

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 180
Outubro/dezembro – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança

Uma reflexão sobre o caso Ashely

Ana Carolina Brochado Teixeira
Luciana Dadalto Penalva

Sumário

1. O caso. 1.1. Encefalopatia estática: sintomas e prognósticos. 1.2. O que foi feito com Ashley? 1.3. Os pais de Ashley e suas razões. 2. Abrangência da autoridade parental. 3. Direitos de personalidade: seriam eles renunciáveis? 3.1. O direito à procriação. 3.2. O direito ao desenvolvimento físico. 4. Conclusão.

1. O caso

Ashley é uma garota americana de nove anos portadora de uma doença rara chamada “encefalopatia estática”. Em 2004, foi submetida a um procedimento cirúrgico para retirar seu útero e suas glândulas mamárias e, desde então, está tomando altas doses de hormônio para interromper seu crescimento, tudo com o consentimento de seus pais.

Tal fato só foi divulgado pela mídia no início do ano de 2007, pois o médico que realizou as cirurgias apresentou o caso à comunidade científica norte-americana, narrando a situação. A repercussão dessas interferências médicas tomou uma proporção mundial, gerando debates acalorados sobre a eticidade dessas medidas, que só foram feitas porque os pais da criança entenderam serem esses os meios mais adequados de garantir a qualidade de vida de sua filha.

Diante disso, este artigo propõe algumas reflexões sobre o que seria, nesse

Ana Carolina Brochado Teixeira é Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Professora de Direito Civil. Advogada. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

Luciana Dadalto Penalva é Mestranda em Direito Privado pela PUC/MG.

caso, o melhor interesse dessa criança, que está totalmente entregue aos cuidados dos pais, por total impossibilidade de fazê-lo sozinha. A discussão passa, inevitavelmente, pelo estudo sobre titularidade e exercício de direitos de personalidade, bem como sobre cessão e renúncia dos mesmos. Tais questionamentos teóricos serão feitos à luz do caso concreto de Ashley, de modo a verificar-se se as “verdades dogmáticas” aplicam-se indistintamente a todas as situações, ou se podem sofrer variações de acordo com as *nuances* do caso concreto.

1.1. *Encefalopatia estática: sintomas e prognósticos*

Primeiramente, é preciso ressaltar que o objetivo deste estudo não é aprofundar na análise da síndrome da qual Ashley é portadora, até pelo cunho jurídico deste. Contudo, para o melhor entendimento do caso, é de suma importância uma compreensão, ainda que superficial, da doença encefalopatia estática, que se constitui em uma síndrome neonatal.

Na literatura médica, poucos são os autores que tratam especificamente dessa síndrome, por ser extremamente rara. A Encefalopatia, mais conhecida como paralisia cerebral, é gênero do qual fazem parte, segundo a classificação mais aceita pelos neurologistas, 7 (sete) categorias maiores, 34 (trinta e quatro) menores e várias subcategorias.¹ A paralisia cerebral pode ser relacionada com vários fatores, entre eles: hereditariedade, infecções congênitas, malformações congênitas, complicações obstétricas, uso de drogas e medicamentos pela gestante, exposição a radiações, fatores perinatais (prematuridade e baixo peso, por exemplo) e fatores pós-natais (infecções e traumas cranianos, entre outros).

¹ Sobre esse assunto, ver: Paralisia Cerebral: abordagem para o pediatra em geral e manejo multidisciplinar. Disponível em: <www.paulomargotto.com.br/documentos/paralisiacerebra.doc>. Acesso em: 23 mar. 2007.

Sua sintomatologia é a mais variada possível, embora seja comum em todos os tipos de encefalopatias o desenvolvimento motor retardado. Os portadores de paralisia cerebral leve têm alterações finais de movimento; os de paralisia cerebral moderada sofrem dificuldades variáveis em relação à fala e movimentos e, por sua vez, os de paralisia cerebral grave têm incapacidade para andar, usar as mãos e falar.²

A síndrome da qual Ashley é portadora é um tipo grave de paralisia cerebral, denominado encefalopatia estática pelo seu caráter persistente, ou seja, por sua irreversibilidade. Enfim, em que pese os avanços da neuropediatria nas pesquisas de encefalopatias, não há, no momento, tratamento capaz de reverter o quadro de Ashley, cujo desenvolvimento mental cessou aos três meses de vida e, hoje, com nove anos, não fala, não anda, não senta e se alimenta exclusivamente por sondas.

