento desde que tenha entendimento e inteligência suficientes para saber o que elas envolvem”⁴⁶⁷.

Consideraram-se, portanto, aspectos cognitivos individuais que podem levar à autonomia e à conseqüente capacidade para permitir e aceitar um tratamento médico independentemente da permissão de seus pais ou responsável. Não se trata de generalizar, com base única e exclusivamente na idade cronológica, mas em outros aspectos, com base na avaliação de um médico ou outro profissional da saúde.

A crença foi a de que beirava o absurdo sugerir que “uma menina ou um menino de quinze anos não poderia consentir, de forma eficaz, por exemplo, para fazer um exame médico de uma lesão trivial ao seu corpo ou até mesmo ter um

⁴⁶⁷“NOTA: JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] On this part of the case accordingly I conclude that there is no statutory provision which compels me to hold that a girl under the age of 16 lacks the legal capacity to consent to contraceptive advice, examination and treatment provided that she has sufficient understanding and intelligence to know what they involve. I can deal with the case law more conveniently in what follows [...]”. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso: 27 jun. 2010. Tradução livre: “[...] De acordo com esta parte do caso, concluo que não há nenhuma disposição legal que me obriga a declarar que uma menina de 16 anos de idade não tem capacidade legal de consentimento para o conselho de contraceptivos, exames e tratamento desde que tenha entendimento e inteligência suficientes para saber o que eles envolvem. Sou capaz de lidar com a jurisprudência mais conveniente a seguir [...]”.

braço quebrado”⁴⁶⁸.

Nesta linha de pensamento, se afigura a teoria do “menor maduro” quando Lord Fraser argumenta: “Desde que o paciente, se um menino ou uma menina, é capaz de entender o que é proposto, e de expressar a sua vontade própria, não haveria nenhuma boa razão para considerar que ele ou ela não tem capacidade válida e eficaz para expressá-las”. Assim, Lord Fraser entende que “a menor pode autorizar um médico homem para fazer o exame ou dar o tratamento que ele aconselha”⁴⁶⁹.

Quanto à ofensa aos direitos e deveres dos pais em matéria de tratamento médico de seu filho, o incomum seria o médico proceder sem a anuência dos pais⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] That seems to me so surprising that I cannot accept it in the absence of clear provisions to that effect. It seems to me verging on the absurd to suggest that a girl or a boy aged 15 could not effectively consent, for example, to have a medical examination of some trivial injury to his body or even to have a broken arm set. Of course the consent of the parents should normally be asked, but they may not be immediately available. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

Tradução livre: “[...] Parece-me que beirava o absurdo sugerir que uma menina ou um menino de 15 anos não pode consentir, de forma eficaz, por exemplo, para fazer um exame médico de uma lesão trivial ao seu corpo ou até mesmo se tem um braço quebrado. É claro que o consentimento dos pais deve ser solicitado normalmente, mas eles podem não estar imediatamente disponíveis

⁴⁶⁹NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] Provided the patient, whether a boy or a girl, is capable of understanding what is proposed, and of expressing his or her own wishes, I see no good reason for holding that he or she lacks the capacity to express them validly and effectively and to authorize the medical man to make the examination or give the treatment which he advises. After all, a minor under the age of 16 can, within certain limits, enter into a contract. He or she can also sue and be sued, and can give evidence on oath. Moreover, a girl under 16 can give sufficiently effective consent to sexual intercourse to lead to the legal result that the man involved does not commit the crime of rape [...]. Disponível em:

<http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

Tradução livre: “Desde que o paciente, se um menino ou uma menina, é capaz de entender o que é proposto, e de expressar a sua vontade própria, não vejo nenhuma boa razão para considerar que ele ou ela não tem capacidade válida e eficaz para expressá-las e autorizar um médico homem para fazer o exame ou dar o tratamento que ele aconselha. Afinal, um menor de 16 anos de idade pode, dentro de certos limites, celebrar um contrato. Ele ou ela também pode processar e ser processado, e pode depor sob juramento. Além disso, uma menina de 16 anos pode dar o seu consentimento suficientemente eficaz para as relações sexuais para levar ao resultado legal que o homem envolvido não cometeu o crime de estupro [...]”.

⁴⁷⁰NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] Once the rule of the parents' absolute authority over minor children is abandoned, the solution to the problem in this appeal can no longer be found by referring to rigid parental rights at any particular age. The solution depends on a judgment of what is best for the welfare of the particular child. Nobody doubts, certainly I do not doubt, that in the overwhelming majority of cases the best judges of a child's welfare are his or her parents. Nor do I doubt that any important medical treatment of a child under 16 would normally only be carried out with the parents' approval. That is why it would and should be 'most unusual' for a doctor to advise a child without the knowledge and consent of the parents on contraceptive matters ”[...]. Disponível

O que se observa na fundamentação de Lord Fraser⁴⁷¹ é que este direito não seria absoluto, devendo ter justificativas adequadas e convincentes para um veto dos pais no que concerne a tratamento e aconselhamento médico ao menor de idade. Não é aceita a tese de que os pais têm absoluta autoridade sobre os filhos enquanto são menores de idade e a partir da maioridade, momento em que estariam prontos para as decisões próprias na vida e, portanto, com capacidade para, por exemplo, autorizar um tratamento médico⁴⁷².

em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010. Tradução livre: “[...] Uma vez que a regra da autoridade absoluta dos pais sobre os filhos menores é abandonada, a solução para o problema do presente recurso não pode mais ser encontrada, referindo-se aos rígidos direitos dos pais em qualquer idade particular. A solução depende de um julgamento do que é melhor para o bem-estar da criança em particular. Ninguém duvida, com certeza eu não duvido, que, na esmagadora maioria dos casos, os melhores juizes do bem-estar de uma criança são seus pais. Também não tenho dúvidas de que qualquer tratamento médico importante de uma criança de 16 anos normalmente só pode ser realizado com a aprovação dos pais. É por isso que seria e deveria ser "mais incomum" para o médico a aconselhar uma criança sem o conhecimento e consentimento dos pais em matéria de contracepção [...]”.

⁴⁷¹NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] She has to justify the absolute right of veto in a parent. But there may be circumstances in which a doctor is a better judge of the medical advice and treatment which will conduce to a girl's welfare than her parents. It is notorious that children of both sexes are often reluctant to confide in their parents about sexual matters, and the DHSS guidance under consideration shows that to abandon the principle of confidentiality for contraceptive advice to girls under 16 might cause some of them not to seek professional advice at all, with the consequence of exposing them to 'the immediate risks of pregnancy and of sexually-transmitted diseases”. Disponível em:

<http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

Tradução livre: “[...] Ela tem de justificar o direito absoluto de veto em um pai. Mas pode haver circunstâncias em que um médico é o melhor juiz do aconselhamento e tratamentos médicos que irão conduzir ao bem-estar de uma menina que seus pais. É notório que as crianças de ambos os sexos são muitas vezes relutantes em confiar em seus pais sobre assuntos sexuais e que a orientação do DHSS mostra que abandonar o princípio da confidencialidade para o conselho de contraceptivos às meninas menores de 16 pode causar a alguns deles não mais procurar conselhos profissionais em tudo, com a consequência de expô-los ao "risco imediato de gravidez e de doenças sexualmente transmissíveis [...]”.

⁴⁷²NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] It is, in my view, contrary to the ordinary experience of mankind, at least in Western Europe in the present century, to say that a child or a young person remains in fact under the complete control of his parents until he attains the definite age of majority, now 18 in the United Kingdom, and that on attaining that age he suddenly acquires independence. In practice most wise parents relax their control gradually as the child develops and encourage him or her to become increasingly independent. Moreover, the degree of parental control actually exercised over a particular child does in practice vary considerably according to his understanding and intelligence and it would, in my opinion, be unrealistic for the courts not to recognise these facts.” Disponível em:

<http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

Tradução livre: “[...] É, na minha opinião, ao contrário da experiência comum da humanidade, pelo menos na Europa Ocidental no século atual, dizer que uma criança ou um jovem permanece, de facto, sob o controle completo de seus pais até que ele atinja a idade definida maioridade, agora com 18 anos no Reino Unido, e que ao atingir a idade de repente ele adquire independência. Na prática, a maioria dos pais sabiamente relaxam o seu controle gradualmente à medida que a criança se desenvolve e a incentiva a tornar-se cada vez mais independente. Além disso, o grau de controle

A proteção da menor, neste caso, seria possível confiando ao médico um poder discricionário para agir de acordo com sua visão do que melhor serve aos interesses da menor que é sua paciente. Isto não deve reduzir a sua obrigação de sempre procurar persuadi-la a dizer aos seus pais que está buscando aconselhamento contraceptivo e qual a natureza dos conselhos que recebe.

Esta proteção tem características dos decisórios substitutos, onde são tomadas as decisões por pacientes considerados não-autônomos ou cuja autonomia é incerta. Trata-se da situação em que um paciente não é capaz de escolher ou de recusar um tratamento, momento em que um hospital, um médico ou um membro da família podem, de forma justificada, ser investidos do papel de decisores ou recorrer à justiça ou outra autoridade para dar a solução antes mesmo que se implemente uma decisão. São modelos de decisão substituta: o do julgamento substituto, da pura autonomia e dos melhores interesses.⁴⁷³ No caso em exame, esta última parece ser a adotada.

No julgamento substituto, a premissa é a de que as decisões sobre tratamento pertencem ao paciente incapaz ou não-autônomo, face aos direitos à autonomia e à privacidade. Entretanto, o paciente tem o direito de decidir, mas é incapaz de exercê-lo, sendo injusto privá-lo de seus direitos de decisão apenas por não ser mais autônomo. Como se encontra, momentaneamente, incapaz de tomar decisões autônomas, um decisor deve ser indicado.⁴⁷⁴

Beauchamp e Childress esclarecem que, “apesar de sua condição estabelecida, o modelo do julgamento substituto só deve ser usado para pacientes que já foram capazes caso haja razões para crer que é possível tomar a decisão que o paciente teria tomado.” Para estes autores, caso o substituto seja capaz de conduzir, com segurança, a questão – “O que desejaria o paciente nesta circunstância?” – o modelo do julgamento substituto é então apropriado. Caso o substituto só possa responder à questão – “O que você deseja para o paciente?” –, este modelo não seria apropriado, uma vez que, neste caso, desaparece a conexão

parental efetivamente exercido sobre uma criança especial, na prática, varia consideravelmente de acordo com sua compreensão e inteligência e que seria, na minha opinião, serem realistas os tribunais a não reconhecer estes factos [...]”.

⁴⁷³BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.195 e 196.

⁴⁷⁴BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.195 a 197.

com a anterior autonomia do paciente.⁴⁷⁵

Portanto, o modelo do julgamento substituto auxilia a entender o que deve ser decidido em nome de pacientes que antes eram capazes, cujas preferências relevantes anteriores podem ser compreendidas e interpretadas de acordo com elas, o que leva a um modelo da pura autonomia, a qual respeita escolhas autônomas anteriores. Para Beauchamp e Childress, este modelo, na medida do possível, deve ser abandonado na lei e na ética, “substituindo-o por um modelo da pura autonomia em contextos nos quais se possam identificar julgamentos autônomos explícitos feitos anteriores”.⁴⁷⁶

O modelo da pura autonomia “se aplica exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e que expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante”. Neste modelo, os riscos para autonomia do modelo anterior são eliminados. Desta forma, respeitam-se as decisões autônomas prévias de pessoas que estão agora incapazes, mas que haviam antes tomado decisões referentes a si mesmas quando ainda eram capazes.⁴⁷⁷

Já o modelo dos melhores interesses é aquele em que “um decisor substituto deve determinar o maior benefício entre as opções possíveis, atribuindo diferentes pesos aos interesses que o paciente tem em cada opção e subtraindo os riscos e os custos inerentes a cada uma”.⁴⁷⁸ Este modelo “protege o bem-estar de outra pessoa, avaliando os riscos e os benefícios dos vários tratamentos e das alternativas ao tratamento, levando em consideração a dor e o sofrimento e avaliando o restabelecimento e a perda de funções”. De acordo com Beauchamp e

⁴⁷⁵Ibid., p.195, 197 e 198.

⁴⁷⁶Ibid., p.195 e 199.

⁴⁷⁷NOTA: Sobre o modelo da pura autonomia, Beauchamp e Childress concluem: “Em resumo, argumentamos que pacientes anteriormente capazes que tenham expressado autonomamente suas preferências na forma de uma diretriz de ação devem ser tratados segundo o modelo da pura autonomia, e sugerimos também uma economia de modelos. Atualmente, é comum na ética biomédica a idéia de que um conjunto ordenado de modelos para a decisão substituta parte de (1) diretrizes de ação realizadas autonomamente, passando ao (2) julgamento substituto e aos (3) melhores interesses, sendo que, numa situação de conflito, (1) tem prioridade sobre (2), e (1) e (2) têm prioridade sobre (3). Chegamos à conclusão de que (1) e (2) são essencialmente idênticos. Sua defesa e sua única base estão no princípio do respeito à autonomia, que se aplica se, e somente se, houver um julgamento autônomo relevante que constitua uma autorização. Quando a pessoa anteriormente capaz não deixou traços confiáveis acerca de seus desejos, os decisores substitutos devem aderir apenas a (3). Esta conclusão nos leva a um exame do modelo dos melhores interesses.” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.195, 199 e 204).

⁴⁷⁸Ibid., p.204.

Childress, o termo “melhor” é empregado devido à obrigação de maximizar os benefícios por meio de uma avaliação que compare todos eles, encontrando, assim, o conjunto dos mais benéficos⁴⁷⁹.

Nos casos em que há recusa da menor para informar aos pais para que estes permitam ao médico fazer tratamento ou aconselhamento, este deveria ter justificativas para então agir sem o consentimento dos pais, ou até mesmo sem o conhecimento, desde que satisfaça alguns critérios, dentre os quais: o que garanta que a menor vai entender o seu conselho; que ele não consegue convencê-la a informar aos pais ou para permitir que ele o faça; que é muito provável que começará ou continuará com as relações sexuais com ou sem tratamento contraceptivo. O alerta que se faz é que essas justificativas não deveriam ser consideradas como “uma licença para os médicos ignorar os desejos dos pais sobre este assunto, sempre que achar conveniente fazê-lo”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹Ibid., p.205.

⁴⁸⁰NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] The only practicable course is, in my opinion, to entrust the doctor with a discretion to act in accordance with his view of what is best in the interests of the girl who is his patient. He should, of course, always seek to persuade her to tell her parents that she is seeking contraceptive advice, and the nature of the advice that she receives. At least he should seek to persuade her to agree to the doctor's informing the parents. But there may well be cases, and I think there will be some cases, where the girl refuses either to tell the parents herself or to permit the doctor to do so and in such cases the doctor will, in my opinion, be justified in proceeding without the parents' consent or even knowledge provided he is satisfied on the following matters: (1) that the girl (although under 16 years of age) will understand his advice (2) that he cannot persuade her to inform her parents or to allow him to inform the parents that she is seeking contraceptive advice (3) that she is very likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment (4) that unless she receives contraceptive advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer (5) that her best interests require him to give her contraceptive advice, treatment or both without the parental consent. That result ought not to be regarded as a licence for doctors to disregard the wishes of parents on this matter whenever they find it convenient to do so. Any doctor who behaves in such a way would, in my opinion, be failing to discharge his professional responsibilities, and I would expect him to be disciplined by his own professional body accordingly. The medical profession have in modern times come to be entrusted with very wide discretionary powers going beyond the strict limits of clinical judgment and, in my opinion, there is nothing strange about entrusting them with this further responsibility which they alone are in a position to discharge satisfactorily. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010. Tradução livre: “[...] A única prática possível é, na minha opinião, confiar ao médico um poder discricionário para agir de acordo com sua visão do que serve melhor aos interesses da menina que é sua paciente. Ele deve, evidentemente, sempre procurar persuadi-la a dizer a seus pais que ela está buscando aconselhamento contraceptivo, bem como a natureza dos conselhos que recebe. Pelo menos, ele deve procurar convencê-la a concordar com as informações médicas, informando os pais. Mas pode haver casos, e eu penso que haverá alguns casos, onde a menina se recusa a dizer aos pais ou se quer permite que seu médico o faça e, nesses casos, o médico, na minha opinião, justifica o procedimento sem o consentimento dos pais ou até mesmo conhecimento desde que ele satisfaça aos seguintes assuntos: (1) que a menina (embora com menos de 16 anos de idade) vai entender o

Quanto à questão de aceitar que um médico que dá conselhos contraceptivos ou tratamento para uma menina de dezesseis anos sem o consentimento de seus pais possa incorrer em responsabilidade criminal, Lord Fraser avalia sob as circunstâncias em que acontece, uma vez que, no caso em voga, há determinação do órgão de saúde, devendo-se avaliar qual a intenção do médico ao fazer o aconselhamento e tratamento a uma menor de idade sem a anuência dos seus pais⁴⁸¹.

O entendimento é o de que se o médico satisfaz a si mesmo de que a menor de idade possa entender o seu conselho, não haveria nenhum questionamento sobre o seu aconselhamento contraceptivo para meninas muito jovens. Assim, não se consideraria a orientação como uma interferência nos direitos dos pais⁴⁸².

seu conselho (2) que ele não consegue convencê-la a informar os pais ou para permitir que ele possa informar aos pais que ela está buscando aconselhamento contraceptivo (3) que é muito provável começar ou continuar a ter relações sexuais com ou sem tratamento contraceptivo (4) a menos que ela receba aconselhamento contraceptivo ou tratamento de sua saúde física ou mental ou ambas, são susceptíveis de sofrer (5) que seus melhores interesses exigem dele para lhe dar conselhos de contracepção, tratamento ou de ambos, sem o consentimento dos pais. Esse resultado não deveria ser considerado como uma licença para os médicos a ignorar os desejos dos pais sobre este assunto, sempre que achar conveniente fazê-lo. Qualquer médico que se comporta de tal maneira, na minha opinião, poderia estar falhando em cumprir suas responsabilidades, e eu espero que ele seja disciplinado de acordo com a sua ética profissional. A profissão de médico hoje vem embasada em amplos poderes discricionários que vão além dos limites estritos de julgamento clínico e, na minha opinião, não há nada de estranho a respeito de lhe confiar essa responsabilidade adicional que só eles estão em condições de quitar de forma satisfatória.