1.2. *O que foi feito com Ashley?*

Em 2004, Ashley foi submetida, no Hospital de Criança de Seattle, com o aval do diretor do Centro Treuman Kartz para Bioética Pediátrica, Dr. Douglas Diekema, e de seus pais, a dois procedimentos cirúrgicos: retirada das glândulas mamárias e remoção do útero. Desde então, está tomando altas doses de estrogênio a fim de manter-se pequena e retardar seu desenvolvimento sexual. Tal medida foi tomada porque a criança, aos seis anos, já estava apresentando sinais de puberdade precoce.

² “... apesar de caracterizada pela disfunção motora, a PC é sempre acompanhada por outras desordens da função cerebral. Entre elas as anormalidades de cognição, visão, audição, fala, sensações táteis, atenção e comportamento. A epilepsia geralmente está presente, bem como defeitos na função gastrointestinal e crescimento. As desordens de funções corticais mais altas têm impacto importante nas atividades da vida diária e afetam tarefas como vestir-se ou apertar botões em uma criança que aparentemente é levemente afetada.” (CÂNDIDO, Ana Maria Duarte Monteiro. Paralisia Cerebral: abordagem para a pediatria geral e manejo multidisciplinar. Disponível em: <www.paulomargotto.com.br/documentos/paralisiacerebra.doc>. Acesso em: 23 mar. 2007).

O referido médico concedeu uma entrevista à rede de televisão americana CNN,³ na qual afirma que, antes de dar seu parecer sobre o caso, constatou que Ashley nunca falaria, andaria e seria eternamente dependente de seus pais para tudo o que precisasse fazer. Além disso, sua função cognitiva equivalia à de uma criança com seis meses de vida e, por essas razões, foi favorável à realização das cirurgias e do tratamento hormonal.

Quanto aos benefícios que o tratamento trouxe à Ashley, afirma que será mais fácil cuidar dela, pois seu tamanho será sempre o de uma criança de nove anos, além de que seus pais poderão facilmente abraçá-la e colocá-la em uma cadeira de rodas para passear. Quanto ao desenvolvimento sexual, ela não menstruará; portanto, não sofrerá traumas ao ver sangue saindo de seu corpo sem entender do que se trata. Por fim, a retirada do útero tem a função de evitar uma gravidez, que, em virtude de sua incapacidade permanente, será indesejada. Ashley está tomando altas doses de hormônio para atender à finalidade pretendida pelos pais. Questionado quanto aos riscos que a alta dosagem de estrogênio pode trazer, Dr. Burkholder limitou-se a dizer que são os mesmos da ingestão de anticoncepcionais orais.

Finalmente, sobre os prognósticos acerca do desenvolvimento de Ashley, informou que, quando adulta, terá feição de mulher, corpo de uma menina de nove anos e desenvolvimento mental de um bebê de seis meses e concluiu dizendo que todos os procedimentos se justificam pelos motivos já descritos.

1.3. Os pais de Ashley e suas razões

Os genitores justificam o tratamento dizendo que a intenção foi melhorar a qualidade de vida de sua filha e destacam que a decisão foi fácil porque os benefícios

³ Disponível em: <http://www.cnn.com/2007/HEALTH/01/11/ashley.ethicist/index.html?eref=rss_latest>. Acesso em: 29 mar. 2007.

eram maiores do que os riscos de uma cirurgia. Em resumo, utilizam os mesmos argumentos do Dr. Douglas Diekema para justificar os procedimentos médicos e cirúrgicos realizados em Ashley.

A divulgação do tratamento realizado na criança trouxe à baila várias questões acerca dos reais motivos que levaram os pais de Ashley a proporem aos médicos medidas capazes de interromper seu crescimento e sua puberdade, motivando a reflexão sobre os limites da autoridade parental em casos como esse. Além disso, é preciso delimitar outras questões: a conduta dos pais de Ashley é moralmente aceita? É juridicamente viável? Será que esses pais pretendem facilitar a própria vida, na medida em que terão menos trabalho em cuidar da filha quando esta ficar adulta, ou de fato visam exclusivamente o bem-estar da criança? O direito à reprodução é um direito fundamental e, portanto, indisponível? Quais os limites da autoridade parental nos casos em que os filhos têm pouco ou nenhum discernimento? Existe um direito fundamental ao desenvolvimento físico?

A discussão que ora propomos visa refletir sobre tais questionamentos.

2. Abrangência da autoridade parental

Todos sabemos que o poder familiar – ou autoridade parental, nomenclatura por nós preferida, por ser mais adequada ao seu conteúdo constitucional⁴ – tem a duração equivalente à menoridade dos filhos, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição Federal de 1988. E também que a autoridade parental é um múnus de direito privado, um poder jurídico, isto é, um feixe de poderes – deveres atribuído pelo Estado aos pais, para serem exercidos no interesse dos filhos. A Constituição estabelece que cabe aos pais a tarefa de criar, educar e

⁴ Sobre a diferenciação da nomenclatura, remetemos a TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-7.

assistir os filhos enquanto menores. O exercício do poder familiar nos coloca diante de duas questões: a abrangência quantitativa e qualitativa da autoridade parental.

A rigor, até que a prole alcance a maioridade, ou seja, complete 18 (dezoito) anos, os pais devem guiar a sua vida, bem como decidir por ou com eles, vez que, dependendo da idade, irão representá-los (até 16 anos) ou assisti-los (de 16 a 18 anos). Entretanto, na medida em que a Constituição Federal determinou que a criança e o adolescente são alvos de proteção especial, por serem pessoas em desenvolvimento, valorizando a construção da sua personalidade, temos que analisar de forma criteriosa a forma de exercer a autoridade parental. Isso porque a criação e educação dos filhos ocorrem como um processo: tanto maior é a atuação dos pais quanto menor são os filhos, ou melhor, quanto menos discernimento eles têm. À medida que vão crescendo, faz-se menos necessária a intervenção parental, vez que, através dessa mesma convivência e do processo educacional, vivenciam situações que lhes conduzem à paulatina aquisição da maturidade. Dessa forma, vão-se tornando mais aptos para o exercício dos direitos fundamentais e, principalmente, a fazerem opções, com mais liberdade. Entretanto, discernimento importa, para nós, o exercício da liberdade com a correlata responsabilidade, ou seja, ter condições psíquicas de assumir as conseqüências dos seus atos.

O que propomos é, então, uma forma qualitativamente diferenciada do exercício do poder familiar, respeitando a formação do menor, bem como as fases galgadas de construção da personalidade por ele. Essa nova perspectiva da autoridade parental vai integralmente ao encontro do princípio norteador em matéria infanto-juvenil: o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Segundo Tânia da Silva Pereira (1999, p. 3), “a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses

de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”. Não existe uniformidade ou definição rígida do que seja tal princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso. Não obstante seja impossível defini-lo de antemão, temos que buscar seu núcleo essencial, que se constitui na possibilidade de o menor exercer seus direitos fundamentais. E é bastante salutar que o faça por si próprio, na medida em que adquire discernimento.⁵

Afirma Maria Clara Sottomayor (2002, p. 197) que, embora o interesse da criança ou do adolescente seja um conceito indeterminável pelo seu caráter vago e elástico, facilitando interpretações subjetivas, tem um núcleo conceitual que deve ser preenchido por valorações objetivas. Essas se atrelam à estabilidade de condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social.

Poderíamos dizer que o núcleo conceitual nomeado pela autora portuguesa encontra-se, exatamente, na possibilidade de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela criança e pelo adolescente. Tal princípio, aliado à doutrina da proteção integral, visa à proteção da criança, do adolescente, bem como de seus direitos, além de garantir-lhes as mesmas prerrogativas que cabem aos adultos. O dever de proteção não se limita ao Estado, mas também é atribuído à sociedade e à família, conforme determina o art. 227 da Carta Constitucional, constituindo-se, destarte, um dever social (Cf. PEREIRA, 1999, p.14). Sua condição prioritária deve-se ao fato de serem pessoas em desenvolvimento, cuja personalidade deve ser protegida e promovida, mediante o exercício dos di-

⁵ Sobre a possibilidade de se respeitar a vontade da criança e do adolescente, remetemos a MEIRELES, Rose Melo Venceu, et al. O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 335-354; TEPEDINO, Gustavo. *A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias*. No prelo (original gentilmente cedido pelo autor).

reitos fundamentais.⁶ Despiciendo, neste momento, questionarmos qual a forma de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela população infanto-juvenil. Ao que nos parece, a relação parental é o modo prioritário, em regra, de assegurar-lhes a experiência de tais direitos, tendo em vista que o relacionamento familiar é a primeira experiência do menor com o outro, principalmente com os pais. É a experiência primeira da alteridade. Esse “outro”, por sua vez, recebeu do Estado um múnus, um feixe de poderes e deveres a serem exercidos em benefício dos filhos, o que nos autoriza a caracterizar a autoridade parental como poder jurídico, no que tange às inúmeras categorias das situações jurídicas.⁷