⁴⁸¹NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] When the case reached the Court of Appeal counsel on both sides conceded that whether a doctor who followed the guidelines would be committing an offence or not would depend on the circumstances. It would depend on the doctor's intentions this appeal is concerned with doctors who honestly intend to act in the best interests of the girl, and I think it is unlikely that a doctor who gives contraceptive advice or treatment with that intention would commit an offence [...]”. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

Tradução livre: “[...] Quando o caso chegou ao Tribunal de Recurso, os advogados de ambos os lados admitiram que um médico que seguiu as orientações estaria cometendo um crime ou não dependendo das circunstâncias. Isso vai depender das intenções do médico, este recurso está preocupado com os médicos que honestamente têm a intenção de agir nos melhores interesses da menina, e eu acho que é pouco provável que um médico que presta aconselhamento contraceptivo ou tratamento com essa intenção quer cometer um crime [...]”.

⁴⁸²NOTA: “JUDGMENT-1: LORD FRASER OF TULLYBELTON: [...] If the doctor complies with the first of the conditions which I have specified, that is to say if he satisfies himself that the girl can understand his advice, there will be no question of his giving contraceptive advice to very young girls. For those reasons I do not consider that the guidance interferes with the parents' rights [...]”.

Tradução livre: “[...] Se o médico está em conformidade com a primeira das condições que eu tenha especificado, ou seja, se ele se satisfaz a si mesmo que a menina possa entender o seu conselho, não haverá nenhuma questão de seu aconselhamento contraceptivo para garotas muito jovens. Por estas razões, não considero que a orientação interfere com os direitos dos pais [...]”.

A fundamentação feita pelo Lord Fraser é esclarecedora ao entendimento de que esse caso determinou a origem da teoria do “menor maduro”. Em sua dimensão, revela válido um consentimento de um menor quando este se refere à sua saúde e ao seu bem-estar. De modo claro, mostra os pontos que são defendidos nesta teoria para considerar um consentimento de um menor nestas circunstâncias, colocando-o em uma condição de autônomo perante médicos, pais, responsáveis e o Estado e, portanto, capaz de discernir o que deve ou não consentir, permitir, autorizar.

Também caberá ao médico obter o consentimento informado da menor. Neste aspecto, vale ressaltar que o médico pode ser considerado como um garantidor da observância dos direitos e deveres de que incumbe, não só ao paciente, mas a ele próprio⁴⁸³. Segundo Mônica Aguiar, “cumprindo o dever principal, com sucesso, da terapia empregada, ainda assim não se terá desincumbido do secundário de informar essa eventualidade, quando omite este dado, descuida-se da obrigação curial de afastar danos”⁴⁸⁴. Pode-se entender que o médico é um pouco juiz, pela neutralidade que deve impor e garantir os direitos envolvidos em relação às partes e, ao mesmo tempo, médico, quando visa ao exercício da atividade médica em obediência às regras da medicina.

De fato, ao se colocar nas mãos do médico ou profissional da saúde a responsabilidade pela avaliação, não somente da capacidade de discernimento, que contém componentes cognitivos, mas também uma responsabilidade social em que, no entendimento do autor deste trabalho, têm de ser levadas em conta, nesta avaliação, considerações sobre o contexto social em que o menor vive.

Assim, a pergunta que deve ser respondida é se esta teoria poderia igualmente ser aplicada em um contexto social e econômico diferente do apresentado no Reino Unido, em que as desigualdades sociais e a vulnerabilidade das meninas menores de dezesseis anos existem e são agravadas diante da pobreza, da falta de políticas públicas adequadas ao bem-estar da menor, e distintas das dos países desenvolvidos.

No Brasil, a menoridade, à luz do Código Civil, cessa aos deztoitos

⁴⁸³AGUIAR, op. cit., p. 82.

⁴⁸⁴Ibid., p. 79.

anos de idade, quando a pessoa se habilita à prática de todos os atos da vida civil⁴⁸⁵ (Art. 5º, *caput*). Entretanto, o próprio código estabelece que seja possível a antecipação da capacidade plena, em virtude da autorização dos representantes legais do menor ou juiz ou pela superveniência de fato a que a lei atribui força para tanto (Art. 5º, parágrafo único, I)⁴⁸⁶.

Neste sentido, a possibilidade da aplicação da teoria do “menor maduro” poderia levar à “maioridade bioética”, que, neste caso, já estabelece a autonomia do menor para as questões de saúde? Afinal, no Brasil, o menor já é capaz para certos atos, como, por exemplo, eleger representante dos Poderes Legislativo e Executivo, conforme estabelecido na legislação eleitoral. Assim, existem atos que podem ser legalmente praticados pelo menor com emancipação que ocorre paralela à maioridade civil. Dessa maneira, a “maioridade bioética” poderia vir a ser mais uma.

A partir do conceito da teoria do “menor maduro”, e não somente a partir de sua origem, com suas características, elementos e aplicação, buscar-se-ão respostas nesse sentido, levando-se em conta um contexto social diferente do europeu, como, por exemplo, no Brasil.

4.2 TEORIA OU DOCTRINA DO “MENOR MADURO”

4.2.1 Introdução

A doutrina do “menor maduro” (*mature minor*) tem origem nos Estados Unidos⁴⁸⁷, embora suas características e aplicação tenham sido demonstradas no *leading case Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, de 1985,

⁴⁸⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. I, 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p.149 e 150.

⁴⁸⁶*Ibid.*, p.149 e 150.

⁴⁸⁷JACOB, Marta. Sánches. El “menor maduro”. In: Boletim. *Pediatrics*, 2005; 45: p.156-160. Disponível em: <http://www.sccalp.org/documents/0000/1054/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2010.

ocorrido no Reino Unido⁴⁸⁸.

De acordo com a *Gale Encyclopedia of Everyday Law*⁴⁸⁹, o que sobressai nesta doutrina é o debate sobre se os direitos de tratamento médico do menor são uma tensão entre responsabilidades dos pais para com a criança, imaturidade e vulnerabilidade das crianças e o direito da criança a ser emancipado da decisão do pai. Desta maneira, essa tensão produziu nos Estados Unidos “uma colcha de retalhos de leis e torna difícil fazer qualquer declaração imperiosa sobre direitos dos menores e dos pais em relação aos tratamentos médicos”.

Ela mostra que, nos dias atuais, o tratamento médico de menores de idade vem sofrendo mudanças quando se tem como referenciais as relações entre médico e paciente, diante da realidade contemporânea.

Sabe-se que, há cinquenta anos, nos Estados Unidos, a questão do tratamento médico de menores, ou seja, de crianças com idade inferior a 18 anos, jamais teria sido considerada controversa. Isto porque, “naquela época, o poder de consentimento paternal era exigido para quase todo tipo de tratamento médico, como também era exigido para qualquer outra situação que envolvesse crianças. Os menores eram simplesmente considerados não competentes para tomar decisões médicas”.⁴⁹⁰

No entanto, nos últimos cinquenta anos, assistiu-se a uma gradual

⁴⁸⁸STANCIOLI, op. cit., p. 46.

⁴⁸⁹NOTA: Texto original: “What is at issue in the debate over minor rights to medical treatment is a tension between the parental responsibilities toward the child, the immaturity and vulnerability of children, and the child’s right to be emancipated from the decision of the parent. This tension has produced a patchwork of laws and makes it difficult to make any overriding statements about minor and parental rights in regard to medical treatment”. (WILSON, Jeffrey (Edit.). **Gale Encyclopedia of Everyday Law**. Vol. 2. 2nd. USA: Gale, 2006, p. 921).

Tradução livre: “O que está em causa no debate sobre os direitos de tratamento médico de menores é uma tensão entre responsabilidades dos pais para com a criança, imaturidade e vulnerabilidade das crianças e do direito da criança a ser emancipado da decisão do pai. Esta tensão produziu uma colcha de retalhos de leis e torna difícil fazer quaisquer declarações imperiosas sobre direitos dos menores e dos pais em relação aos tratamentos médicos.”

⁴⁹⁰NOTA: Texto original: “Fifty years ago, the issue of medical treatment of minors—children under the age of 18—would never have been considered controversial. At that time, parental consent was required for almost any type of medical treatment, as it was required for any other situation involving children. Minors were simply not considered competent to make medical decisions (WILSON, op. cit., p. 921).

Tradução livre: “Cinquenta anos atrás, a questão do tratamento médico de menores - as crianças com idade inferior a 18 anos - nunca teria sido considerado controverso. Naquela época, o poder de consentimento paternal era exigido para quase todo tipo de tratamento médico, como era exigido para qualquer outra situação que envolvesse crianças. Os menores eram simplesmente considerados não competentes para tomar decisões médicas.

ampliação dos direitos dos menores, e os cuidados de saúde não foram exceção. Os menores que já tinham direito a médico agora se encontravam na posição de tomar decisões sobre o mais íntimo dos procedimentos médicos.

Diversos aspectos poderiam ser extraídos dessa temática e que justificariam a discussão. Um desses aspectos é entender como se passaria a configurar o consentimento do menor para concordar ou não com o tratamento. Outro, não menos importante, estaria na forma como classificar quais os menores estariam aptos a fazer uso de sua “autonomia” e assim consentir e proceder conforme aconselhamentos do seu médico às escusas dos seus responsáveis legais.

Marta Sánchez Jacob⁴⁹¹, em artigo sobre o “menor maduro”, propõe uma série de questões e problemas que considera comuns na prática clínica e faz considerações sobre a doutrina do “menor maduro” à luz da lei espanhola, que regula a autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica (Ley 41/2002), das idades com algum tipo de significado e o grau de maturidade. Isso demonstra a necessidade de avaliação desta doutrina para certos contextos.

Certamente, outros aspectos podem ser vislumbrados nesta discussão. O tratamento médico de menores ainda é algo controverso, principalmente quando se refere a certos procedimentos e condições que ultrapassam a questão da saúde e permeiam por valores sociais que não contam com a unanimidade da sociedade, tais como o aborto e doenças sexualmente transmissíveis.

Neste íterim, nos Estados Unidos, “muitos Estados concedem, aos menores, ampla liberdade para determinar o curso dos seus tratamentos médicos, e outros lhes concedem muito poucos direitos”. Outrossim, “há pouca concordância por profissionais médicos ou legisladores estaduais sobre até que ponto os direitos de menores deve ir a respeito do tratamento médico”⁴⁹².

⁴⁹¹Texto original: “Plantearemos una serie de preguntas y problemas más frecuentes en la práctica clínica y haremos una serie de consideraciones acerca de la doctrina del “menor maduro”, las edades con algún tipo de significación, la Ley 41/2002 y el grado de madurez.” (JACOB, op. cit., 2010).

Tradução livre: “Vamos propor uma série de perguntas e problemas mais frequentes na prática clínica e faremos algumas considerações acerca da doutrina do “menor maduro”, das idades com algum tipo de significado, a Ley 41/2002 e o grau de maturidade”.

⁴⁹²NOTA: Texto original: “But the area of medical treatment of minors is still controversial, especially as

O desenvolvimento da teoria do “menor maduro” foi construído a partir do tratamento médico de menores e na relação entre médico e paciente, onde se passaram a considerar a opinião e a vontade do menor quanto ao tratamento médico a que seria submetido, sem a necessidade de autorização dos pais ou responsável.

Em uma abrangência da aplicação da teoria do “menor maduro” em nações com menor desenvolvimento, como o Brasil, onde índices que avaliam a pobreza e outras condições sociais – como a educação, identificada como precária ou mesmo inexistente – poderiam atingir seu desiderato, qual seja, garantir a saúde do menor independentemente de autorizações formais dos responsáveis legais?

Certamente que esta teoria pode encontrar dificuldades em sua aplicação, principalmente no que concerne à determinação do grau de maturidade, uma vez que as condições de vulnerabilidade acima citadas podem comprometer o momento em que um menor atinge tal desiderato. Os níveis nutricionais e de educação adequados favorecem o menor a atingir um grau de maturidade compatível com o que a referida teoria exige. Neste sentido, a sua aplicação, portanto, pode vir a ser mitigada por tais razões.

Temas como capacidade, autonomia, vulnerabilidade, consentimento, entre outros, compõem a discussão. Certamente, a resposta requer análise mais abrangente sobre esta teoria, ainda que não se tenha a pretensão de esgotar o tema, tendo em vista a complexidade e as nuances que apresenta.

it relates to certain proceduresTradução procedures and conditions such as abortion and sexually transmitted diseases. Many states grant minors broad leeway to determine the course of their medical treatment, and others grant them very few rights. There is little agreement by either medical professionals or state lawmakers as to how far minor rights should go regarding medical treatment.” (WILSON, op. cit., p. 921).

Tradução livre: “Mas a área de tratamento médico dos menores ainda é controversa, especialmente no que se refere a determinados procedimentos e condições, tais como o aborto e doenças sexualmente transmissíveis. Muitos Estados concedem, aos menores, ampla liberdade para determinar o curso dos seus tratamentos médicos, e outros lhes concedem muito poucos direitos. Há pouca concordância por profissionais médicos ou legisladores estaduais sobre até que ponto os direitos de menores devem ir a respeito do tratamento médico”.

4.2.2 Definição

Uma definição para a doutrina denominada de “menor maduro” é possível ser extraída a partir da sua aplicação prática.

O termo “menor” se refere àquele que a lei estabeleceu como tal e, portanto, sujeito às limitações e proteções legais pertinentes. Quanto ao termo “maduro”⁴⁹³, se refere ao menor ponderado, prudente, considerado totalmente desenvolvido, formado sob determinados aspectos, ou seja, uma pessoa madura⁴⁹⁴, que está pronta para agir em certas condições como adulto fosse.

Em face do exposto, na constância de um tratamento médico, um menor considerado maduro seria capaz de decidir, sem qualquer interferência do poder familiar ou de outro responsável legal, sobre os procedimentos médicos indicados para o tratamento de sua saúde. Noutros termos, “a doutrina ‘menor maduro’ prevê para os menores dar consentimento para os procedimentos médicos se eles podem mostrar que são maduros o suficiente para tomar uma decisão por conta própria”⁴⁹⁵.

De acordo as lições de Marta Sánchez Jacob⁴⁹⁶, o surgimento do conceito de “menor maduro” se deu nos EUA, nos anos 1970. Constituiu-se, de forma progressiva, a partir do ponto de vista jurídico, como “doutrina do menor maduro” devido à demanda, cada vez mais frequente, que os pais de adolescentes realizavam contra os médicos por atender aos seus filhos menores sem o seu

⁴⁹³BORBA, op. cit., 868.

⁴⁹⁴HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. Dicionário Houaiss de língua portuguesa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

⁴⁹⁵NOTA: Texto original: “The ‘mature minor’ doctrine provides for minors to give consent to medical procedures if they can show that they are mature enough to make a decision on their own [...]” (WILSON, op. cit., p. 923).

Tradução livre: “A doutrina ‘menor maduro’ prevê para os menores dar consentimento para os procedimentos médicos se eles podem mostrar que são maduros o suficiente para tomar uma decisão por conta própria [...]”.

⁴⁹⁶NOTA: Texto original: “El concepto de ‘menor maduro’ fue concebido en EE.UU. en los años 70, y constituido de forma progresiva desde el punto de vista jurídico como ‘doutrina del ‘menor maduro’”, debido a las demandas cada vez más frecuentes, que los padres de los adolescentes realizaban contra los médicos por asistir a sus hijos sin su consentimiento” (JACOB, op. cit., p.158).

Tradução livre: O conceito de “menor maduro” foi concebido nos EUA nos anos 70 e, constituído de forma progressiva a partir do ponto de vista jurídico como “doutrina do “menor maduro”” por causa da demanda, cada vez mais frequente, que os pais de adolescentes realizavam contra os médicos por assistir a seus filhos sem o seu consentimento.

consentimento.

Segundo Jacob⁴⁹⁷, no ano de 1973, a Academia Americana de Pediatria já afirmava que um menor podia consentir em receber cuidados médicos quando fosse capaz de tomar decisões racionais e esses cuidados poderiam ser comprometidos caso fossem informados aos pais. Esta atitude deveria ser sempre observada quando as decisões fossem de baixo risco e grande benefício para o menor assistido.

No *leading case* *Gillick vs. West Nortfolkand and Wisbech Area Heal Authority*, de 1985, no Reino Unido, “Lord Donaldson cunhou a expressão *Gillick-competent* para descrever o menor de 16 anos cujo consentimento para terapia médica seria legalmente válido⁴⁹⁸.

De acordo com a *Gale Encyclopedia of Everyday Law*⁴⁹⁹, a doutrina do “menor maduro” é, em verdade, um conceito jurídico relativamente novo. Somente a partir de 2002 é que apenas alguns Estados americanos, como Arkansas e Nevada, adotaram a doutrina, promulgando-a em lei. Anota também que, em vários outros Estados, inclusive Pensilvânia, Tennessee, Illinois, Maine e Massachusetts, os tribunais estaduais têm adotado a doutrina como lei.

Contudo, nos Estados americanos onde se adota a doutrina do “menor maduro” são levados em conta determinados aspectos do menor para que se considere apto a decidir sobre si nas relações médicas. Assim, “nos Estados onde existe, a doutrina do “menor maduro” leva em conta a idade e a situação do menor para determinar a maturidade, além de fatores e conduta que possam provar a

⁴⁹⁷NOTA: Texto original: “En 1973, la Academia Americana de Pediatría afirmaba: “un menor puede dar su consentimiento para recibir asistencia médica cuando es capaz de tomar decisiones racionales y dicha asistencia puede verse comprometida por el hecho de informar a sus padres”(8). Siempre y cuando las decisiones sean de bajo riesgo y gran beneficio.” (JACOB, op. cit., p.158).

Tradução livre: “Em 1973, a Academia Americana de Pediatria afirmava: “Um menor pode consentir em receber cuidados médicos quando é capaz de tomar decisões racionais e essa ajuda pode ser comprometida pelo fato de informar os pais sempre e quando as decisões sejam de baixo risco e grande benefício”.

⁴⁹⁸MASON, op. cit., p. 47.

⁴⁹⁹NOTA: Texto original: “[...] It is a relatively new legal concept, and as of 2002 only a few states such as Arkansas and Nevada have enacted the doctrine into **statute**. In several other states, including Pennsylvania, Tennessee, Illinois, Maine and Massachusetts, state high courts have adopted the doctrine as law.” (WILSON, op. cit., p. 923).