Portanto, quantitativamente, pensamos que é possível uma redução gradativa da abrangência da autoridade parental, em prol da realização da personalidade da criança e do adolescente, relativizando o regime das incapacidades, previsto nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, quando estão em jogo interesses existenciais da criança e, principalmente, do adolescente. Assim, poderão eles participar das decisões que definirão o rumo de suas vidas. Sensível a tal necessidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA determinou a oitiva do adolescente no processo de adoção, devendo a sua opinião ser considerada (art. 28, § 1º). O mesmo deve ocorrer em casos de guarda e visitas/convivência familiar quanto à prática de atos ligados ao Direito de Família. Também devemos pensar na valorização da vontade do menor em situa-

ções ligadas ao Biodireito, como, por exemplo, na continuidade ou na interrupção de tratamentos médicos.⁸ Nesses casos, o que deve prevalecer: a decisão dos pais ou a autodeterminação dos filhos? Não existem respostas prontas e preestabelecidas, mas o discernimento é a “peça fundamental” para resolver os casos concretos.

Além do aspecto “quantitativo” da autoridade parental, há, também, o qualitativo, que tem maior relevância para o desenvolvimento das idéias propostas no presente estudo. Imbuídos do múnus do poder familiar, o que podem os pais fazer “em nome” dos filhos? Sob o ponto-de-vista patrimonial, a resposta é óbvia: representá-los ou assisti-los nas situações jurídicas patrimoniais. Para isso, questiona-se a validade do regime das incapacidades para todos os atos, que se exteriorizam mediante o instituto da representação, tendo em vista que esse modelo foi construído “em e para outra realidade”, o que provoca o questionamento da “validade da continuidade de sua utilização sem nenhuma reformulação” (Cf. CARBONERA, 2004, p. 162). Nesse sentido, Silvana Carbonera (2004, p. 162) afirma:

“A consequência da capacidade ou de sua falta é a necessidade de inserir no mundo jurídico pessoas que ainda não tenham condições de atuar individualmente. Neste ponto, o instituto da representação vem suprir esta falta. Contudo, podem ser observados claros contornos patrimonialistas no momento de sua elaboração: se um menor não pode comprar ou vender validamente por ser incapaz, que o possa fazer se estiver representado ou assistido! Mas será que a representação também é suficiente para

⁶ Tal condição lhes foi garantida pelo art. 6º da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo teor é o seguinte: “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

⁷ Sobre o tema, recomendamos a leitura de TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2004, Belo Horizonte. *Anais...*Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2004, p. 305-324.

⁸ Tais idéias foram desenvolvidas em TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 5., 2006, São Paulo: IOB THomson, 2006, p. 103-123.

atos de disposição quando o bem é indisponível, como é o caso do corpo humano?”

A nova questão que surge é se também poderão tomar decisões cuja repercussão se dê na órbita existencial, como, por exemplo, no exercício de direitos de personalidade e, em última instância, de direitos fundamentais. É a partir dessa reflexão que pensaremos na atitude dos pais de Ashley, se seria ou não admitida no Brasil.

Quando uma criança nasce, ela é totalmente dependente dos pais ou de seus cuidadores, vez que patente sua grande fragilidade psicofísica. À medida que vai crescendo – como já dissemos –, vive um gradativo processo de aquisição de autonomia, que vai-se manifestando paulatinamente, justificadora, por outro lado, da diminuição da interferência dos pais. Entretanto, estamos a pensar em uma criança que não tem a menor possibilidade de uma vida com autonomia, vez que sua integridade psicofísica está altamente comprometida pela síndrome que a acomete. Entretanto, não se pode ignorar que, “mesmo que um sujeito de direito passe sua vida toda sem praticar nenhum ato ou negócio jurídico, de cunho patrimonial ou não, ainda assim será titular de um círculo mínimo de direitos de personalidade” (CARBONERA, 2004, p.151).

Por essa razão, é de suma relevância refletirmos sobre o que os pais podem ou não fazer, como titulares do poder familiar, com uma criança nessas condições. Os genitores de Ashley a submeteram à cirurgia de retirada do útero e à impossibilidade do crescimento, ou seja, comprometeram o exercício de relevantes direitos seus, tais como sua integridade física e o direito à reprodução.

O caso de filhos incapazes – principalmente se menores – é bastante peculiar e exige que a autoridade parental seja exercida de forma qualitativa e quantitativamente diversa, pois, quanto menor o discernimento, menor a autonomia e mais densa a interferência dos pais.

3. Direitos de personalidade: seriam eles renunciáveis?

Os direitos de personalidade se referem intrinsecamente à pessoa humana, respeitando à sua esfera individual, que prima pela busca da sua realização enquanto tal. Tais direitos estão atrelados à cláusula de tutela da pessoa humana, esculpida pelo Princípio da Dignidade Humana, vinculado aos demais objetivos da República, inscritos na Constituição Federal de 1988.

As características comumente elencadas para os direitos personalíssimos são “a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade” (TEPEDINO, 2004, p. 33). Além dessas, também é bastante citada a indisponibilidade, que “retira do seu titular a possibilidade de deles dispor, tornando-os também irrenunciáveis e impenhoráveis” (TEPEDINO, 2004, p. 34). Essa característica é a que será por nós discutida, tendo em vista que o foco do presente trabalho é investigar a possibilidade de os pais de Ashley renunciarem por ela a direitos personalíssimos, especificamente o direito à procriação e à integridade física.

A primeira questão cinge-se à viabilidade de renúncia – e, portanto, de exercício – de direitos de personalidade por outrem, *in casu*, pelos pais, no exercício da autoridade parental. Poderiam eles exercer tais direitos pelos filhos? É claro que não, e esse é exatamente o problema da contraposição entre poder familiar e exercício dos direitos personalíssimos, pois estes só podem ser exercidos pelo titular, sob pena de se descaracterizarem como tal, além de não cumprir sua função constitucional de tutela da personalidade. Sobre essa problemática, manifesta-se Pietro Perlingieri (2007, p. 260):

“A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não cor-

responde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício (...).”

Ultrapassada a questão da impossibilidade de exercício de direitos personalíssimos por terceiros, voltamos ao exame da possibilidade de serem eles renunciáveis, não obstante a doutrina afirme pela irrenunciabilidade. Tal problema torna-se relevante tendo em vista que os pais de Ashley optaram pela histerectomia⁹ e pelo impedimento do crescimento da filha, por julgarem condizentes com os interesses desta, operando-se, portanto, uma renúncia, em nome dela, de seus direitos de personalidade.

Quando se analisa o exercício – ou não – do direito de personalidade pelo próprio titular, o conflito localiza-se entre autonomia privada e a propalada irrenunciabilidade dos direitos personalíssimos, uma vez que a pessoa pode entender que a forma que melhor realiza sua personalidade é por meio da disponibilidade de algum direito de personalidade, como é um caso de um transexual.¹⁰ Por essa razão, entendemos

⁹ “É a retirada do útero, que pode ser total, quando se retira o corpo e colo do útero, ou subtotal, quando só o corpo é retirado. Na maioria das vezes, é feita através de uma incisão no abdômen, por onde se retira o útero (histerectomia abdominal). Em alguns casos, também pode ser feita através de um incisão na vagina, por onde se retira o útero (histerectomia vaginal). Uma outra abordagem é a histerectomia por videolaparoscopia, onde a cirurgia é realizada por pequenos orifícios de 5 a 10 mm no abdômen e a retirada do útero é feita pela vagina. Às vezes, essa cirurgia é acompanhada da retirada dos ovários e trompas (histerectomia total com anexectomia bilateral).” (Disponível em: < www.miomma.com.br>, acesso em: 3 dez. 2007).

¹⁰ Sobre o tema, recomendamos a leitura de SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da redesignação do estado sexual. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética, Biodireito e o novo*

ser possível afirmar que alguns direitos de personalidade, em circunstâncias excepcionais, são renunciáveis ou disponíveis, porque visam à realização de um objetivo maior – concretização da dignidade humana – desde que tal escolha seja privativa do titular. O art. 11 do Código Civil diz que essa renunciabilidade só pode ocorrer, excepcionalmente, em casos expressamente previstos em lei.

Existem hipóteses, inclusive, em que o ordenamento jurídico corrobora com tal entendimento, como, por exemplo, “no caso de cessão de direito de imagem para fins de publicidade, ou ainda da disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano (rim, pulmão, sangue, material genético), em vida ou *post-mortem*, para fins de transplante e tratamento (...)” (AMARAL, 2006, p. 250). Entretanto, a autonomia não pode se limitar a tais situações, tendo em vista que são múltiplos os direitos personalíssimos, não estando todos eles previstos taxativamente, seja no Código Civil de 2002 ou em leis esparsas. Assim, a impossibilidade *a priori* de renúncia a direito de personalidade deve ser vista de forma crítica, mediante uma análise na qual fato e norma dialoguem, de modo a perquirir a função de determinada situação jurídica, vez que é por meio dessa perspectiva que se cumprirão os objetivos constitucionais.