Tradução livre: “[...] É relativamente um novo conceito jurídico, e, a partir de 2002, apenas alguns Estados, como Arkansas e Nevada, promulgaram a doutrina em lei. Em vários outros Estados, inclusive Pensilvânia, Tennessee, Illinois, Maine e Massachusetts, os tribunais estaduais têm adotado a doutrina como lei”.

maturidade”⁵⁰⁰.

Marta Sánchez Jacob⁵⁰¹ leciona que “o “menor maduro” é um termo para designar os adolescentes menores de idade a partir do ponto de vista legal, porém com a capacidade suficiente para ser envolvido na tomada de decisões, tanto médicas, como de outro tipo”.

Para esta autora⁵⁰², a doutrina do “menor maduro” adquire cada vez maior importância, devido à participação ativa que os adolescentes têm na sociedade e ao direito à informação de saúde que tem o paciente.

Entretanto, Marta Sánchez Jacob⁵⁰³ lembra que há certa diferença do que se pratica pela referida doutrina quando comparado com as práticas normais realizadas com adultos. Explica que a “diferença do que acontece no adulto é que lhes supõe a capacidade de autonomia, nos menores devem-se demonstrar sua capacidade e maturidade moral, e esta verificação compete ao médico responsável pelo paciente”.

Jussara de Azambuja Loch⁵⁰⁴ assevera que a doutrina do “menor

⁵⁰⁰NOTA: Texto original: “In the states where it exists, the mature minor doctrine takes into account the age and situation of the minor to determine maturity, in addition to factors and conduct that can prove maturity [...]”. (WILSON, op. cit., p. 923).

Tradução livre: “Nos Estados onde existe, a doutrina do “menor maduro” leva em conta a idade e a situação do menor para determinar a maturidade, além de fatores e conduta que possam provar a maturidade [...]”.

⁵⁰¹NOTA: Texto original: “El ‘menor maduro’ es un término para designar a los adolescentes menores de edad desde el punto de vista legal, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones, tanto médicas, como de otro tipo”. (JACOB, op. cit., p.156).

Tradução livre: “O ‘menor maduro’ é um termo para designar os adolescentes menores de idade a partir do ponto de vista legal, porém com a capacidade suficiente para ser envolvido na tomada de decisões, tanto médicas, como de outro tipo”.

⁵⁰²NOTA: Texto original: “Adquiere cada vez más importancia, dada la participación activa de los adolescentes en nuestra sociedad, y el derecho a la información sanitaria que tiene el paciente. Adiferencia de lo que sucede en el adulto a los que se les supone la capacidad de autonomía, en los menores debe demostrarse su capacidad y madurez moral, y esta verificación le compete al médico responsable del paciente” (JACOB, op. cit., p.156).

Tradução livre: “Adquire cada vez mais importância, dada a participação ativa dos adolescentes em nossa sociedade, e o direito a informação de saúde que tem o paciente. A diferença do que acontece no adulto é que lhes supõe a capacidade de autonomia, nos menores deve-se demonstrar sua capacidade e maturidade moral, e esta verificação compete ao médico responsável pelo paciente.”

⁵⁰³NOTA: “A diferencia de lo que sucede en el adulto a los que se les supone la capacidad de autonomía, en los menores debe demostrarse su capacidad y madurez moral, y esta verificación le compete al médico responsable del paciente” (JACOB, op. cit., p.156).

Tradução livre: “A diferença do que acontece no adulto é que lhes supõe a capacidade de autonomia, nos menores deve-se demonstrar sua capacidade e maturidade moral, e esta verificação compete ao médico responsável pelo paciente”.

⁵⁰⁴LOCH, Jussara de Azambuja. Bioética e Pediatria: adolescência, confidencialidade e AIDS. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER. Gabriel José Chittó; CASADO, María. (Orgs.) **Bioética**,

maduro” requer que aqueles menores que são capazes de entender a natureza e as consequências, ou seja, os riscos e benefícios de um tratamento oferecido e, portanto, de se responsabilizar pela assistência recebida, devem ser considerados suficientemente maduros para consentir ou recusar procedimentos médicos.

No mesmo sentido, Maria Angustias Roldán Franco⁵⁰⁵, ao expor sobre a psicologia do desenvolvimento com base na teoria cognitiva de Piaget e sobre a teoria do raciocínio moral de Kohlberg, ensina que se considera que a maturidade e a consciência moral se adquirem ao longo do processo de maturação. Diz ainda que se tem observado, de acordo com os estudos – elaborados a partir desses modelos que mostram que a maioria dos adolescentes alcança sua maturidade moral e cognitiva entre 13 e 15 anos – que a maioria alcança o desenvolvimento moral antes, cerca de quatro, cinco ou seis anos antes.

De acordo com Franco⁵⁰⁶, esse dado tem sido fundamental na doutrina do “menor maduro”. A autora justifica a afirmativa, considerando que “a base teórica do conceito é o princípio de que os direitos da personalidade e outros direitos civis podem ser exercidos pelo indivíduo a partir do momento em que é capaz de desfrutá-lo, e isso ocorre antes dos 18 anos.”

Há Estados americanos que estabeleceram, em lei escrita, a teoria do “menor maduro”. Um exemplo foi verificado em uma lei do Estado de Arkansas, que

interdisciplinaridade e prática clínica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p.347.

⁵⁰⁵NOTA: Texto original: “A lo largo de la exposición, hemos visto como desde la psicología del desarrollo, y más concretamente, desde la teoría cognitiva de Piaget y la teoría del razonamiento moral de Kohlberg, se considera que la madurez y la conciencia moral se adquieren a lo largo del proceso de maduración. También hemos señalado como los estudios, elaborados a partir de estos modelos, muestran que la mayoría de los adolescentes alcanza su madurez moral y cognitiva entre los 13 y 15 años, pero la mayoría há alcanzado y desarrollo moral cuatro, cinco o seis años antes.” (FRANCO, Maria Angustias Roldán. Madurez. Psicológica del menor para la toma de decisiones. In: GONZALEZ, Isabel E.; NARROS, Ignacio V. Mayoral. (Coords.). **Infancia, publicidad y consumo: III jornada sobre derecho de los menores.** Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2005, p.87-p108, p.104).

Tradução livre: “Ao longo da exposição, temos visto, a partir da psicologia do desenvolvimento e, mais especificamente, da teoria cognitiva de Piaget e da teoria do raciocínio moral de Kohlberg, que se considera que a maturidade e a consciência moral se adquirem ao longo do processo de maturação. Também temos observado como os estudos, elaborados a partir destes modelos, mostram que a maioria dos adolescentes alcança sua maturidade moral e cognitiva entre 13 e 15 anos, porém a maioria alcança o desenvolvimento moral quatro, cinco ou seis anos antes”.

⁵⁰⁶NOTA: Texto original: “Este dado há sido fundamental em la doctrina del “menor maduro”, ya que la base teorica del concepto es el principio de que los derecho de la personalidad y otros derecho civiles puede ser ejercitados por el individuo desde el mismo momento em que es capaz de disfrutarlo y esto ocurre antes de los 18 años.” (FRANCO, op. cit., p.104).

representa, segundo a *Gale Encyclopedia of Everyday Law* o padrão típico dos requisitos da doutrina do “menor maduro” ao determinar que “qualquer menor não emancipado, de inteligência suficiente para compreender e apreciar as conseqüências dos tratamentos médicos ou cirúrgicos, por si mesmo [pode oferecer consentimento]”⁵⁰⁷.

Esta aplicação da teoria do “menor maduro” pode ser entendida a partir da teoria que “sustenta que muitos adolescentes são capazes de tomar decisões sobre sua vida de forma racional e prudente, e que a idade não é o melhor indicador de julgamento ou em termos psicológicos de sua capacidade mental”⁵⁰⁸.

Ou seja, a aplicação da teoria com base em uma doutrina elaborada “que estabelece a idade de 12 anos como a aquela em que a criança pode desfrutar, se goza de maturidade, de seus próprios direitos fundamentais”. Sendo assim, “em tal contexto, a idade de 12 anos é uma idade de referência a partir da qual pode-se estimar a maturidade do julgamento de um menor”⁵⁰⁹.

Segundo a *Gale Encyclopedia of Everyday Law*⁵¹⁰, “a doutrina do

⁵⁰⁷NOTA: Texto original: “The Arkansas statute states, “any unemancipated minor of sufficient intelligence to understand and appreciate the consequences of the proposed surgical or medical treatment or procedures, for himself [may offer consent]. The standard is typical of the requirements of the mature minor doctrine.” (WILSON, op. cit., p. 923).

Tradução Livre: “À lei específica do Estado de Arkansas, qualquer menor não emancipado de inteligência suficiente para compreender e apreciar as conseqüências dos tratamentos médicos ou cirúrgicos, por si mesmo [pode oferecer consentimento]. O padrão é típico dos requisitos da doutrina do ‘menor maduro’”.

⁵⁰⁸NOTA: Texto original: “Por este motivo, se há elaborado una doutrina que establece la edad de 12 años como aquella em la um menor puede disfrutar, si goza de madurez, de seus próprios derechos fundamentales” (FRANCO, op. cit., p.104).

Tradução livre: “Por este motivo, se elaborou uma doutrina que estabelece a idade de 12 anos como aquela em que a criança pode desfrutar, se goza de maturidade, de seus próprios direitos fundamentais”.

⁵⁰⁹NOTA: Texto original: “Em este contexto, la edad de 12 años es una edad de referencia a partir da cual puede estimar-se la madurez de juicio de um menor. Em definitiva, esta teoría sostiene que muchos adoslescentes son capaces de tomar decisiones sobre su corpo y su vida em forma racional y prudente y que la edad no es el mejor indicador de juicio o em términos psicologicos de su capacidad mental”. (FRANCO, op. cit., p.104).

Tradução livre: “Em tal contexto, a idade de 12 anos é uma idade de referência a partir da qual pode-se estimar a maturidade do julgamento de um menor. Em suma, esta teoria sustenta que muitos adoslescentes são capazes de tomar decisões sobre sua vida de forma racional e prudente e que a idade não é o melhor indicador de julgamento ou em termos psicológicos de sua capacidade mental”.

⁵¹⁰NOTA: Texto original: “The mature minor doctrine has been consistently applied in cases where the minor is sixteen years or older, understands the medical procedure in question, and the procedure is not serious. Application of the doctrine in other circumstances is more questionable. Outside reproductive rights, the U.S. Supreme Court has never ruled on its applicability to medical procedures”. (WILSON, op. cit. p. 923).

Tradução livre: “A doutrina do ‘menor maduro’ tem sido consistentemente aplicada nos casos em que

“menor maduro” tem sido consistentemente aplicada nos casos em que o menor de dezesseis anos ou mais velho compreende o procedimento médico em questão, e o procedimento não é grave”. Em outras circunstâncias, a aplicação da teoria, é, então, mais questionável. Quanto à sua aplicação na Suprema Corte americana, esta “nunca se pronunciou sobre a sua aplicabilidade a procedimentos médicos”.

4.3 O GRAU DE MATURIDADE

4.3.1 A idade e o seu significado para a autonomia

A idade tem grande importância no entendimento da doutrina do “menor maduro”. Tanto nas relações entre médicos e pacientes, quanto nas legislações, a idade serve como parâmetro para a tomada de decisões ou mesmo permitir ou proibir, ou ainda limitar certas ações e atos dos menores.

Disto se revela que, a partir da determinação de uma idade, do ponto de vista jurídico, por exemplo, uma pessoa pode realizar determinados atos da vida civil ou mesmo ser proibida ou ainda lhe serem exigidos uma assistência, um responsável. Para outros fins sociais, a idade pode estabelecer a partir de quando uma criança deve iniciar o aprendizado em escolas, ou mesmo estabelecer a partir de que idade é mais saudável realizar determinado tipo de exercício físico.

Portanto, a idade pode ser vista com algum tipo de significado, pois, “ainda falar de uma determinada idade em concreto não é apropriado, tendo em conta que a maturidade da criança e do adulto é um contínuo sem limites, é obrigado a assinalar certas idades com determinado significado, sobretudo legal.”⁵¹¹

o menor de dezesseis anos ou mais velho, compreende o procedimento médico em questão, e o procedimento não é grave. A aplicação da doutrina, em outras circunstâncias, é mais questionável. Fora dos direitos reprodutivos, a Suprema Corte americana nunca se pronunciou sobre a sua aplicabilidade a procedimentos médicos.”

⁵¹¹NOTA: Texto original: ‘Aunque hablar de una determinada edad en concreto no es apropiado, teniendo en cuenta que la maduración del niño y del adulto es un continuun sin límites, es obligado señalar ciertas edades con determinado significado, sobre todo legal:

Neste sentido, M. Sánchez Jacob leciona ainda que aos sete, tradicionalmente, era a idade em que a criança alcançava a idade da razão; aos doze anos, a criança tem direito a ser ouvida; aos treze anos, tem a capacidade de consentimento para relações sexuais sem que estas sejam um delito; já aos quatorze anos é possível contrair matrimônio com permissão judicial; quando atinge os dezesseis, alcança a maioridade para a saúde, ou seja, se emancipa para tanto e, aos dezoito anos, passa à maioridade legal e penal.

No Brasil, aos seis anos, a criança já pode entrar no Ensino Fundamental; aos doze, já se torna adolescente, aos quatorze tem a capacidade de trabalhar como aprendiz; quando atinge os dezesseis, pode tornar-se capaz para os atos da vida civil, pode votar conforme a lei, mas não se emancipa para questões da saúde; e aos dezoito anos, passa à maioridade civil e penal.

A discussão sobre o grau de maturidade passa pela psicologia. Frequentemente, os autores que cuidam do tema fazem referências à psicologia evolutiva de Piaget e no sistema de evolução da consciência moral das crianças, elaborado por Kohlberg. Com base nessas teorias é que fundamentam algumas justificativas para a aplicação da doutrina do “menor maduro”, pois não se mostra fácil a tarefa de determinar quando uma pessoa é moralmente madura.⁵¹²

Com a psicologia evolucionista, Piaget contribui para esse entendimento sobre o “menor maduro” quando assinala que, entre os oito a onze anos de idade, a criança inicia um processo de distanciamento das demandas

• 7 años: tradicionalmente y sobre todo la Iglesia católica, y así consta en el catecismo, era la edad en que el niño alcanzaba el “uso de razón”.

• 12 años: legalmente el niño tiene derecho a ser oído.

• 13 años: capacidad para consentir relaciones sexuales sin que éstas sean delito.

• 14 años: contraer matrimonio con permiso judicial.

• 16 años: **mayoría de edad sanitaria**. Emancipación.

• 18 años: mayoría de edad legal y penal.” (JACOB, op. cit., p.158).

Tradução livre: “Ainda falar de uma determinada idade em concreto não é apropriado, tendo em conta que a maturidade da criança e do adulto é um contínuo sem limites, é obrigado a assinalar certas idades com determinado significado, sobretudo legal:

• 7 anos: tradicionalmente e, especialmente, a Igreja Católica e assim consta no catecismo, era a idade em que a criança alcançava a “idade da razão”.

• 12 anos: a criança tem direito a ser ouvida.

• 13 anos: a capacidade de consentimento para relações sexuais sem que estas sejam delito.

• 14 anos: contrai matrimônio com permissão judicial.

• 16 anos: maioridade para a saúde. Emancipação.

• 18 anos: maioridade legal e penal”.

⁵¹²FRANCO, op. cit., p. 94.

externas a favor dos princípios internos próprios da autonomia. Assim, estes critérios internos inicialmente se identificam com o princípio da justiça, quando, em momento posterior, passa o critério da equidade a aparecer, o que ocorre a partir dos onze a doze anos de idade⁵¹³.

Por seu turno, posteriormente, Kohlberg veio a elaborar um sistema de evolução da consciência moral da criança. No desenvolvimento desse sistema, criou três níveis – o pré-convencional, o convencional e o pós-convencional ou de princípio – contendo em cada nível dois graus ou estados. No primeiro nível, o pré-convencional, seria próprio de 80% das crianças com idades entre os 10-12 anos; o nível convencional seria mais comum entre os adultos e a fase pós-convencional alcançaria número reduzido de pessoas e em idades bem mais tardia. Outros estudos, contudo, “demonstram que a maioria dos adolescentes atinge a maturidade moral entre 13 e 15 anos⁵¹⁴”.

Atingir a maturidade pode significar a possibilidade do exercício da autonomia. Entretanto, podem ocorrer situações em que há o conflito entre princípios, em que sua incompatibilidade em uma situação concreta requererá a aplicação de uma ética prática, por exemplo. Neste sentido, Stepke e Drumond⁵¹⁵ citam a situação da testemunha de Jeová que, na ocorrência de emergência, um

⁵¹³NOTA: Texto original: ‘Es difícil dar una respuesta al tema de cuándo una persona es moralmente madura. La psicología evolutiva de Piaget(11) señala que, entre los 8 y 11 años, el niño se va distanciando de las demandas externas a favor de los principios internos (autonomía). Estos criterios internos vienen a identificarse inicialmente con el principio de justicia, siendo, posteriormente, el criterio de equidad el que aparece a partir de los 11-12 años’ (JACOB, op. cit., p.159).

Tradução livre: “É difícil responder à questão de saber quando uma pessoa é moralmente madura. A psicologia Evolucionista Piaget (11) assinala que, entre os 8 e 11 anos, a criança vai se distanciando das demandas externas a favor dos princípios internos (autonomia). Estes critérios internos vêm a identificar-se inicialmente com o princípio da justiça, sendo, posteriormente, o critério da equidade o que aparece a partir dos 11 -12 anos”.

⁵¹⁴NOTA: Texto original: “Posteriormente, Kohlberg(12) elabora un sistema de evolución de la conciencia moral del niño en tres niveles y seis grados (Tabla I). Siguiendo a este autor el nivel preconvenicional es el propio del 80% de los niños hasta los 10-12 años, y el nivel convencional es el más frecuente entre los adultos. La fase postconvencional la alcanza un número reducido de personas y en edades más bien tardías. Otros estudios demuestran que, la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez moral entre los 13 y 15 años (13).” (JACOB, op. cit., p.159).

Tradução livre: “Posteriormente, Kohlberg (12) elabora um sistema de evolução da consciência moral da criança em três níveis e seis graus (Tabela I). Segundo este autor, o nível pré-convencional é próprio dos 80% das crianças até aos 10-12 anos, e o nível convencional é mais comum entre os adultos. A fase pós-convencional alcança um número reduzido de pessoas e em idades bem mais tardia. Outros estudos demonstram que a maioria dos adolescentes atinge a maturidade moral entre 13 e 15 anos (13).”

⁵¹⁵STEPKE; DRUMOND (b), op. cit., p. 59.

médico encontra resistência em deixar praticar uma transfusão de sangue que deve decidir entre a beneficência e a autonomia.

Neste sentido, Beauchamp e Childress⁵¹⁶ registram, sobre o consentimento e a recusa ao longo do tempo, que “as crenças, as escolhas e os consentimentos das pessoas surgem e se modificam com o tempo”. Para os autores, surgem problemas morais e interpretativos “quando as escolhas atuais de uma pessoa contradizem suas escolhas anteriores, que podem ter tido o propósito explícito de prevenir futuras mudanças de opinião”.

No caso de uma testemunha de Jeová, quando recusa uma transfusão de sangue, “é mais provável que as ações sejam substancialmente autônomas quando estão de acordo com o caráter da pessoa⁵¹⁷, o que pode levar à interpretação de que o consentimento de uma pessoa tida como madura deverá ser respeitado.

Na busca da identificação da capacidade do menor para consentir um tratamento de saúde e, portanto, praticar ato autônomo, se deve ter critérios, ainda que subjetivos, mas que, de certa forma, tenham coerência com a prática médica e observem os interesses do menor.

Uma prática é apresentada por M. Sánchez Jacob⁵¹⁸, na qual se

⁵¹⁶BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.148.

⁵¹⁷BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.149.

⁵¹⁸NOTA: Texto original: “Drane elaboró una escala móvil (o de tres niveles), para evaluar la competencia del paciente. Cada nivel viene definido por tres elementos:

a) Un tipo de decisión característico.

b) Aquellos requisitos de capacidad que se consideran necesarios para tomar estas decisiones. c) Algunos estados mentales o patologías que condicionan bien la incapacidad bien la capacidad para tomar decisiones de ese nivel. En cada nivel (I: tratamientos fáciles y eficaces; II: tratamientos menos seguros; y III: tratamientos peligrosos), las consecuencias de las decisiones del paciente son más graves y, por ello, los criterios de competencia para consentir o rechazar el tratamiento se hacen más exigentes(14,15). Según esta escala, y en función de la edad, y suponiendo que cumplan los requisitos de cada nivel, los estados que suponen competencia son:

– En el nivel I: niños de 10 años o más.

– En el nivel II: adolescentes de 16 años o más.

– En el nivel III: mayores de edad”.

(JACOB, op. cit., 2010).

Tradução livre: “Drane desenvolveu uma escala (ou três níveis), para avaliar a competência do paciente. Cada nível é definido por três elementos:

a) Um tipo de decisão característica.

b) Aquelles requisitos de capacidade necessários para tomar estas decisões.

c) Alguns estados mentais ou patologias que condicionam bem a incapacidade ou capacidade de tomar decisões desse nível. Em cada nível (I: tratamentos mais fáceis e eficazes; II: tratamentos menos seguros; III: tratamentos perigosos), as consequências das decisões dos pacientes são mais

utiliza uma escala móvel para se avaliar a competência do paciente.

Esta escala móvel possui três níveis: o primeiro, dos tratamentos mais fáceis e eficazes; o segundo, dos tratamentos menos seguros e o terceiro, dos tratamentos perigosos. Cada um desses níveis vem definido por três elementos: a) um tipo de decisão característica; b) aqueles requisitos de capacidade necessários para tomar estas decisões e c) alguns estados mentais ou patologias que condicionam bem a incapacidade ou capacidade de tomar decisões desse nível. De acordo com esta escala e conforme a idade e partindo-se da ideia de que se cumpram os requisitos de cada nível, os estados que vão supor competência seriam os seguintes: no primeiro nível, crianças de dez anos ou mais; no segundo nível, adolescente de dezesseis anos ou mais e, no terceiro nível, os maiores de idade.

Entretanto, ainda que não existam métodos científicos capazes de orientar nessa direção, há certamente o espaço para a comunicação adequada entre os envolvidos, ou seja, entre o médico, o paciente e sua família. Pois, como esclarece M. Sánchez Jacob, são as habilidades de comunicação e a relação honesta com a criança e a família que possibilitam que se abram as portas para considerar os valores que são envolvidos nos conflitos das decisões médicas. Para essa autora, “neste tema não existem algoritmos, guias de tratamento, nem tampouco receitas. Somente a boa vontade e o grau de compromisso nos ajudarão a familiarizar com a doutrina do “menor maduro”⁵¹⁹.

graves e, por isso, os critérios de competência para consentir ou recusar o tratamento se tornam mais exigentes (14,15). Segundo esta escala, e em função da idade, e supondo que cumpram os requisitos para cada nível, nos estados que supõem competência são:

- No Nível I: crianças de 10 anos ou mais.
- No Nível II: Adolescentes com 16 anos ou mais.
- No nível III: os adultos”.

⁵¹⁹NOTA: Texto original: “Considero que en la consulta de pediatría se plantean muchos interrogantes ante situaciones concretas con el adolescente. Las habilidades de comunicación y la implicación honesta con el menor y la familia, nos abren las puertas para considerar los valores implicados en los conflictos de las decisiones médicas. En este tema no existen algoritmos, guias de tratamiento, ni tampoco recetas. Sólo la buena voluntad y el grado de compromiso nos ayudarán a familiarizarnos con la doctrina del ‘menor maduro’”.

(JACOB, op. cit., p.159).

Tradução livre: “Considero que, na consulta de pediatria, se expõem muitas dúvidas ante situações concretas. As habilidades de comunicação e a repercussão honesta com a criança e a família nos abrem as portas para considerar os valores envolvidos nos conflitos das decisões médicas. Neste tema não existem algoritmos, guias de tratamento, nem tampouco receitas. Somente a boa vontade e o grau de compromisso nos ajudarão a familiarizar com a doutrina do menor ‘maduro’”.

4.3.2 A confidencialidade na atividade de saúde e o menor

A confidencialidade pode ser definida como “uma garantia que deriva dos direitos à intimidade e à privacidade, sendo este último reconhecido em diversos instrumentos internacionais”. Nestes instrumentos, se verificou que o núcleo desta garantia consiste na impossibilidade de revelar os dados que são proporcionados pelas pacientes ao profissional de saúde quando solicitam serviços médicos⁵²⁰.

No atendimento à saúde do menor, quando se tem como parâmetro a doutrina do “menor maduro”, a confidencialidade não difere, em tese, dos cuidados que se estabeleceram e são hoje praticados em relação ao adulto, para não revelar os dados de origem pessoal relativos à sua saúde, originados durante os atendimentos médicos.

Para Manuel Amarilla Gundín⁵²¹, “o ‘menor maduro’ tem os mesmos direitos que o adulto na garantia da proteção de dados de carácter pessoal relativos à sua saúde”. O entendimento que dispensa ao assunto baseia-se nos direitos fundamentais, inseridos nos documentos internacionais, a exemplo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reconhece, através do artigo oito, que “toda pessoa tem direito à proteção de seus dados de carácter pessoal”⁵²².

⁵²⁰NOTA: Texto original: “[...] se definió la confidencialidad como una garantía derivada de los derechos a la intimidad y la privacidad, estos últimos reconocidos en diversos instrumentos internacionales. Allí se verificó que el núcleo de esta garantía consiste en la imposibilidad de revelar los datos que son proporcionados por los y las pacientes a personal de salud cuando solicitan servicios médicos (VÉLEZ, Ana Cristina Gonzáles (Cord.). **Causal salud:interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos**. Espanha: Cotidiano Mujer, 2008, p.65 e 206.)

Tradução livre: “[...] se definiu a confidencialidade como uma garantia derivada dos direitos à intimidade e a privacidade. Nestes instrumentos, se verificou que o núcleo desta garantia consiste na impossibilidade de revelar os dados que são proporcionados pelas pacientes ao profissional de saúde quando solicitam serviços médicos.”

⁵²¹NOTA: Texto original: “El ‘menor maduro’ tiene los mismos derechos que el adulto a la garantía de la protección de datos de carácter personal relativos a su salud. (GUNDÍN, Manuel Amarilla. **El “menor maduro” ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia**. Edición revisada. Barcelona: Chiesi, 2006, p.29).

Tradução livre: “O ‘menor maduro’ tem os mesmos direitos que o adulto na garantia da proteção de dados de carácter pessoal relativos à sua saúde”.

⁵²²NOTA: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Artigo 8º: Protecção de dados pessoais:

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as

A adolescência, estágio no qual se pode considerar, pela idade, o menor como maturidade necessária para se enquadrar como maduro o suficiente para decidir sobre sua saúde, é considerada “uma etapa da vida do ser humano fundamental para a construção do sujeito, resultante da infância e determinante da vida adulta, onde o futuro é agora e o presente para sempre”⁵²³.

Destarte, os cuidados dispensados no atendimento dos menores requerem cuidados específicos diante das características relacionadas à sua idade, quando “atender adolescentes significa acolhê-los, respeitando-os dentro dos mais rigorosos princípios éticos”⁵²⁴.

Neste sentido, Manuel Amarilla Gundín⁵²⁵ assevera, quanto à confidencialidade dos dados clínicos do “menor maduro”, que este, ao requerer assistência de saúde, tem seus dados pessoais de saúde como parte de sua história clínica. Esta compreende o conjunto de documentos relativos aos processos assistenciais do menor assistido, contendo a identificação dos médicos e dos demais profissionais que tenham intervindo, e objetiva a obtenção da máxima integração possível da documentação clínica de cada menor, no âmbito de cada centro de atendimento.

Entretanto, com referência aos dados de um menor no âmbito da saúde é possível construir diversos questionamentos. Pode-se mostrar relevante saber, por exemplo, em que medida e em quais condições devem ser observados o

peças têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito à fiscalização por parte de uma autoridade independente. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2010.

⁵²³SANT’ANNA, Maria José Carvalho. Ética no atendimento do adolescente. In: SÃO PAULO (cidade), Secretaria da Saúde. Manual de atenção à saúde do adolescente. CODEPPS. São Paulo: SMS, 2006, p.91.

⁵²⁴Ibid., p.91.

⁵²⁵NOTA: Texto original: “Cuando un “menor maduro” requiere asistencia sanitaria, sus datos personales de salud se incluyen en la historia clínica, La cual comprende el conjunto de documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro [...]”. (GUNDÍN, op. cit., p.29 e 30).

Tradução livre: “Quando o ‘menor maduro’ requer assistência de saúde, seus dados pessoais de saúde se incluem na história clínica, a qual compreende o conjunto de documentos relativos aos processos assistenciais de cada paciente, com a identificação dos médicos e dos demais profissionais que tenham eles intervindo, com o objetivo de obter a máxima integração possível da documentação clínica de cada paciente, ao menos, no âmbito de cada centro [...]”, p. 29 e 30.

direito à confidencialidade e dever de segredo dos dados de tratamento médico do menor, o direito à qualidade dos dados relativos à saúde, direito à informação reservada dos dados, direito a prestar o consentimento, direito de acesso, retificação, cancelamento, oposição e indenização, o direito à adequada segurança na proteção de dados relativos à sua saúde, direito de denúncia, entre outros.⁵²⁶

Para o exercício de alguns desses direitos, restaria necessário o ponto de vista legal, a devida autorização ao menor para fazê-lo sem necessidade de representante. Na situação elencada pelo referido autor, existe base legal⁵²⁷ no seu país (Espanha) que possibilita ao menor, enquadrado na condição de “menor maduro”, a possibilidade do exercício desses direitos de forma direta, por se presumir que é capaz para tanto. Em outras nações, a exemplo do Brasil, não há legislação específica, embora possam se extrair práticas e orientações médicas, ou mesmo dar interpretações a algumas leis, nas quais, em certas situações fáticas, pode-se observar a preservação desses direitos.

O Código de Ética Médica atual⁵²⁸, desde que o menor tenha

⁵²⁶NOTA: Texto original: “¿Qué derechos tiene el “menor maduro” sobre sus datos personales referidos a su salud?

Derecho a la confidencialidad y deber de secreto en el tratamiento de este tipo de datos.

Derecho a la calidad de los datos relativos a la salud.

Derecho a la información en la recogida de los datos.

Derecho a prestar el consentimiento.

Derecho de acceso, rectificación, cancelación, oposición e indemnización.

Derecho a la adecuada seguridad en La protección de datos relativos a la salud.

Derecho de denuncia ante la agencia española de protección de datos por incumplimiento de obligaciones”.

(GUNDÍN, op. cit., p. 30).

Tradução livre: “Que direitos tem o menor maduro sobre os seus dados pessoais relativos à sua saúde?

Direito à confidencialidade e dever de segredo no tratamento e dos dados desse tratamento. Direito à qualidade dos dados relativos à sua saúde.

Direito à informação reservada dos dados.

Direito a prestar o consentimento.

Direito de acesso, retificação, cancelamento, oposição e indenização.

Direito à adequada segurança na proteção de dados relativos à sua saúde.

Direito de denuncia à agência espanhola de proteção de dados por não cumprimento de obrigações”.

⁵²⁷Refere-se à LEY 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁵²⁸CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90. Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173): Capítulo IX – Sigilo Profissional. “É vedado ao médico [...]. Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao

capacidade de discernimento, veda ao médico revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade. Esta determinação inclui o sigilo em relação a seus pais ou representantes legais. A exceção que faz o código diz respeito unicamente ao caso em que a não revelação das informações de saúde possa acarretar dano ao paciente.

De forma mais abrangente, através da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁵²⁹, é possível vislumbrar o exercício da confidencialidade na atividade de saúde do menor considerado maduro, ao dispor sobre a prioridade do atendimento médico do adolescente e o direito à autonomia e sua absoluta proteção à vida e à saúde, de forma a possibilitar seu desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência, direito à inviolabilidade da autonomia (Art. 4º, b; Art. 7º; Art.17º), não fazendo qualquer restrição ao acesso do adolescente a esses serviços ou direitos, que requeiram, por exemplo, a anuência de pais ou responsáveis. De outra forma, garante que toda criança ou adolescente seja ouvido e sua opinião (Art. 16º, II), devendo esta ser considerada no momento em que se decidirem sobre fatos que envolvam sua vida íntima⁵³⁰.

Por este ponto de vista, se pode extrair que os direitos do menor à saúde não estão sujeitos à autorização dos pais ou de outro responsável legal e, compreendendo a assistência médica o sigilo dos dados conforme o código de ética, é também de se concluir que este se estende às informações que devem ser negadas aos pais. Em exemplo prático, por essa interpretação, o Manual de Saúde do Adolescente da cidade de São Paulo reconhece, nos casos associados à saúde sexual, que “deve-se entender que os direitos dos adolescentes à assistência à saúde sexual e reprodutiva consistem em direitos individuais garantidos pelo ECA, e podem ser exercidos independentemente da autorização da família ou responsável⁵³¹”.

Para as situações de quebra desse sigilo, o referido manual recorre às

paciente”.

⁵²⁹BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm.> Acesso em: 30 jul. 2010.

⁵³⁰SANT'ANNA, op. cit., p. 93.

⁵³¹Ibid., p.93.

orientações dos Departamentos de Bioética e de Adolescência da Sociedade de Pediatria de São Paulo, recomendando que “em todas as situações em que se caracterizar a necessidade da quebra do sigilo médico, o adolescente deve ser informado, justificando-se os motivos para esta atitude⁵³²”.

Nas recomendações desses departamentos, são identificadas características da doutrina do “menor maduro”, quando se trata da confidencialidade. Assim, ao recomendar aos pediatras que, uma vez identificado como capaz de avaliar o seu problema e de conduzir-se pelos seus próprios meios para solucioná-lo, o adolescente o “tem o direito de ser atendido sem a presença dos pais ou responsáveis no ambiente da consulta, garantindo-se a confidencialidade e o acesso aos recursos diagnósticos e terapêuticos necessários”, aquelas orientações incentivam a prática da referida doutrina, uma vez que só informará aos pais ou responsáveis “determinados conteúdos das consultas, como, por exemplo, nas questões relacionadas à sexualidade e prescrição de métodos contraceptivos, com o expreso consentimento do adolescente”.⁵³³

Do exposto, a confidencialidade no atendimento à saúde do “menor maduro” requer seja semelhante à confidencialidade praticada com os adultos. As exceções, independentemente de existência de lei, devem ser devidamente analisadas, preservando-se a saúde do menor.

O grau de maturidade identificado pelos profissionais de saúde, no respeito à doutrina do “menor maduro”, contendo certo grau de subjetividade e de empirismo, é que serve de base para a decisão de assistir ao menor em uma condição de sigilo médico, preservando a sua intimidade, como adulto fosse. Tal situação pode gerar desconfortos e conflitos axiológicos na sociedade, por, de certa maneira, interferir nas relações familiares, no caso mais específico, nas relações entre pais e filhos.

⁵³²SÃO PAULO (cidade), Secretaria da Saúde. **Manual de atenção à saúde do adolescente**. CODEPPS. São Paulo: SMS, 2006, p. 92.

⁵³³SÃO PAULO (cidade), op. cit., p.93.

4.4 O CONSENTIMENTO INFORMADO E O “MENOR MADURO”

4.4.1 Autonomia da vontade do menor: a tomada de decisão

Conforme explica Carlos María Romeo Casabona⁵³⁴ sobre um paciente menor de idade, “ninguém duvida de que são seus pais os que devem outorgar o consentimento em seu lugar. É certo, quando aqueles exercem, como costuma ocorrer, o pátrio poder⁵³⁵ sobre seu filho de curta idade, a quem representam legalmente”. Entretanto, esse autor destaca que a “questão se torna mais problemática na medida em que o menor vai desenvolvendo sua capacidade de discernimento e adquirindo certa maturidade”.

A questão se apresenta, em certa medida, como um paradoxo, uma vez que, no exercício do poder familiar, os pais têm direitos e obrigações para com seus filhos menores, mas, ao mesmo tempo, a obrigação de não interferir ou participar, ou mesmo ter o conhecimento sobre um tratamento de saúde a que são submetidos pelo fato de serem maduros perante a realidade.

Neste sentido, Casabona ensina que o exercício do poder familiar fundamentaria a obrigação dos pais de fazer todo o necessário para salvaguardar a saúde e a vida dos filhos submetidos à dita proteção e que “essa relação se aceita sem discussão com o recém-nascido, mas também é admissível em idades mais avançadas, nas quais o menor é capaz de se manter, mas podem se produzir também situações concretas de dependência efetiva de seus pais”⁵³⁶.