Não obstante tais observações, o caso Ashley não se enquadra nessa situação de a criança ou seus pais poderem renunciar a seus direitos personalíssimos, pois, além de tal disposição não poder ser feita pelos pais – e sim pelo titular –, Ashley, em razão da idade que acarreta a incapacidade absoluta para a prática de atos jurídicos, também não detém nenhum discernimento para se autodeterminar, no aspecto patrimonial ou existencial. É sob esse enfoque que será

Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.199-222; KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos *wannabes*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. ano 4, v. 14, jul.-set. 2003, p. 41-71.

estudada a conduta de seus pais ao determinarem o não-exercício, pela filha, dos direitos à procriação e à integridade física.

3.1. O direito à procriação

O desejo de procriar acompanha o ser humano desde criança, pois as pessoas aprendem que ter filhos faz parte da ordem natural da vida. Na Antiguidade, as mulheres inférteis eram consideradas bruxas, pois se entendia que o diabo as controlava, impossibilitando-as de ter filhos (Cf. MURARO, 1991, p. 15). Com o desenvolvimento da medicina, descobriu-se que a infertilidade é um problema biológico completamente desassociado de questões místicas. Assim, iniciou-se uma era de pesquisas cujo principal objetivo era fazer com que as mulheres inférteis pudessem engravidar, respaldado por um suposto direito à reprodução.

Desta feita, o Direito foi-se adaptando a essa nova situação e vários estudos discutiram técnicas de inseminação artificial e seus efeitos jurídicos, além de grandes debates acerca da criopreservação de embriões. Contudo, em que pese poder-se falar hoje que há uma diversidade de discussões jurídicas a respeito dos direitos sexuais e reprodutivos,¹¹ poucos são os estudiosos¹² da ciência jurídica que pesquisam a existência de um possível direito à procriação, razão pela qual os apontamentos deste artigo têm um caráter preliminar e visam apenas incitar a comunidade jurídico-científica a debater a questão.

O Direito no Brasil vem sofrendo grandes transformações desde que a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor. Isso porque a atual Constituição brasileira deslocou as atenções jurídicas que antes

eram voltadas ao patrimônio para a pessoa humana, de modo que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a permear e a legitimar todas as decisões jurídicas pátrias. Portanto, questões envolvendo problemas bioéticos são atualmente objeto de análise e pesquisa para o profissional do direito, pois afetam diretamente o homem e a sociedade, sendo uma das finalidades precípua do Direito regular relações entre estes.

O texto constitucional brasileiro consagrou, em seu art. 226, § 7º, o direito ao livre planejamento familiar. Por isso, entende-se que esse direito, à luz dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade entre homens e mulheres, perfaz um verdadeiro direito reprodutivo. Todavia, questionamos: a Carta Magna brasileira, ao consagrar o direito ao livre planejamento familiar, também consagrou o direito à procriação? Ou, em outras palavras, é possível dizer que existe no ordenamento jurídico brasileiro um direito a procriar? Em caso afirmativo, seria ele um direito personalíssimo?

Falar em um direito à procriação significa dizer que a todo ser humano deve ser garantido o direito de ser pai/mãe biológico, de gerar uma criança e que tal direito está limitado tão-somente nos Princípios da Dignidade Humana e da Paternidade responsável, segundo o art. 226, § 7º, CF/88.

Respaldadas pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia Privada, entendemos haver um direito à procriação, pois a possibilidade de procriar é uma condição humana, devendo inclusive ser alçada à qualidade de direito de personalidade, por ser um direito sem o qual a personalidade do ser humano seria insatisfeita¹³. No entanto, ressalte-se que, sob a égide da Autonomia Privada, é um direito que só será exercido se houver

¹¹ Sobre esse assunto, ver: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*

¹² Sobre esse assunto, ver: SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, *passim*.

¹³ Acerca desse tema, ver: TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23-58.

manifestação de vontade da pessoa, sendo possível seu não exercício se assim seu titular quiser.

Desta feita, o caso Ashley torna-se ainda mais interessante diante do impasse ao qual nos conduzem as conclusões esboçadas. Já concluímos que Ashley é uma criança desprovida de autonomia e, portanto, a autoridade parental de seus pais é de um grau quantitativo elevado e qualitativo diferenciado. Desse modo, por ser o direito à procriação um direito da personalidade – todavia, passível de disponibilidade, como já abordado no item anterior –, questionamos se seria possível entendermos, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, que os pais de Ashley praticaram uma conduta lícita ao permitirem a realização da histerectomia.

Acreditamos que não, porque, apesar do amplo campo de incidência da autoridade parental dos pais de Ashley, esse poder – dever não lhes confere o direito de decidir sobre a supressão da capacidade reprodutiva dela, mesmo perpassado pelo fundamento de que estariam defendendo seus melhores interesses. Assim, em que pese o amplo poder de decisão que estes possuem, apenas ela poderia solicitar que a histerectomia fosse realizada, ou seja, apenas Ashley poderia não exercer esse direito de personalidade, se tivesse discernimento para fazê-lo.