Aquele autor ressalta que, há anos, se vem aceitando de forma unânime que deve ser levada em consideração a vontade do menor quando submetido a qualquer tratamento médico se possui uma capacidade natural de juízo ou suficiente maturidade para compreender a natureza e transcendência do ato ao

⁵³⁴CASABONA (a), op. cit., p.149.

⁵³⁵NOTA: Embora o autor use o termo “pátrio poder”, entender-se-á neste trabalho como se referindo ao “Poder Familiar”, este consagrado na legislação brasileira, no Código Civil, Capítulo V, artigos de 1.630 a 1.638.

⁵³⁶CASABONA (a), op. cit., p.150.

qual consente, assim como as consequências relevantes que surgirão daí. Esclarece que esse critério não permite estabelecer uma idade fixa a partir da qual essa capacidade natural de juízo existe e que este se acha condicionado pela personalidade e o desenvolvimento mental que o menor em questão apresenta⁵³⁷.

Como visto, ao se tratar do grau de maturidade do menor, em linhas anteriores, a influência da psicologia evolucionista de Piaget e do sistema de evolução da consciência moral da criança de Kohlberg possibilitou fundamentos à capacidade do menor em consentir tratamento de sua saúde por ser considerado maduro o suficiente para tanto.

A capacidade para o menor exercer sua autonomia, nesse caso, se apresenta como uma capacidade de fato, independentemente de evocar alguma lei em específico. Apresenta-se, dessa forma, no campo ético. Na aplicação do consentimento informado como uma relação dialógica, antes aqui citada, essa autonomia poderia ser construída.

Dentro desta construção, e conforme leciona Casabona⁵³⁸, quando o paciente é um menor de idade deverá ser atendida a sua capacidade natural de juízo, ou seja, suficiente maturidade para compreender a natureza e a complexidade do que consente, para decidir se esse consentimento tem ou não relevância jurídica. Não alcançando essa capacidade, a decisão deixa de ser autônoma e o poder de decidir sobre o tratamento recai sobre seus pais ou responsáveis legal.

A determinação do grau de maturidade, da mesma forma como serve de base para a decisão de assistir ao menor em uma condição de sigilo médico, apresenta-se como o mesmo que determina a sua autonomia no atendimento e o autoriza como capaz de consentir o seu tratamento de saúde.

4.4.2 Capacidade negocial e capacidade de entender

Prevaleceu no *leading case Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area*

⁵³⁷Ibid., p.150.

⁵³⁸CASABONA (a), op. cit, p.150.

Health Authority a capacidade do menor em entender o tratamento médico proposto e as consequências para a sua saúde em detrimento do poder familiar.

De forma semelhante, o Conselho da Europa, na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Artigo 6º)⁵³⁹, ao fazer referência à proteção das pessoas que possam carecer de capacidade para prestar o seu consentimento, considerou a capacidade de entender como fator determinante quando firmou a necessidade da opinião do menor ser tomada em consideração, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

No mesmo artigo, essa Convenção ressalva que sempre que um menor careça de capacidade para consentir em uma intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante legal. Isso demonstra, quanto aos cuidados com a saúde, que o menor passa a ter maior autonomia, baseada na sua capacidade de compreender.

O mesmo entendimento pode ser extraído da Convenção de Direitos da Criança quando trata da opinião da criança, garantindo o direito de, não só exprimir livremente sua opinião sobre questões que lhe digam respeito, mas também de ver essa opinião tomada em consideração. O Artigo 12 desta convenção⁵⁴⁰ não

⁵³⁹NOTA: “Artigo 6 **Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento:**

1 - Sem prejuízo dos artigos 17 e 20, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efectuada em seu benefício directo.

2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

4 - O representante, a autoridade, a pessoa ou a instância mencionada nos artigos 2º e 3º recebem, nas mesmas condições, a informação citada no artigo 5º.

5 - A autorização referida nos artigos 2º e 3º pode, em qualquer momento, ser retirada no interesse da pessoa em questão.” (Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os direitos do homem e a Biomedicina. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-para-a4805/downloadFile/file/STE_164.pdf?nocache=1200589304.62>. Acesso em: 21 nov. 2010).

⁵⁴⁰A Convenção sobre os Direitos da Criança – UNICEF.

Opinião da criança: Artigo 121. 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

deixa dúvidas quanto à valorização da capacidade de entender, visto que isso deve ser considerado, pois a garantia do direito da criança de exprimir sua opinião livremente sobre questões que lhe digam respeito faz referência à idade e à maturidade, outorgando certa autonomia do menor.

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente acompanha as garantias estabelecidas naquela convenção, garantindo, de forma semelhante, a autonomia do menor.

Segundo as lições de Orlando Gomes⁵⁴¹, o termo “capacidade” é empregado em dois sentidos. No primeiro, tem o mesmo significado de personalidade e assim é chamada de “capacidade de direito ou de gozo”, pois “para ter direito na ordem civil, todo homem é capaz”. Ou seja, a capacidade jurídica é o potencial de todo indivíduo, que possibilita a pessoa ser sujeito de direitos e deveres; no segundo, “é a aptidão para exercer direitos, denominada de capacidade de fato ou de exercício. Nem todos a possuem. Causas diversas restringem-na.”

Segundo Gagliano e Pamplona Filho⁵⁴², “uma vez adquirida a personalidade jurídica, toda pessoa passa a ser capaz de direito e obrigação”, tendo, neste sentido, a capacidade de direito ou de gozo. Logo, todo ser humano possuiria a capacidade de direito, pois a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição.

De outro modo, Guimarães⁵⁴³ leciona que “não são todas as pessoas que possuem a chamada capacidade de fato, traduzida pela aptidão, conferida às pessoas maiores e capazes, de exercer os atos da vida civil, por iniciativa própria, independentemente de assistência ou representação”, que também é conhecida como capacidade de exercício ou de ação. (grifo do autor)

Guimarães⁵⁴⁴ ensina que capacidade plena é a resultante da capacidade de direito mais a capacidade de fato e, para integrar uma relação jurídica específica, é necessário não apenas possuir a capacidade de exercício ou

maturidade. Disponível em:

<http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

⁵⁴¹GOMES, Orlando. **Curso de Direito Civil**. 5. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.179.

⁵⁴²GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.132.

⁵⁴³GUIMARÃES, op. cit., p.19.

⁵⁴⁴Ibid., p.19.

de fato, mas também não pode lhe faltar a legitimidade, ou seja, “a capacidade de exercício, de caráter especial e irrestrito, conferida a certas e determinadas pessoas, por determinação legal, ou pela natureza do posto”.

Portanto, a capacidade negocial requer a capacidade de direito, e a capacidade de entender pode ser interpretada como uma capacidade de fato, pois “condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Entretanto, “pode-se ter capacidade de direito sem capacidade de fato; adquirir o direito, e não poder exercê-lo por si⁵⁴⁵”.

4.4.3 A família e o poder familiar

No contexto da doutrina do “menor maduro”, o poder familiar aparenta ser atingido, reduzindo-se o seu alcance.

Como já apresentado, no exercício da autonomia, o “menor maduro” decide sobre sua saúde em determinadas circunstâncias. Entretanto, a família e o próprio exercício do poder familiar têm grande importância na construção da maturidade que o menor adquire.

Essa importância é ressaltada no preâmbulo da Convenção de Direitos da Criança⁵⁴⁶, ao sublinhar, de forma particular, a responsabilidade fundamental da família no que diz respeito aos cuidados e proteção. Quando reafirma o fato de as crianças, em função da sua vulnerabilidade, necessitarem de proteção e de atenção especiais, de proteção jurídica e não jurídica quanto à importância do respeito pelos valores culturais da comunidade em que elas vivem, a Convenção reconhece o papel da família e lhe permite, mesmo que implicitamente, um poder familiar que deverá ser exercido para preservar os direitos dessa crianças.

Para essa Convenção, não há dúvidas sobre a importância da família, ao buscar a sua proteção, pois afirma no preâmbulo a convicção de que a família deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente

⁵⁴⁵GOMES, op. cit., p.179.

⁵⁴⁶A Convenção sobre os Direitos da Criança – UNICEF, op. cit., 2010.

o seu papel na comunidade. Ressalta-se o papel da família por ser considerado elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças.⁵⁴⁷

Não se pode olvidar que a autonomia da vontade e a capacidade de entendimento se iniciam na família, na educação familiar. De certo, a família tem importância fundamental na transformação do menor, influenciando na relação entre sua idade e sua maturidade.

Certamente, a educação familiar passa a desenvolver formas que permitem a individualidade e que conduzem à possibilidade de o menor, chegando à fase madura, ter condições mais adequadas para decidir sobre si quando for cuidar ou decidir sobre sua saúde. Afinal, a capacidade de entendimento ainda é o suporte normativo que tende a ser aplicado, requerendo do menor capacidade para entender.

4.4.4 As emergências e consentimento do menor

Segundo a *Gale Encyclopedia of Everyday Law*⁵⁴⁸, todos os Estados americanos permitem que, no tratamento de menores, em casos de emergência, seja dispensada a autorização dos pais. Trata-se de um consentimento presumido devido às circunstâncias que devem estar presentes nessa situação, que incluem a possibilidade de o paciente ficar incapacitado ao ponto de não poder dar o

⁵⁴⁷NOTA: Preâmbulo de a Convenção sobre os Direitos da Criança – UNICEF: “Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade” (UNICEF, op. cit., 2010).

⁵⁴⁸NOTA: Texto original: “The circumstances that should be present in order for such an emergency include the patient being incapacitated to the point of being unable to give an informed choice, the circumstances are life-threatening or serious enough that immediate treatment is required, and it would be impossible or imprudent to try to get consent from someone regarding the patient. In these cases, consent of the parent is presumed, since otherwise the minor would suffer avoidable injury.

Tradução livre: “As circunstâncias que devem estar presentes para uma emergência incluem o paciente ficar incapacitado para o ponto de ser incapaz de dar uma escolha informada, as circunstâncias são fatais ou graves o suficiente para que o tratamento seja imediato e necessário, e seria impossível ou imprudente tentar obter o consentimento de alguém em relação ao paciente. Nestes casos, o consentimento dos pais é presumido, pois, caso contrário, o menor sofreria dano evitável.” (WILSON, op. cit., p. 921).

consentimento informado. Estas circunstâncias são fatais ou graves o suficiente para que o tratamento imediato seja necessário, e seria impossível ou imprudente tentar obter o consentimento de alguém em relação ao paciente. Nestes casos, o consentimento dos pais é presumido, pois, caso contrário, o menor sofreria dano evitável.

Wolfgang Frisch⁵⁴⁹ leciona que o chamado consentimento presumido representa um papel importante como fundamento de justificação das intervenções médicas nos casos em que a intervenção só pode ser realizada com o consentimento do interessado, mas em que a pessoa não se encontra em condições de fazê-lo. Esclarece que a finalidade do instituto é dar solução a essas situações, “salvaguardando-se, na medida do possível, o respeito pelo direito de autodeterminação do interessado”.

Salienta ainda o autor que o campo circunscrito de aplicação do consentimento presumido tem limites no primado da vontade efetiva. Entende-se que a sua aplicação está circunscrita às constatações fáticas em que, à vista das consequências da demora, não é possível ou parece insustentável esperar pela decisão do interessado. Assim, esse pressuposto está preenchido “quando é urgentemente indicada uma medida e particularmente uma intervenção médica, o que decide sua admissibilidade é a vontade presumida do paciente⁵⁵⁰”.

Nesta linha de pensamento, Casabona⁵⁵¹ afirma que o consentimento presumido ou implícito é um recurso jurídico utilizado pelos juristas em alguns âmbitos, entretanto, “costuma-se rejeitar para sustentar juridicamente a atuação do facultativo, que não pode contar com o consentimento expresso do paciente ou de terceiros competentes, inclusive em casos de urgência grave ou vital, dada a ambiguidade do conceito” e também “a insegurança jurídica que, por isso mesmo, pode se gerar quando se acha em jogo uma possível acusação de lesão a bens pessoais juridicamente protegidos”.

O consentimento presumido não deve ser confundido com o consentimento tácito, uma vez que “neste existe verdadeiro consentimento do

⁵⁴⁹FRISCH, op. cit., p.108.

⁵⁵⁰FRISCH, op. cit., p.108.

⁵⁵¹CASABONA (a), op. cit., p.166.

interessado e deduzido de suas declarações, comportamento ou atitudes anteriores”. Existindo pontos de apoio concretos para acreditar que o interessado recusaria a medida, o médico tem de respeitar essa vontade, mesmo em caso de intervenção indicada. “Se não quer expor-se à censura das ofensas corporais, o médico não pode contrariá-la, nem sequer se esse for o desejo dos parentes. Assim, também a intervenção medicamente indicada e inadiável só será legítima se corresponder à vontade presumida do paciente.”⁵⁵²

O consentimento presumido abrange outros aspectos do consentimento e pode promover consequências jurídicas. Ele pode não ser aceito nas situações de uso como fundamento para alargamento da operação, quando não se tenha autorização do paciente, o que dependerá de cada caso, em que o argumento a favor dos médicos é o da indicação vital. O mesmo não se admite nos casos de erro, quando o alargamento da operação se deu em função de um consentimento presumido, mas que, por falta de informação devida e esclarecimentos anteriores, não foi possível o paciente decidir por um possível alargamento dessa operação. Trata-se de problemas que podem gerar punições aos médicos, apesar do consentimento presumido⁵⁵³.

Nos casos de ampliação do procedimento cirúrgico, “se deve distinguir se a ampliação é necessária ou se, mesmo sendo necessária, não é urgente, simplesmente existe a oportunidade de realizá-la”. No caso de ser necessária e urgente, e, no momento da cirurgia, observarem-se circunstâncias não previstas ou ocorrerem complicações, é possível recorrer-se ao estado de necessidade e assim justificar a ampliação. No caso de ser necessária, mas não ser urgente, sendo possível uma intervenção em momento posterior, com o devido consentimento do paciente, e apenas aproveitou-se da operação para ampliá-la, “o médico deve abster-se de qualquer extralimitação do consentimento outorgado”⁵⁵⁴.

Nos casos de emergência, portanto, o consentimento do “menor maduro” está submetido às mesmas regras e riscos inerentes ao consentimento que seria dado por um adulto. Afinal, ainda que se possa, em determinadas situações,

⁵⁵²FRISCH, op. cit., p.109.

⁵⁵³Ibid., p.110 e 113.

⁵⁵⁴CASABONA (a), op. cit., p.167.

exigir a anuência dos pais ou responsáveis, esse consentimento pode ser presumido.

4.5 O “MENOR MADURO” E LEGISLAÇÃO: EVOLUÇÃO E PROTEÇÃO

4.5.1 Declarações internacionais

Nas declarações e cartas dos organismos internacionais, é possível encontrar referências à autonomia e à capacidade de consentir do menor que é capaz de entender as informações recebidas sobre o seu estado de saúde e sobre procedimentos médicos a que poderá se submeter e, desta maneira, assumir a responsabilidade pelo consentimento informado sem que seja necessária a participação de seus pais ou outro responsável legal.

O Código de Nuremberg⁵⁵⁵ recomenda que o consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial nas pesquisas em seres humanos e as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes para consentir. Também reforça que essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior, devendo ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Requer, para tanto, que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento, os métodos segundo os quais será conduzido, as inconveniências e os riscos esperados, bem como os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer em virtude da sua participação no experimento.

Como o dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele, pode-se compreender que, para o consentimento,

⁵⁵⁵Experimentação Humana, op. cit., p.645-646.

requerem-se a informação adequada e o entendimento daquele que irá consentir.

Considerando a definição da teoria do “menor maduro” aqui já colocada e o fato daquele código exigir a compreensão adequada pelo consenciente, por essa interpretação poder-se-ia afirmar que um “menor maduro” seria capaz de autorizar uma pesquisa, dando o seu consentimento informado? Esta questão merece melhor estudo e avaliação.

No Relatório Belmont⁵⁵⁶, o princípio do respeito às pessoas apresenta a incorporação de, pelo menos, duas convicções éticas: a que indica que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos e a que determina que as pessoas com autonomia diminuída têm direito a ser protegido.

Igualmente, quando o Relatório Belmont define a pessoa como autônoma, afirma que se trata de “um indivíduo capaz de deliberação sobre os objetivos pessoais e agir na direção dessa deliberação”. Neste mesmo caminho, esclarece que “respeitar a autonomia é dar peso às opiniões e escolhas das pessoas autônomas, enquanto se abstém de obstruir suas ações, a menos que sejam claramente prejudiciais para outras pessoas.” O limite à autonomia, nesta afirmativa, reserva-se à proteção da autonomia das demais pessoas.

Portanto, por este documento histórico, a autonomia não está associada à idade, mas na capacidade das pessoas de deliberar sobre seus objetivos pessoais e agir na direção desses objetivos.

A Associação Médica Mundial desenvolveu a Declaração de Helsink, que contém princípios éticos para a pesquisa médica envolvendo seres humanos, incluída a pesquisa com material humano identificável e dados.

⁵⁵⁶NOTA: Relatório de Belmont. Texto original em espanhol: “Respeto a las Personas: El respeto a las personas incorpora cuando menos dos convicciones éticas: primero, que los individuos deberán ser tratados como agentes autónomos y segundo, que las personas con autonomía disminuida tienen derecho a ser protegidas [...]. Una persona autónoma es una persona capaz de deliberar acerca de sus metas personales y de actuar en el sentido de tales deliberaciones. Respetar la autonomía significa dar valor a las opiniones y elecciones de personas autónomas al mismo tiempo que se evita obstruir sus acciones, a menos que éstas sean claramente en detrimento de otros [...]”. Disponível em: <<http://www.fhi.org/sp/RH/Training/trainmat/ethicscurr/RETCPo/ss/References/rfpg7.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

Tradução livre: “O respeito pelas pessoas incorpora, pelo menos, duas convicções éticas: em primeiro lugar, que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e a segunda, que as pessoas com autonomia diminuída têm direito a ser protegido [...]. Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberação sobre os objetivos pessoais e agir na direção dessa deliberação. Respeitar a autonomia é dar peso às opiniões e escolhas das pessoas autônomas, enquanto se abstém de obstruir suas ações, a menos que sejam claramente prejudiciais para outras pessoas [...]”

Dentre seus princípios⁵⁵⁷, encontram-se exigências que visam à necessidade da obtenção do consentimento informado do representante legalmente autorizado quando o sujeito de pesquisa potencial é incompetente para tanto, devendo o médico obter o consentimento informado desse representante.

Esta proteção (princípio 27) se estende para proibir que estes indivíduos sejam incluídos em um estudo que não tem probabilidade de benefício para eles, salvo nos casos de promoção da saúde da população a qual este indivíduo representa e a investigação não possa ser realizada com pessoas competentes, tendo a mesma apenas risco e incômodo mínimos.

Pela Declaração de Helsink⁵⁵⁸, mesmo quando um sujeito de pesquisa em potencial, que é considerado incompetente, é capaz de aprovar decisões sobre a participação na pesquisa, recomenda-se ao médico que deva solicitar o parecer do representante legalmente autorizado, além do consentimento. Em caso de potencial dissenso sobre o assunto, este deve ser respeitado.

Salvo melhor juízo, tal princípio não aparenta vedar que um menor, considerado maduro pela teoria que assim o define, não possa consentir, mas que deve ser requerido um parecer dos seus representantes legais. Assim, possibilita a interpretação de que é possível que um menor maduro venha a autorizar, dando o seu consentimento, ainda que necessário o parecer do representante legal, já que o

⁵⁵⁷NOTA: Declaração de Helsinque (59ª Assembleia Geral, Seul, outubro de 2008 da WMA), princípio 27, texto original: "For a potential research subject who is incompetent, the physician must seek informed consent from the legally authorized representative. These individuals must not be included in a research study that has no likelihood of benefit for them unless it is intended to promote the health of the population represented by the potential subject, the research cannot instead be performed with competent persons, and the research entails only minimal risk and minimal burden". Disponível em: <<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/>>. Acesso em: 20 out. 2010.

Tradução livre: "Para sujeitos de pesquisa potenciais, que é incompetente, o médico deve obter o consentimento informado do representante legalmente autorizado. Estes indivíduos não devem ser incluídos em um estudo que não tem probabilidade de benefício para eles, a menos que se destine a promover a saúde da população representada pelo sujeito em potencial, a investigação não possa ser realizada com pessoas competentes, e a investigação apenas risco e incômodo mínimos.

⁵⁵⁸NOTA: Declaração de Helsinque (59ª Assembléia Geral, Seul, outubro de 2008 da WMA) princípio 28, texto original: "When a potential research subject who is deemed incompetent is able to give assent to decisions about participation in research, the physician must seek that assent in addition to the consent of the legally authorized representative. dissensus. The potential subject's dissent should be respected". Op. cit., 2010.

Tradução livre: "Quando um sujeito de pesquisa em potencial, que é considerado incompetente, é capaz de aprovar decisões sobre a participação na pesquisa, o médico deve solicitar o parecer, além do consentimento, do representante legalmente autorizado. O potencial dissenso do assunto deve ser respeitado".

próprio princípio indica a necessidade de se discutir o potencial dissenso. Considerando este princípio e a teoria do “menor maduro”, o menor poderia ser considerado competente de fato, embora lhe faltando a legitimação por falta de determinação legal ou pela própria natureza do direito posto, para que possa integrar uma relação jurídica.

A UNICEF, através da Convenção sobre os Direitos da Criança⁵⁵⁹, como já salientado – ao tempo em que valoriza a família, que deve ser protegida para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade, uma vez que é fundamental para o bem-estar dos seus membros, em particular, as crianças – lhes garante o direito de poder expressar livremente as suas opiniões sobre as questões que lhes digam respeito e de ver essas opiniões tomadas em consideração.

Para tanto, assegura à criança a oportunidade de ser ouvida, por exemplo, nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional. Nestes termos, não somente se deve ouvir a opinião, como também ser levada em conta. Esse direito não se mostra limitado ao poder familiar.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, do ano de 2005,⁵⁶⁰ no princípio da autonomia e responsabilidade individual (Artigo 5º), faz referência à autonomia dos indivíduos quando possam ser responsáveis por esta decisão e respeitem a autonomia dos demais, e exige medidas especiais para a proteção da autonomia dos incapazes.

Quanto ao consentimento nas intervenções médicas preventiva, diagnóstica e terapêutica (Artigo 6º, a), requer estas sejam com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada, podendo ser retirado a qualquer momento. Para os indivíduos sem a capacidade de consentir (Artigo 7º), remete à ideia do melhor interesse do indivíduo e de acordo com a legislação.

Por essa Declaração, uma vez permitida pela legislação, o “menor

⁵⁵⁹A Convenção sobre os Direitos da Criança – UNICEF, op. cit., 2010.

⁵⁶⁰Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. In. Universidade de Brasília, Cátedra UNESCO de Bioética. Coordenação Volnei Garrafa. Brasília: 2005, p.07.

maduro” poderá exercer sua autonomia e assim permitir as intervenções médicas conforme seu entendimento e sua vontade, salvo o melhor entendimento.

De forma semelhante, o Artigo oito da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (ano 2003) requer o consentimento, acrescentando a necessária ausência de persuasão por ganho pecuniário. Em relação ao menor, requer seja “tomada em consideração como um factor cujo carácter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade”⁵⁶¹. Observa-se aqui a referência ao grau de maturidade do menor como elemento importante no consentimento da recolha do material genético.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina⁵⁶² também fazem referência ao consentimento do menor, asseverando que “sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei” (Artigo 6º, 2).

Os documentos internacionais ora referenciados buscam, de certa maneira, a protecção do menor nas relações com a medicina e a pesquisa. Em um esforço interpretativo e ressalvado um melhor juízo, pode ser possível identificar algumas características que possam se coadunar com a teoria do “menor maduro”, como, por exemplo, respeitar a autonomia e as opiniões do menor. Contudo, é na Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos que se pode verificar a referência ao grau de maturidade, a qual serve de parâmetro na referida teoria para determinar se o menor é considerado suficientemente maduro para consentir um tratamento médico.

⁵⁶¹GARRAFA; KOTTOW; SAADA (d), op. cit., p. 244.

⁵⁶²Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, op. cit., 2010.

4.5.2 O exemplo da legislação espanhola: Lei 41/2002

Pela importância para o tema, se faz prudente tecer algumas considerações sobre a Lei espanhola 41/2002⁵⁶³.

É a lei básica reguladora da autonomia do paciente e dos direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, de 14 de novembro de 2002. Dentre outros aspectos da exposição de motivos dessa lei, está a importância que têm os direitos dos pacientes como sendo básicos nas relações clínico-assistenciais e o interesse pelo assunto em quase todas as organizações internacionais com competência na matéria.

De acordo com a exposição de motivos, a regulação do direito à proteção da saúde na Espanha, em face da Constituição de 1978 (Art. 43), partia do ponto de vista das questões mais intimamente ligadas à condição de sujeitos de direito das pessoas usuárias dos serviços sanitários, regulados no âmbito do Estado através da Lei 14/1986, de 25 de abril (Lei Geral de Saúde). Assim, esta lei básica tinha como objeto a tradução dos direitos relativos à informação clínica e à autonomia individual de pacientes relativos à sua saúde.⁵⁶⁴

No parágrafo final desta exposição, justifica-se a lei por entender que esta oferece, tanto no campo da informação quanto no da documentação clínica, “as mesmas garantias a todos os cidadãos do Estado, fortalecendo, com isso, o direito à

⁵⁶³ESPAÑA. LEY 41/2002, de 14 de noviembre de 2002. Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Gobierno de España. Disponível em:

<http://www.mspsi.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/transparencia/ley_autonomiapaciente.pdf

> Acesso em: 03 jun. 2010.

⁵⁶⁴NOTA: Assim explícita o preâmbulo da Lei 14/1986 : Texto original: “Es preciso decir, sin embargo, que la regulación Del derecho a la protección de la salud, recogido por El artículo 43 de la Constitución de 1978, desde el punto de vista de las cuestiones más estrechamente vinculadas a la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios, es decir, la plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud, ha sido objeto de una regulación básica em el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986,de 25 de abril, General de Sanidad.” (ESPAÑA, op. cit., 2010).

Tradução livre: “É preciso dizer, no entanto, que a regulação do direito à proteção da saúde, recolhida pelo artigo 43 da Constituição de 1978, a partir do ponto de vista das questões mais intimamente ligadas à condição de sujeitos de direito das pessoas usuárias dos serviços sanitários, em outras palavras, a tradução dos direitos relativos à informação clínica e a autonomia individual de pacientes em no que se refere à sua saúde, tem sido objecto de uma regulamentação básica no âmbito do Estado, através da Lei 14/1986, de 25 de abril, de Saúde Geral.”

proteção da saúde nos termos da Constituição⁵⁶⁵”.

Segundo Marta Sánches Jacob⁵⁶⁶, esta lei surgiu como resposta à importância crescente, na sociedade espanhola, do direito dos pacientes. Leciona que tiveram como antecedente normativo desta disposição legal a Lei Geral de Saúde, de 1986, e a Convenção de Oviedo sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina de 1977.

Manuel Amarilla Gundín⁵⁶⁷ apresenta lições sobre essa lei, relacionadas à autonomia do menor em relação à sua saúde, que mostram evolução quanto à aplicação da teoria do “menor maduro” na Espanha. Para Gundín, “esta norma legal supôs um enorme avanço, em relação com o princípio da autonomia, para as pessoas que não são totalmente competentes e seus possíveis níveis de decisão”.

Pelo seu entendimento, inicialmente poder-se-ia dizer que a referida lei respeita o “menor mauro”, de forma geral, como sujeito de direitos e em seu exercício de autonomia da vontade nas questões que afetam a sua saúde, se

⁵⁶⁵NOTA: LEY 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica:

Texto original: “Exposición de Motivos: [...] Todas estas circunstancias aconsejan una adaptación de la Ley General de Sanidad con el objetivo de aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias. Se trata de ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínicas las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución”.

Tradução livre: “Exposição de Motivos: [...] Todas estas circunstâncias aconselham um ajustamento na Lei Geral da Saúde com o objetivo de esclarecer a situação jurídica e os direitos e obrigações dos profissionais de saúde, os cidadãos e as instituições de saúde. Trata-se de oferecer, no campo da informação e documentação clínica, as mesmas garantias a todos os cidadãos do Estado, fortalecendo, com isso, o direito à proteção da saúde nos termos da Constituição”.

Lei 41/2002, de 14 de novembro de 2002, básica reguladora da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica.

⁵⁶⁶Texto original: “Surge como respuesta a la importancia creciente que tienen en nuestra sociedad los derechos de los pacientes. El antecedente normativo de esta disposición legal lo constituye la Ley General de Sanidad de 1986 y el Convenio de Oviedo sobre los derechos humanos y la biomedicina de 1977”. (JACOB, op. cit., p.158).

Tradução livre: “Surge como resposta a importância crescente que tem em nossa sociedade o direito dos pacientes. O antecedente normativo desta disposição legal o constitui a Lei Geral de Saúde, de 1986, e a Convenção de Oviedo sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina de 1977”.

⁵⁶⁷Texto original: “Esta norma supone un enorme avance, en relación con el principio de autonomía, en las personas que no son totalmente competentes y sus posibles niveles de decisión”. (GUNDÍN, op. cit., p.26). Tradução livre: “Esta norma legal supôs um enorme avanço, em relação ao princípio da autonomia, para as pessoas que não são totalmente competentes e seus possíveis níveis de decisão”.

observados os Artigos 2 a 8, 10 e 12⁵⁶⁸.

Neste aspecto, ressalta a mudança trazida pelo Artigo 9 da lei que trata dos limites do consentimento informado e consentimento por representação. As novidades que introduziu, e que a legitimariam, se referem ao respeito pela figura do menor no âmbito das decisões em saúde, em que se destacam⁵⁶⁹: fixa a “maioridade médica” em 16 anos, este, emancipado ou não, é menor; aparece o critério de “apreciação sobre a capacidade intelectual e emocional” do menor, para que possa compreender o alcance de uma intervenção como elemento básico para solicitação do consentimento por representação; o médico responsável pelo ato assistencial valorará a capacidade e gravidade do risco em maiores de 16 anos.

Dentre suas conclusões a respeito dessa lei, Manuel Amarilla Gundín⁵⁷⁰ assevera que os menores de idade são entendidos como os que ainda não cumpriram dezoito anos de idade, mas, em determinadas situações, podem ser considerados maiores ou se lhes é permitido atuar como tais, a exemplo da emancipação ou na responsabilidade penal. Então, questiona por que eles não poderiam ser maiores para o campo da saúde na tomada de decisão.

Por fim, este autor afirma que, ressalvados os casos de incapacidade por imaturidade psicológica ou estado de necessidade, “um menor é capaz e competente para tomar decisões no âmbito da saúde, quando compreende a informação e alcança um nível de razoabilidade que lhe permita avaliar riscos e conseqüências futuras, salvo casos.”⁵⁷¹

⁵⁶⁸GUNDÍN, op. cit., p.26.

⁵⁶⁹Texto original: “Las profundas modificaciones y novedades que introduce y legitima esta Ley General Básica, respecto de la figura Del menor en el ámbito de las decisiones em salud, son las siguientes: a) Se fija la “**mayoría de edad médica**”, em los 16 años, esté emancipado o no el menor. b) Aparece el criterio de “**apreciación sobre la capacidad intelectual y emocional**” del menor, para que pueda comprender el alcance de una intervención, como elemento básico ineludible para La solicitud del consentimiento por representación. c) El **médico responsable del acto asistencial**, valorará la capacidad y gravedad Del riesgo en mayores de 16 años”. (GUNDÍN, op. cit., p.27).

⁵⁷⁰GUNDÍN, op. cit., p.28.

⁵⁷¹Texto original: “En definitiva, un menor es capaz y competente para tomar decisiones em el ámbito de la salud, cuando comprenda la información y alcance un nivel de razonamiento que le permita evaluar riesgos y consecuencias futuras, salvo casos de incapacidad por inmadurez psicológica o de estado de necesidad” (GUNDÍN, op. cit., p.28).

4.5.3 Uma apreciação da situação brasileira

No Código Civil brasileiro⁵⁷² (Lei 10.406/2002), os menores de dezesseis anos são considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (Art. 3º, I), enquanto os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são considerados incapazes, relativamente a certos atos ou maneira de exercê-los (Art. 4º, I). Considera-se cessada a menoridade aos dezoito anos completos, quando, a partir de então, a pessoa se habilita à prática de todos os atos da vida civil (Art. 5, *caput*).

Entretanto, os menores incapazes, em certas condições, também poderão ter essa incapacidade cessada: pela concessão dos pais, se o menor tiver dezesseis anos completos, pelo casamento; pelo exercício do emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de nível superior; pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego desde que o menor de 16 anos, em função deles, tenha economia própria (Art. 5º, I a V).

Assim, dependendo da idade e de alguns acontecimentos da vida civil, o menor de idade poderá modificar a sua capacidade de exercício, pois terá cessada a sua incapacidade, estando apto a atos que somente os maiores de dezoito anos poderiam praticar.

A Constituição Federal⁵⁷³ assegura ao adolescente (Art. 227), com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à dignidade, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo, para tanto, um dever da família, da sociedade e do Estado.

Embora se possa reconhecer o esforço para assegurar tais direitos aos

⁵⁷² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.169 e 171.

⁵⁷³ NOTA: Assim estabelece a Constituição: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL, op. cit., 2010).

adolescentes brasileiros, conforme visto a partir dos dados do último relatório da UNICEF, ainda se está longe de atingir a maioria. O que, salvo melhor juízo, na falta de tal assistência, pode ampliar os níveis de pobreza absoluta e propiciar um desenvolvimento inadequado do adolescente, tanto nutricional como educacional.

A Constituição brasileira⁵⁷⁴ considera os menores de dezoito anos penalmente inimputáveis, sujeitos às normas da legislação especial (Art. 228). Este artigo constitucional prima também pela idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho (Art. 228º, § 3º, I).

No Código Penal brasileiro⁵⁷⁵, os menores de dezoito anos, seguindo o preceito constitucional, também são considerados penalmente inimputáveis, sujeitando-se às normas estabelecidas na legislação especial (Art. 27) e em consonância com o Artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente que determina: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

Ressalte-se que existem movimentos no Brasil que discutem a maioria penal com o fito de reduzi-la. Um dos projetos é a PEC 20/1999,⁵⁷⁶ apreciado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, que altera o Art. 228, propondo a redução de dezoito para os dezesseis anos a imputabilidade penal. A proposta diz que somente serão penalmente imputáveis os menores de 16 anos “quando, ao tempo da ação ou omissão, tinham plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento,

⁵⁷⁴NOTA: Assim estabelece a Constituição: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. § 3º - O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;” (BRASIL, op. cit., 2010).

⁵⁷⁵BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, op. cit., 2010.

⁵⁷⁶NOTA: A Proposta de Emenda Constitucional, PEC 20/1999, altera o Artigo 228 da Constituição Federal, reduzindo para dezesseis anos a idade para a imputabilidade penal. Segundo o Senado federal, “a PEC 20/99, que reduz a maioria penal para 16 anos, foi aprovada há dois anos pela CCJ. Encaminhada ao Plenário, recebeu duas emendas e voltou, portanto, para nova avaliação da CCJ”. Embora controversa, “esta proposta diz que somente serão penalmente imputáveis os menores de 16 anos quando, ao tempo da ação ou omissão, tinham plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, atestada por laudo técnico, elaborado por junta nomeada pelo juiz. A PEC também determina que os menores de 16 anos cumprirão pena em local distinto dos presos maiores de dezoito anos”. Pela proposta, “se observa que os crimes considerados leves continuarão a ser julgados de acordo com o que determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=91650&codAplicativo=2>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

atestada por laudo técnico, elaborado por junta nomeada pelo juiz⁵⁷⁷”.

Em relação aos direitos políticos, a Constituição, ao garantir o exercício da soberania popular pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, obriga, para os maiores de dezoito anos, o alistamento eleitoral e o voto, facultado aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (Art. 14). Ressalva-se que, uma vez feito o alistamento, o voto passa a ser obrigatório. Portanto, permite-se votar a partir dos dezesseis anos de idade.