Entendemos como válidas as justificativas para a realização de tal procedimento; entretanto, acreditamos que cabe aos pais de Ashley, no exercício amplo de sua autoridade parental – tendo em vista que durante toda a vida de Ashley este múnus será exercido em grande grau, seja por meio do poder familiar enquanto ela for menor, seja mediante a curatela, quando ela se tornar maior –, efetivar o dever de cuidado e vigilância, garantindo que esta não seja vítima de abuso sexual e levá-la a médicos ginecologistas a fim de averiguar sua saúde reprodutiva.

Enfim, realizar a histerectomia e a retirada das glândulas mamárias, sob a

justificativa de serem essas cirurgias garantidoras do bem-estar de Ashley, parece-nos mais uma atitude voltada para diminuir as dificuldades de cuidado e vigilância – deveres inerentes à autoridade parental e, por óbvio, voltados à garantia do bem-estar da filha –, pois certamente exercer o poder familiar de uma filha desprovida de autonomia, de vontade e de mobilidade motora é um múnus que muito exige dos pais, do que uma atitude humanista, voltada para o bem-estar da criança.

Isso porque as relações jurídicas que envolvem menores devem ser respaldadas pelo princípio do Melhor Interesse da Criança, e, no caso em tela, acreditamos não ser possível vislumbrar que os procedimentos realizados vão ao encontro desse princípio, tendo em vista que o exercício dos deveres da autoridade parental em sua plenitude gerariam os mesmos efeitos práticos que os procedimentos invasivos aos quais Ashley foi submetida, quais sejam, evitariam que a menor fosse vítima de abuso sexual e preveniriam eventuais doenças.

Enfim, não cabe ao Direito – pelo menos ao Direito brasileiro – legitimar condutas individualistas em detrimento da proteção dos direitos de personalidade. Em suma, acreditamos ser a conduta dos pais de Ashley uma conduta ilícita e que a existência de um caso desse no Brasil deveria ser encarada como uma violação frontal aos direitos de personalidade e à Dignidade da Pessoa Humana.

3.2. O direito ao desenvolvimento físico

O direito ao desenvolvimento físico de Ashley enquadra-se no direito de personalidade à tutela da integridade física, de que são exemplos os artigos 13, 14 e 15 do Código Civil de 2002, que vedam a disposição do próprio corpo que importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar bons costumes, permitem a disposição total ou parcial, desde que gratuita, do próprio corpo para depois da morte, uma

vez feita com objetivos científicos ou altruísticos, além de proibirem que alguém seja forçado a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica que lhe acarrete risco de vida, respectivamente.

O direito à integridade física é, portanto, inegável componente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 93-102) afirma, inclusive, que é um dos principais corolários desse princípio. A integridade física constitui, juntamente com o aspecto psíquico, o atual conceito de saúde, estabelecido pela nossa Constituição Federal de 1988, bem como pela Organização Mundial de Saúde - OMS. Assim, o impedir do crescimento físico de Ashley por seus pais significa uma interferência direta em sua saúde. Como já mencionamos, justificaram sua conduta ao argumento de facilitação da mobilidade da filha, tendo em vista que, com o seu crescimento, ficaria mais difícil sua locomoção, o que é feito pelos próprios pais. Novamente, paira a questão: eles estão buscando a facilitação das próprias vidas, como cuidadores da filha, ou, de fato, o que é melhor para a criança?

O art. 2º da Declaração de Helsinque, de 1964, afirma que “os interesses e o bem-estar do ser humano deverão prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência”, o que significa que não impera mais a antiga concepção de interesse público que determinava o primado do social sobre o individual. Para o caso em análise, importa estabelecer que não é o interesse dos pais - mesmo que no exercício do seu papel de cuidadores e responsáveis pela filha - que deve prevalecer, mas o interesse de Ashley, em sua condição de vulnerabilidade, não apenas por ser menor, mas também pela sua condição de deficiente física e mental. Então, é o seu “melhor interesse” que deve ser atendido.

Em questões existenciais dessa natureza,

“o interesse, o ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se

trata de sua saúde, física e psíquica (...). A regra expressa o conceito de não-instrumentalização do ser humano, significando que este jamais poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências, mas será sempre sujeito do seu destino e de suas próprias escolhas.” (MORAES, 2003, p. 99)

Por essa razão, mesmo que pudéssemos admitir que os pais, pela condição de extrema hipossuficiência de Ashley, pudessem escolher pelo exercício ou não desse seu direito de personalidade, o pensamento condutor é no sentido de preservar sua integridade física, vez que inexistente autonomia. Essa situação também é observada quando da necessidade de transfusões de sangue em filhos de Testemunhas de Jeová menores, cujos pais pretendem não transfundi-los, mas a orientação é no sentido de se proceder à transfusão, tendo em vista que estes podem escolher, quando dotados de maturidade, religião diferente da dos pais.¹⁴ Estão em jogo, nesse caso, os bens jurídicos *vida x liberdade religiosa*, relativamente a pessoas que não têm capacidade de entender e querer e, por essa razão, a intangibilidade de sua vida deve ser preservada - o que não significa que, quando a pessoa menor de idade for do-

¹⁴ “Os Tribunais estadunidenses trazem casos ricos sobre a recusa dos pais a tratamento médico dos filhos, por professarem fé que não permite a transfusão de sangue. No caso *In re Sampson*, a Suprema Corte de Nova Iorque confirmou a autorização outorgada por juiz da vara de família para que Kevin Sampson, de quinze anos de idade, fosse operado para correção de deformidade física que o afastou da escola desde os nove anos. A mãe, Testemunha de Jeová, recusava-se a autorizar a cirurgia, que requeria transfusão de sangue. (...) Portanto, somos pela prevalência de processos universais de tratamento médico em crianças e adolescentes que necessitam de transfusão sanguínea, mesmo que seus pais professem religiões que a proibam. Entendemos, todavia, que há adolescentes que, mesmo incapazes legalmente, têm discernimento suficiente para expressar vontade contrária ao tratamento médico preconizado. Em casos assim, esgotadas as medidas de persuasão, a decisão final deverá ser proferida pelo Judiciário, que deverá buscar a justiça para o caso concreto.” (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 136-137).

tada de discernimento, não poderá ter sua vontade valorada juridicamente.¹⁵ Pelas mesmas razões, está em questão a integridade física de uma criança que não tem – e nunca terá, ao que tudo indica – condições de se manifestar pelo exercício ou não de seus direitos de personalidade. Por isso, ela deve ter sua integridade preservada, ainda mais pelo caráter vitalício do impedimento de seu crescimento.

4. Conclusão

Diante do caso sob reflexão e dos apontamentos ora exarados, concluímos que:

a) pelas pesquisas médicas, a doença de Ashley, hoje, não tem cura, sendo ela totalmente dependente dos pais para toda a vida, o que leva à ampliação da autoridade parental, em situação de total ausência de discernimento;

b) a renúncia de direitos de personalidade só é possível pelo próprio titular, em situações em que este seja dotado de maturidade e responsabilidade, nos limites autorizados pelo Ordenamento Jurídico, conjugados com o caso concreto;

c) por essa razão, a supressão dos direitos à procriação e à integridade física, questão decidida pelo médico e pelos pais de Ashley, não condiz com o Princípio do Melhor Interesse da Criança, de modo que os procedimentos feitos visam facilitar os cuidados com Ashley, mas não, efetivamente, tutelá-la.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*.

¹⁵ Isso ocorre em alguns países como a Inglaterra, onde, a partir de 16 anos de idade, é possível a pessoa consentir com tratamentos médicos (menor maduro). (SILVA apud MORAES, 2006, p. 154)

BURKHOLDER, Amy. *Ethicist in Ashley case answers questions*. Disponível em: <http://www.cnn.com/2007/HEALTH/01/11/ashley.ethicist/index.html?eref=rss_latest>. Acesso em: 15 mar. 2007.

CÂNDIDO, Ana Maria Duarte Monteiro. *Paralisia cerebral*: abordagem para a pediatria geral e manejo multidisciplinar. Disponível em: <www.paulomargotto.com.br/documentos/paralisiacerebra.doc>. Acesso em: 23 mar. 2007.

CARBONERA, Silvana. Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas. *Ciência e opinião*. v. 1, n. 2/4. Curitiba, jul. 2003/dez. 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MURARO, Rose Marie. *O Martelo das feitiçeras*. 8 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. *O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. O 'melhor interesse da criança'. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Da redesignação do estado sexual*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade médica e objeção de consciência religiosa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 21. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2005.

SILVA, Denis Franco. *O princípio da autonomia privada: da invenção à reconstrução*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, caderno Direito e Justiça. v.14, t. 1, p. 197, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 5., 2006, São Paulo. *Anais...* São Paulo: IOB Thomson, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias*. No prelo. (original gentilmente cedido pelo autor).

_____. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 4., 2004, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2004.

_____. A Tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.