Na legislação de trânsito, o Código brasileiro, dentre as exigências de alguns requisitos para se obter a Carteira Nacional de Habilitação (CNH), está a que requer ser penalmente imputável (Art. 140), condição que, de acordo com o estabelecido pelo Código Penal, ocorre, como visto acima, aos 18 anos de idade. Portanto, acompanha a maioridade penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷⁸ (ECA) estabelece que a adolescência inicie aos 12 e termine aos 18 anos (Art. 2º). Nesta faixa de idade, por força do Código Penal e da Constituição, são considerados inimputáveis. O que seria denominado de crime, caso fosse praticado por um maior de dezoito anos, para esta faixa etária se denomina de infração, pois há conflito com a lei, e os menores, chamados de infratores, e não de criminosos. Esses menores não são presos, mas internados e com limite de tempo de internação (Art. 121, § 3º).

O Estatuto também preserva a autonomia do adolescente, quando, no Art. 17, determina: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da

⁵⁷⁷NOTA: Conteúdo do voto do Parecer do Relator da CCJ do Senado Federal sobre a PEC 20/1999: “EMENDA Nº 1 – CCJ: Dê-se ao Art. 228 da Constituição Federal, de que trata o Art. 1º da Proposta de Emenda à Constituição nº 20, de 1999, a seguinte redação: Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial. Parágrafo único. Os menores de dezoito e maiores de dezesseis anos: I - somente serão penalmente imputáveis quando, ao tempo da ação ou omissão, tinham plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, atestada por laudo técnico, elaborado por junta nomeada pelo juiz; II – cumprirão pena em local distinto dos presos maiores de dezoito anos; III – terão a pena substituída por uma das medidas socioeducativas, previstas em lei, desde que não estejam incurso em nenhum dos crimes referidos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição.” Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24079&tp=1>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

⁵⁷⁸BRASIL. Lei nº 8.069, op. cit., 2010.

imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”

No plano da saúde, o Código de Ética Médica veda ao médico, considerando que o menor tenha capacidade de discernimento, revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais (Art. 74). A ressalva a essa vedação é quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente. O código também exige, nos casos em que o sujeito de pesquisa é um menor de idade, que, “além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão” (Art.101).

Do exposto, pode-se notar que existe possibilidade do exercício da capacidade do menor de diferentes formas quando se analisa sob o ponto de vista da idade, uma vez que, na legislação pátria, há diferentes exigências de idade para o exercício do direito pelo menor e garantias que lhe possibilitam realizar, com certa autonomia, alguns atos, como ocorre nas legislações civil, penal, eleitoral.

Entretanto, não se observou, na legislação analisada, autorização legal que levasse a uma emancipação médica, como a teoria do menor possibilita. Assim, oportuno será avaliar a evolução da autonomia do menor em outras áreas da vida em sociedade, como na área da saúde. Caminhos podem ser encontrados, como uma “maioridade bioética”, para permitir discussão sobre a validade da teoria do “menor maduro” em um país de características como as do Brasil.

4.5.4 Uma maioria bioética?

Do ponto de vista da Bioética poder-se-ia pensar, ressalvado melhor juízo, em uma “maioridade bioética”, ligada às questões que envolvessem não somente a saúde, mas também as áreas que hoje envolvem a humanidade e torna a pessoa humana vulnerável ante a falta de respeito pelos direitos fundamentais e pela própria dignidade humana.

No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) já se protege o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade adolescente (Arts. 15º a 18º), que compreende alguns aspectos que podem favorecer uma “maioridade bioética”.

Assim sendo, o direito à liberdade (Art. 16) protege o direito de: ir, vir e estar, ressalvadas as restrições legais; opinião e expressão; crença e culto religioso; de praticar esportes e divertir-se; participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; participar da vida política, na forma da lei; buscar refúgio, auxílio e orientação. O direito ao respeito (Art. 17) consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral do adolescente e abrange, dentre outros, a preservação da autonomia, dos valores, idéias e crenças do adolescente (Art. 17). A proteção à dignidade obriga todos a velar pela dignidade do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (Art. 18).

Neste sentido, o Código Civil brasileiro poderia incluir, por exemplo, entre as hipóteses em que os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são considerados incapazes, relativamente a certos atos ou maneira de exercê-los (Art. 4º, I) a possibilidade de uma “maioridade bioética”.

Na ficção citada na introdução deste trabalho, Anna, uma adolescente, em processo judicial contra seus pais, pede uma “emancipação médica” para ter autonomia sobre o seu corpo e proteger, de certa maneira, o direito à vida, à saúde e à sua dignidade ao impedir qualquer doação de seus órgãos, usando também argumentos com base “teoria do menor maduro”, o que permite pensar numa idade para tal emancipação.

A idade ideal para uma “emancipação médica”, em que um paciente adquira autonomia para permitir ou recusar um tratamento de saúde ou qualquer intervenção médica tem na teoria do “menor maduro” bases para ser definida. Quanto à idade ideal para uma “emancipação bioética”, se assim puder ser chamada, poderia ter seu fundamento a partir desta teoria e ainda considerar a Bioética não apenas do ponto de vista de alguns princípios bioéticos, mas na própria idéia de Bioética que se desenvolveu ao longo dos anos.

Tais questões, diante da complexidade, suscitam uma resposta entre emancipar ou não o menor de idade, não apenas para questões médicas, mas para todo universo em que a Bioética se faça presente, permitindo o respeito às decisões autônomas e à dignidade humana. Neste sentido é que se pode pensar numa “maioridade bioética”.

A “maioridade bioética” poderia abranger todos os aspectos relacionados ao conceito da teoria do “menor maduro” e conceitos da Bioética, abraçando os princípios aqui analisados sem prescindir da análise das condições de vida e características próprias do Brasil. Uma legislação com tal previsão poderia favorecer o respeito à dignidade humana, pois permitiria não apenas uma “maioridade médica”, mas uma autonomia ampla para as questões bioéticas.

CONCLUSÃO

1. Por meio deste trabalho de pesquisa, pode-se concluir que a teoria do “menor maduro”, estudada e aplicada à luz da Bioética, tem como ponto crucial a análise do grau de maturidade, ou seja, o grau de desenvolvimento neuropsicológico alcançado pelo menor adolescente, que lhe confere competência para agir com a sua própria autonomia, não requerendo autorização dos pais ou de um representante legal.

2. Aplicado às questões referentes à saúde, o exercício da teoria do “menor maduro” pode contribuir para a preservação da vida do adolescente no Brasil. Assim, o “menor maduro”, ao exercitar a autonomia buscando aconselhamentos do profissional da área médica – o qual, agindo de acordo a *leges artis*, lhe propicia cuidados médicos – preserva a vida ao cuidar adequadamente da sua saúde.

3. Verificou-se, na análise do contexto dos países centrais e periféricos, que a aplicação da teoria do “menor maduro” poderia enfrentar muitos desafios. Encontram-se diversas lacunas, como a pobreza, entre elas, que suscitam questionamentos sobre a aplicação da referida teoria diante da realidade, cujas condições de desenvolvimento não favorecem que princípios constitucionais, como o direito à dignidade humana, à vida e à saúde, sejam respeitados e exercidos pelos adolescentes, de forma justa e equânime.

4. Nos países periféricos, o nível da pobreza absoluta dificulta o desenvolvimento adequado da criança pobre, a qual se tornará um adolescente que

não teve moradia, alimentação nem educação adequadas, como normalmente ocorre com as crianças dos países centrais. Esta condição poderá influenciar na determinação do seu grau de maturidade, dificultando sua avaliação como um “menor maduro”.

5. Foi observado, portanto, que a teoria do “menor maduro” pode ser aceita com restrições em países nos quais a vulnerabilidade social e a econômica influenciam na determinação do grau de maturidade. Como essa teoria não se baseia no paternalismo, mas na autonomia, os cuidados com o adolescente estão assentes em seu consentimento autônomo, e não em uma ação paternalista. Esta pode ser entendida como a beneficência sem autonomia, uma vez que não requer conhecer a capacidade de um indivíduo para tomar decisões a seu favor.

6. Na apreciação da situação brasileira, pôde-se verificar, em relação aos adolescentes, que os direitos à saúde e à vida – que são afetados diretamente pela condição econômica da família, condições de alimentação, estrutura familiar, educação, acesso a serviços públicos, entre outros aspectos – são vulnerados diante de situação socioeconômica desfavorável, dos níveis de pobreza absoluta e do próprio aumento das desigualdades entre o pobre e o rico, que agravam e ampliam essas desigualdades. Dados nesse sentido são assinalados pela UNICEF.

7. Os conceitos e princípios bioéticos constatados na pesquisa ajudaram a entender a teoria do “menor maduro” do ponto de vista da Bioética. A análise do princípio da autonomia, do consentimento informado e da vulnerabilidade deu suporte para a compreensão dos possíveis limites do exercício dessa teoria.

8. A vulnerabilidade analisada no contexto da Bioética possibilitou entender sua influência no exercício da teoria do “menor maduro” em face da situação brasileira. As instabilidades sociais e econômicas podem influenciar no exercício da autonomia, entretanto, não se constituem em impedimentos, pois a teoria do “menor maduro, ressalvado melhor entendimento, pode contribuir para eliminar algumas das vulnerabilidades a que são submetidos o adolescente brasileiro.

9. A autonomia, que assumiu ao longo dos anos diversos significados, deve representar, para o “menor maduro”, a inteireza do seu significado como princípio da Bioética, retratado nas declarações e carta dos organismos

internacionais com o completo respeito pelo ser humano.

10. Constatou-se que a ideia de autonomia conduz a um ato de liberdade no agir e no pensar, ao mesmo tempo em que remete à ideia de capacidade para a sua prática. A autonomia não prescinde de opções e normalmente é associada a ações racionais motivadas por uma consciência própria que permeie a observação de normas sociais. Entretanto, tem contra si limites sociais, em que a autonomia se rende a eles, como os de ordem econômica e de ordem pública, que suprimem a parcela de adolescentes nos serviços públicos de saúde.

11. O princípio da autonomia, nesse sentido, tem limites para ser aplicado, uma vez que pessoas que têm determinadas peculiaridades comprometem a expressão das suas vontades. Assim, podem apresentar certo grau de imaturidade, ignorância, estar inaptas ou até mesmo encontrarem-se coagidas e exploradas. A autonomia, portanto, requer capacidade e poder de escolha, caso contrário, não há que se falar em ser autônomo.

12. Na vontade manifestada, com a finalidade de autorizar um tratamento de saúde ou pesquisa com seres humanos, através do consentimento livre e esclarecido, observou-se que os modelos de consentimento informado evoluíram através da regulamentação da pesquisa biomédica, com os precedentes legais governando a prática médica, promovendo mudanças no próprio relacionamento entre o médico e o paciente, entre o cientista e a pessoa objeto de sua pesquisa. Dessa maneira, o consentimento reflete, em certa medida, o respeito pela autonomia.

13. Neste sentido, foi constatado que o respeito pela opinião do incapaz tem evoluído – e o Código de Nuremberg é um exemplo – quer seja através de representante ou de autorizações judiciais, quer seja diretamente, em certas circunstâncias. A partir desta evolução é que o menor de dezesseis anos de idade pode também tornar-se capaz, pelo critério da avaliação que assim o defina, mediante a identificação do seu grau de entendimento para os assuntos da sua saúde, tornando-o apto ao exercício do poder autônomo de consentir.

14. A dimensão do consentimento informado, ao certo, remete à ideia de que se trata de uma permissão ou autorização dada mediante a tomada de

ciência de fatos, acontecimentos, possibilidades, orientações, riscos, enfim, após tornar-se consciente e, dessa maneira, tornar-se capaz de externar uma vontade, de forma livre e autônoma. Esse entendimento pode não se apresentar pertinente, na medida em que a prática do consentimento informado não leve à eficácia do seu real propósito, tendo em vista a não observação da autonomia e do respeito pela dignidade humana.

15. No estudo realizado sobre o consentimento informado, notou-se que este não deve ser visto exclusivamente como um contrato civil, sob o risco de limitar a sua real extensão. Pode-se entendê-lo também desta forma, mas a sua precípua função se apresentou, salvo melhor juízo, como meio que possibilita e permite uma relação dialógica entre o médico ou cientista e o paciente e os seus familiares, quando for o caso, para que se cumpra o respeito pelo ser humano, por sua autonomia, por sua vontade. Permite-se, dessa maneira, o respeito pela dignidade humana. Afinal, o homem não será utilizado para fins, pois, como Kant bem idealizou, ele é o fim em si mesmo.

16. No consentimento, o que se rejeita é a concepção de que um formulário assinado é a sua essência. O aspecto que se deve valorizar no consentimento informado é o entendimento a respeito da perspectiva de troca de informações, do diálogo constante entre os profissionais de saúde e o paciente, o qual ocorre ao longo do tempo, evitando-se a ideia de que se trata de um contrato igual a outro qualquer. Tal diálogo contribui para avaliar o adolescente como um “menor maduro” e assim lhe permitir a autonomia necessária ao consentimento livre e esclarecido.

17. Revela-se, contudo, necessária a análise jurídica dos efeitos do consentimento livre e esclarecido. Do ponto de vista legal, requer-se, em uma sociedade em que se vive sob as regras do direito, a sua tutela jurídica, pois, tanto o objeto do consentimento quanto o sujeito que emite (paciente) e os destinatários (profissionais de saúde) devem constar, sempre que possível, em consentimento escrito, uma vez que seus atos devem encontrar-se nas regras legais que a sociedade definiu.

18. O consentimento livre e esclarecido, hoje, é uma exigência na relação médico x paciente, possui cunho legal e ético e remete à teoria do “menor

maduro” discussões que ainda levam a disputas legais entre pais e instituições médicas. Nessa teoria, estar apto a dar o consentimento livre e esclarecido não afasta as exigências necessárias à sua validade. O que se infere é que o menor se torna emancipado para dar o seu consentimento autonomamente, o que não foge do seu regime legal.

19. Buscou-se, neste trabalho, a relação que pudesse existir entre o acesso do adolescente aos direitos fundamentais à saúde, à vida e o respeito à dignidade humana e a teoria do “menor maduro”. A importância, no contexto do estudo, revelada pela própria condição de um menor em um país periférico, que pode não ter esses direitos respeitados, revelou que essa teoria pode propiciar maior acesso a tais direitos, na medida em que o respeito à sua autonomia, na área da saúde, pode levar ao respeito à sua dignidade e, conseqüentemente, lhe permitir cuidar do seu bem-estar, propiciando cuidado e proteção à sua vida. A prática da teoria do “menor maduro” pode contribuir para a efetividade desses direitos, constituindo-se em um dos caminhos.

20. A situação brasileira, quando comparada com países onde surgiu e com os que aplicam a teoria do “menor maduro”, em certa medida, pode apresentar vantagens no campo da autonomia do menor e cuidado com a sua saúde e a sua vida. Entretanto, sabe-se que a aplicação poderá estar limitada por diversas causas, como, por exemplo, a econômica. Contudo, ainda que não se possa identificar a maioria dos menores vulneráveis economicamente como “menor maduro”, a parcela assim entendida poderá desfrutar dos benefícios da teoria, a qual poderia influenciar esforços no sentido de não somente propiciar o acesso aos serviços públicos, como também levar os pais a aceitar tal teoria, quando os menores assim identificados necessitarem de financiamento familiar, ainda que aqueles não aprovelem tal autonomia.

21. Em face do exposto, na constância de um tratamento médico, um menor considerado maduro seria capaz de decidir, sem qualquer interferência do poder familiar ou de outro responsável legal, sobre os procedimentos médicos indicados para o tratamento de sua saúde. Mas, seguido as lições de M. Sanchézia Jacob, ainda que não existam métodos científicos capazes de orientar nessa direção, há certamente o espaço para a comunicação adequada entre os envolvidos,

ou seja, entre o médico, o paciente e sua família. Portanto, se requer uma relação dialógica.

22. Quanto à legislação, foi constatado que documentos dos organismos internacionais, como a ONU, UNICEF, entre outros, buscam, de certa maneira, a proteção do menor nas relações com a medicina e com a pesquisa. Em um esforço interpretativo, pode ser possível identificar algumas características que se coadunam com a teoria do “menor maduro”. Contudo, é na Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos que se pode verificar a referência ao grau de maturidade, que serve de parâmetro na referida teoria para determinar se o menor é considerado suficientemente maduro para consentir um tratamento médico.

23. No Brasil, de sistema *civil law*, a legislação se mostra com possibilidades de absorver a ideia da teoria do “menor maduro” quando se a avalia como apropriada para definir uma condição de capacidade para atos relacionados à saúde do menor de dezesseis anos, uma vez que, para outros atos da vida civil, isto já ocorre. A legislação brasileira protege este menor e lhe permite, sob certas condições, por exemplo, participar da escolha dos seus representantes políticos, ter emprego, ser proprietário de estabelecimento comercial, dentre outras. A prática da aplicação da teoria do “menor maduro” na Espanha, que utiliza *civil law* como o Brasil, pode ser um exemplo a ser observado para uma futura legislação brasileira que regule a aplicação da teoria do “menor maduro”, embora sua origem tenha ocorrido em país de *common law*.

24. Na conformação de uma legislação brasileira neste sentido, pode-se acenar para uma “maioridade bioética” que siga paralela à maioridade civil, ao invés de limitar-se à “emancipação médica”, como visto na legislação espanhola pesquisada neste trabalho.

25. A “maioridade bioética” seria aquela em que se poderiam abranger todos os aspectos relacionados ao conceito da teoria do “menor maduro” e conceitos da Bioética, abraçando os princípios aqui analisados e considerando as condições de vida e características próprias do Brasil. Certamente, uma legislação com tal monta poderia favorecer o respeito à dignidade humana, e não apenas lhe fornecer uma “maioridade médica”, que, como pontua Gundín, não garante ao menor o exercício da sua autonomia.

26. Oportuno será avaliar a evolução da autonomia do menor na área da saúde. Caminhos podem ser encontrados para permitir maior discussão sobre a validade da teoria do “menor maduro” em um país de características específicas como o Brasil.

27. Seguindo ainda os passos de M. Sanchézia Jacob⁵⁷⁹, “neste tema não existem algoritmos, guias tratamento, nem tampouco receitas. Somente a boa vontade e o grau de compromisso nos ajudarão a familiarizar com a doutrina do menor maduro”.

⁵⁷⁹NOTA: Texto original: “En este tema no existen algoritmos, guias de tratamiento, ni tampoco recetas. Sólo la buena voluntad y el grado de compromiso nos ayudarán a familiarizarnos con la doctrina del “menor maduro”. (JACOB, op. cit., 2010).

Tradução livre: “Neste tema não existem algoritmos, guias tratamento, nem tampouco receitas. Somente a boa vontade e o grau de compromisso nos ajudarão a familiarizar com a doutrina do menor maduro”.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
ALMEIDA, Marcos de. Comentários sobre os princípios fundamentais da bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

ARAÚJO, Luís Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARRIAGADA, Irma. Transformações sociais e demográficas das famílias latino-americanas. Tradução Sílvia de Souza Costa. In: DOMINGUES, José Maurício; MANEIRO, Maria. (Orgs.) **América Latina hoje: conceitos e interpretações**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Em defesa da vida humana**. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

BARRAL, Welber. **Direito Internacional: normas e práticas**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. Tradução Nelson Sousa Canabarro. Bauru: Edusc, 1997.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2006.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de ética biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Norberto Bobbio. Tradução Maria Celeste C. J. Santos; Tec. Claudio De Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Universidade de Brasília. 10. edição, 1999 (Reimpressão 2006).

BORBA, Francisco S. (Org.) e colaboradores. **Dicionário Unesp do Português Contemporâneo**. São Paulo: UNESP, 2004.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 09 jun. 2010.

_____. Lei nº 4.280, de 06 de novembro de 1963. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. **Senado Federal. Subsecretaria de Informações**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=114607&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 30 jul. 2010.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 jan. 2011.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>> Acesso em: 21 nov. 2010.

_____. Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9434.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 03 jan. 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

_____. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9868.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. Lei 9.882, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do Art. 102 da Constituição Federal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. **Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009.** Acrescenta § 3º ao Art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o Art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do Art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do Art. 211 e ao § 3º do Art. 212 e ao **caput** do Art. 214, com a inserção neste dispositivo do inciso VI. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm>. Acesso em: 24 fev. 2011.

CALCERRADA, Luis Martínez. **Derecho medico: derecho medico general y especial.** v. 1. Madrid: Tecnos, 1986, p. 273-274 apud ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado.** 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

CALSING, Elizeu Francisco; SCHMIDT, Benício Viero; COSTA; Ramonaval Augusto (a). Situação socioeconômica e demográfica dos menores no Brasil e no Nordeste, p.17. In: CALSING, Elizeu Francisco; SCHMIDT, Benício Viero; COSTA; Ramonaval Augusto (Orgs.). **O menor e a pobreza.** Brasília: IPEA/SUDENE/UNICEF, 1986.

_____(b). **O menor e a pobreza.** Brasília: IPEA/SUDENE/UNICEF, 1986, p.17.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2010.

CASABONA, Carlos María Romeo (a). O consentimento informado na relação entre

médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____(b); QUEIROZ, Juliane Fernandes (b) (Orgs.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo horizonte: Del Rey, 2005.

_____(c); SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Orgs.). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 594.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

CIPRIANI, Giovanni. **O embrião humano**: na fecundação, marco da vida. São Paulo: Paulinas, 2007.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1246/1988. Publicada no D.O.U. de 26 de janeiro de 1988, Seção I, p. 1574-7.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90 e Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173.

CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança - Unicef: Disponível em: <www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

CONVENÇÃO para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os direitos do homem e a Biomedicina. Disponível em:

<http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-para-a4805/downloadFile/file/STE_164.pdf?nocache=1200589304.62>. Acesso em: 21 nov. 2010.

COSTA, Ramonaval Augusto. Pobreza no Brasil: uma análise recente. In: CALSING, Elizeu Francisco; SCHMIDT, Benício Viero; COSTA; Ramonaval Augusto. **O menor e a pobreza**. Brasília: IPEA/SUDENE/UNICEF, 1986.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm: 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al (Orgs.). **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DECLARAÇÃO de Helsinque. Disponível em:
<<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/>>. Acesso em: 20 out. 2010.

DECLARAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DADOS GENÉTICOS HUMANOS. **UNESCO**

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS.
UNESCO. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. **Bases conceituais da Bioética: enfoque latino-americano**. GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (Orgs.). Tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nymi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, p. 255 a p. 269.

DECLARAÇÃO Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. In: GARRAFA, Volnei. Universidade de Brasília, Cátedra UNESCO de Bioética. Brasília: 2005.

DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Tradução Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995. Título original: *L'écriture et la différence*.

DIAS, Jorge de Figueiredo (Director). **Revista portuguesa de Ciência Criminal**. Nº 1 e 2. Ano 14. Coimbra: Coimbra, 2004.

DOMINGUES, José Maurício; MANEIRO, Maria. (Orgs.) **América Latina hoje**: conceitos e interpretações. Tradução Silva de Souza Costa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. **Ensaio: Bioética**. 2. ed. Brasília: Brasiliense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 1. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELHARDT, H. Tristram Jr. **Fundamentos da Bioética**. Tradução José Ceschin. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

ESPANHA. LEY 41/2002, de 14 de noviembre de 2002. Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y

documentación clínica. **Governo de Espanha**. Disponível em:

<http://www.mspsi.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/transparencia/ley_autonomia_paciente.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2010.

EXPERIMENTAÇÃO Humana (Código de Nuremberg -1947) In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: São Camilo: Loyola, 2008.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford, 1986.

FERRAZ, Agenor Spallini. Doação consentida X doação presumida. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e Saúde Pública**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.52.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e Saúde Pública**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. MACHADO, Roberto (Org. e trad.) 28. reimpr. Rio de Janeiro: 2010.

FRANCO, Maria Angustias Roldán. Madurez. Madurez psicológica del menor para la toma de decisiones. In: GONZALEZ, Isabel E.; NARROS, Ignacio V. Mayoral. (Coords.). **Infancia, publicidad y consumo: III jornada sobre derecho de los menores**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2005. p.87-p108, p.104.

FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 14, n. 1 e 2. Janeiro-junho 2004. Director: Jorge de Figueiredo Dias. Portugal: Coimbra, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. I, 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARNER, Bryan A. (editor). **Black's Law Dictionary with Pronunciations**. 7th. ed. St. Paul: West Publishing Group, 1999 apud ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba, Juruá, 2008.

GARRAFA, Volnei (a). **Reflexões sobre políticas públicas brasileiras de saúde à luz da bioética**. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZABOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e Saúde Pública**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____; PORTO, Dora (b). Bioética, Poder e Injustiça: por uma ética de intervenção. 2. ed. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. 2. ed. São Paulo: São Camilo, Loyola, 2004.

_____; PRADO, Mauro Machado do (c). Mudanças na Declaração de Helsinki: Fundamentalismo Econômico, Imperialismo Ético e Controle Social. In: LINS JÚNIOR, George Sarmiento (Org.). **Direitos humanos e Bioética**. Maceió: EDUFAL, 2002.

_____; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (d) (Orgs.). **Bases conceituais da Bioética**: enfoque latino-americano. Tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nymi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006.

_____(e). **Pesquisas em Bioética no Brasil de hoje**. GARRAFA, Volnei (Org.). Jorge Córdon. São Paulo: Gaia 2006.

_____; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (f) (Orgs.). **A Bioética no século XXI**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

GARRIDO, Rodrigo Grazinolli. **Da Bioética Clínica à Bioética Ambiental**. Disponível em: <http://dialogos.ftc.br/index.php?Itemid=4&id=112&option=com_content&task=view>. Acesso em: 01 mar. 2010.

GOLDIM, José Roberto (a). **A evolução da definição de Bioética na visão de Van Rensselaer Potter 1970 a 1998**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioetev.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

_____(b). **Vulnerabilidade e Pesquisa Aspectos Éticos, Morais e Legais**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnepes.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

GOMES. Orlando. **Curso de Direito Civil**. 5. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.370.

GONZALEZ, Isabel E.; NARROS, Ignacio V. Mayoral. (Coords.). **Infancia, publicidad y consumo**: III jornada sobre derecho de los menores. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **Direito Civil: lei de introdução ao Código Civil, parte geral e direitos reais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GUNDÍN, Manuel Amarilla. **El “menor maduro” ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergência**. Edición revisada. Barcelona: Chiesi, 2006.

GURGEL, Wildoberto B. O que é mesmo Bioética? In: MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Meio ambiente, direito e biotecnologia**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado. MINAHIM, Maria Auxiliadora; FREITAS, Tiago Batista; OLIVEIRA, Thiago Pires (Coords.). Curitiba: Juruá, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HELLWEGE, Maren. **1967: Primeiro transplante de coração**. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,340975,00.html>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël (directores). **Nova enciclopedia de bioética**. Tradución Luis G. Soto e Teixeira Roca. Santiago de Compostela: Universidade, Servizo de Publicación Científico, 2005.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JACOB, Marta. Sánches. El “menor maduro”. In: Boletim. Pediatría, 2005; 45: p.156-160. Disponível em: <http://www.sccalp.org/documents/0000/1054/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2010.

JOSEN, Albert R.. O nascimento da bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: São Camilo: Loyola, 2008.

KANT, Immanuel (a). **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. 2. ed. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____ (b). **Crítica da Razão Prática**. 2. ed. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KLIKSBERG, Bernardo (a). **Mais ética, mais desenvolvimento**. Brasília: UNESCO, CNI SESI, 2008.

_____ (b). **Desigualdad y desarrollo en America Latina**: el debate postergado. Conferencia pronunciada en el marco de 1999. *Buenos Aires Sin Fronteras: Un espacio para el diálogo*. 26-27 de abril de disponível em http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/documentos/documentos/17.pdf. Acesso em 24 nov. 2010.

KOTTOW, Michael H (a). Bioética prescritiva. A falácia naturalista. O conceito de princípios na bioética. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Orgs.). **Bases conceituais da Bioética: enfoque latino-americano**. Tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nymi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006.

_____ (b). Bioética: Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo. (Orgs.). **Bioética, Poder e Injustiça**. São Paulo: São Camilo, Loyola, p.72.

LEPARGNEUR, Hubert (a). **Bioética, novo conceito: a caminho do consenso**. São Paulo: Loyola, 1996.

_____ (b). A dignidade humana, fundamentos da bioética e seu impacto para a eutanásia. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

LÉVINAS, Emanuel. **Humanismo do outro homem**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. In: NEVES, op. cit., p. 36.

LINS, Emmanuela Vilar. **As dimensões da vulnerabilidade humana: como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico**. Salvador: 2007. Dissertação de Mestrado em Direito pela UFBA, p.152 e 147.

LOCH, Jussara de Azambuja. Bioética e Pediatria: adolescência, confidencialidade e AIDS. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER. Gabriel José Chittó; CASADO, María. (Orgs.) **Bioética, interdisciplinaridade e prática clínica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER. Gabriel José Chittó; CASADO, María.(Orgs.) **Bioética, interdisciplinaridade e prática clínica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

MACKLIN, Ruth. Bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo. (Orgs.) **Bioética, Poder e Injustiça** Bioética, Poder e Injustiça. São Paulo: São Camilo, Loyola, 2004.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central, p.120. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MASON, J.K. Consent to treatment and research in the ICU). In: PACE, Nicholas & McLEAN, Sheila A.M. (Eds.). *Ethics and the law in intensive care*. New York: Oxford University Press, 1996 apud STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Meio ambiente, direito e biotecnologia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado**. Maria Auxiliadora Minahim; Tiago Batista Freitas; Thiago Pires Oliveira (coords.). Curitiba: Juruá, 2010, p. 624.

_____. Interrupção seletiva da gravidez: uma questão de linguística, jurídica e ética. In: **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre ciência e o**

direito. Elídia Aparecida de Andrade [et al. Cords]. Curitiba: Juruá, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de (a). O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. p.113. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.111 a 114.

_____. (b). **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 5. ed., 2005.

MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social. In: Paulo Gomes Pimentel Júnior (Coord). **Direito constitucional em evolução: perspectivas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MY SISTER'S Keeper. Direção: Nick Cassavetes. Produção: Jeremy Leven. EUA: PlayArte Pictures, 2009, (109 min), DVD, son., color.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.169 e 171.

NEVES, Maria do Céu Patrão (a). Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. (Orgs.) **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. São Paulo: Ideias e Letras: São Camilo, 2007, p. 29.

_____. (b). Contexto cultural e consentimento: uma perspectiva antropológica. In: PESSINI, Léo; GARRAFA, Volnei (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. 2. ed. São Paulo: São Camilo, Loyola, 2004.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (a). **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

_____. Ecologia e Bioética global (b). In: **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

_____. (c). (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

_____. (d). (Orgs.). **Bioética na Ibero-América**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

_____. (e). **Bioética: um grito por dignidade de viver**. São Paulo: Paulinas, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na teoria do delito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POTTER, Van Rensselaer. Bioética Global: necessidades para a sobrevivência humana. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2008

REICH, Warren T. Como surgiu a bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RELATÓRIO de Belmont. Disponível em:
<<http://www.fhi.org/sp/RH/Training/trainmat/ethicscurr/RETCPo/ss/References/rfpg7.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba, Juruá, 2008.

ROCHA, Sônia. **Pobreza no Brasil**: afinal, de que se trata? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

SANT'ANNA, Maria José Carvalho. Ética no atendimento do adolescente. In: SÃO PAULO (cidade), Secretaria da Saúde. **Manual de atenção à saúde do adolescente**. CODEPPS. São Paulo: SMS, 2006.

SÃO PAULO (cidade), Secretaria da Saúde. **Manual de atenção à saúde do adolescente**. CODEPPS. São Paulo: SMS, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional 1988**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.119.

_____. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel (a). Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a pesquisa dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

_____(b); PIOVESAN, Flávia. **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SASS, Hans-Martin. Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo. (Orgs.) **Bioética, Poder e Injustiça**. São Paulo: São Camilo, Loyola.

SCHNEEWIND, Jerome B. **A invenção da autonomia**: uma história da filosofia moral moderna. Tradução Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SCHRAMM, Fermin Roland. e outros (a) (Orgs.) . **Bioética, riscos e proteção**. Rio de Janeiro: UFRJ: Fiocruz, 2005.

_____. **Bioética e saúde**: novos tempos para mulheres e crianças? SCHRAMM, Fermin Roland; BRAZ, Marlene (Orgs.). Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. (Coleção Criança, Mulher e Saúde).

_____. A Bioética da Proteção pode ser uma ferramenta válida para resolver os problemas morais dos países em desenvolvimento na era da globalização? In: **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito**. Universidade Federal da Bahia. Vol. 16, p .395.

_____. **A terceira margem da saúde**: ética natural, complexidade, crise e responsabilidade no saber-fazer sanitário. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

SEGRE, Marco. Considerações críticas sobre princípios da bioética. In: SEGRE, Marco; COHEN, Cláudio (Orgs.). **Bioética**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: EDUSP, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e (a). **Curso de Direito Constitucional**. Atualizado até a EC nº 52/2006. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____(b). **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire (a). **A nova interpretação do Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. Ricardo Maurício Freire Soares. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____(b). **Curso de introdução ao estudo do direito**. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____(c). **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Delrey, 2004, p.46-47.

STEPKE, Fernando Lolas (a). **Bioética: o que é, como se faz**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2005.

STEPKE, Fernando Lolas; DRUMOND, José Geraldo de Freitas (b). **Fundamentos de uma antropologia bioética: o apropriado, o bom e o justo**. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. (c). **Bioética e Medicina: aspectos de uma relação**. Tradução Gilmart Saint Clair Ribeiro. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. **Macrobioética, microbioética. El campo de Acción de la unidad de bioética ops/OMS**. In: Diálogo y cooperación en salud. Diez años de bioética en la OPS. Santiago-Chile: OPS/OMS, 2004.

UNICEF. Relatório da Situação mundial da infância 2011 - Adolescência: uma fase de oportunidades – **Caderno Brasil**. New York, USA: UNICEF, 2011. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/br_sowcr11_resexecweb.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2011, p.4.

_____. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

VÉLEZ, Ana Cristina Gonzáles (Cord.). **Causal salud:interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos**. Espanha: Cotidiano Mujer, 2008.

WERTHEIN, Jorge; BORGES, M^a Dulce Almeida; CUNHA, Célio (edit). **Declaração Universal do Genoma Humano dos Direitos Humanos: Da teoria à prática**. Tradução Regina Coeli. Brasil: UNESCO, 2001.

WILSON, Jeffrey (Edit.). **Gale Encyclopedia of Everyday Law**. Vol. 2. 2nd. USA: Gale, 2006.

Sites consultados:

ANTICONCEPCIÓN de emergencia: protocolo de dispensación. Disponível em: <<http://www.saludcantabria.org/saludPublica/pdf/mujeres/ProtocoloAnticoncepcionEmergencia.pdf>>

EL MENOR maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepcion de emergência. Disponível em: <http://www.informateya.com/images/norlevo/libro_el_menor.pdf>. 2004

Disponível em: <http://www.eupharlaw.com/docs/mono_menor_revision.pdf>.

EL MENOR maduro. Disponível em:

<http://www.sccalp.org/documents/0000/1054/BoIPediatr2005_45_156-160.pdf>

MANUAL de atenção à saúde do adolescente. Disponível em:
<http://www.tele.medicina.ufg.br/files/palestrasaterial/Manual_do_Adolescente.pdf>.

ENCYCLOPEDIA. Disponível em:
<<http://www.scribd.com/doc/37716004/Encyclopedia-of-American-Law-2002-Edition>>
<<http://www.scribd.com/doc/35675704/Gale-Encyclopedia-of-Everyday-Law-9781414403533-29204>>

GALE encyclopedia everyday law. Disponível em:
<<http://www.scribd.com/doc/35675563/Gale-Encyclopedia-of-Everyday-Law-9781414403533-29203>>

GILLICK v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>

CASE No: 11753201. Disponível em:
<<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-justica-reino-unido-nao-aceita.pdf>>

DOCUMENTATION of self-sufficient minor status California Medical Association 1999. Disponível em:
<<http://www.cmanet.org/download2.cfm/general162.pdf>>
<<http://www.cmanet.org/download2.cfm/general164.pdf>>

Pediatria integral. Disponível em:
<http://www.adolescenciasema.org/ficheros/pediatria_integral_suplemento1_2006_b.pdf>

EL CONSENTIMIENTO informado em Medicina: El menor maduro. Disponível em:
<http://www.protegemostusdatos.com/data/NOTICIAS/Microsoft%20Word%20-%20CONSENTIMIENTO_INFORMADO_menor_maduro.pdf>

PROJETO MEMORIA : PAULO FREIRE – EDUCAR PARA TRANSFORMAR.
Disponível em: <http://www.projetomemoria.art.br/PauloFreire/pensamento/06_pensamento_frases.html>

