



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA - EDTM
DEPARTAMENTO DE DIREITO**



Paula Faria Mucci

**O DIREITO DE MORRER E A AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
SOBRE O SEU CORPO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Ouro Preto/MG
2022**

Paula Faria Mucci

**O DIREITO DE MORRER E A AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
SOBRE O SEU CORPO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP)
como requisito parcial para a obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a. Dra. Beatriz Schettini

Coorientadora: Prof.^a. Dra. Iara Antunes de
Souza

**Ouro Preto/MG
2022**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Paula Faria Mucci

O direito de morrer e a autonomia da criança e do adolescente sobre o seu corpo à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal
de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovada em 23 de Junho de 2022

Membros da banca

Dra. Beatriz Schettini- Orientadora - Universidade Federal de Ouro Preto
Ms. Rafaela Fernandes Leite - Universidade Federal de Ouro Preto
Ms. Ana Paula Diniz - Universidade Federal de Ouro Preto

Beatriz schettini, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 23/06/2022



Documento assinado eletronicamente por **Beatriz Schettini, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 23/06/2022, às 20:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0350709** e o código CRC **0182D5A1**.

A todos que moram no meu coração.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a existência na legislação brasileira da autonomia progressiva, conferida a crianças e adolescentes sobre o seu corpo. Para isso, a metodologia utilizada foi a bibliográfica. Para tanto, o presente trabalho apresenta a evolução do direito da criança e do adolescente, no contexto brasileiro. Ainda, evidencia e apresenta as principais leis brasileiras que legislam a respeito das crianças e adolescentes. Além disso, o presente trabalho evidencia o conceito de bioética e biodireito, trazendo também as principais diferenças e semelhanças entre estes conceitos. Assim, apresentando os princípios do biodireito e da bioética. Além disso, traz o conceito de autonomia progressiva, sua aplicação e respaldo jurídico. Ademais, apresenta a definição de consentimento e competência, aplicado à realidade da criança e adolescente, quanto à autonomia progressiva. Além do mais, apresenta um caso concreto, ocorrido em legislação estrangeira, a respeito do deferimento do direito de morrer à uma criança. Ao final foi possível concluir que existe a viabilidade jurídica de conferir às crianças e aos adolescentes a autonomia progressiva para tomada de decisões acerca de sua personalidade, inclusive acerca do direito de morrer, considerando a situação peculiar da criança e do adolescente quanto pessoa em desenvolvimento

Palavras-chave: Criança; Adolescente; Autonomia Progressiva; Direito de Morrer; Direito da Criança e do Adolescente; Bioética; Biodireito.

ABSTRACT

The present study aims to discuss the existence in Brazilian legislation of progressive autonomy, granted to children and adolescents over their bodies. For this, the methodology used was the bibliography. Therefore, the present study presents the evolution of the rights of children and adolescents, in the Brazilian context. It also highlights and presents the main Brazilian laws that legislate about children and adolescents. In addition, the present work highlights the concept of bioethics and biolaw, also bringing the main differences and similarities between these concepts. Thus, presenting the principles of biolaw and bioethics. In addition, it brings the concept of progressive autonomy, its application and legal support. Furthermore, it presents the definition of consent and competence, applied to the reality of children and adolescents, in terms of progressive autonomy. Furthermore, it presents a concrete case, occurred in foreign legislation, regarding the granting of the right to die to a child. In the end, it was possible to conclude that there is legal feasibility of granting children and adolescents progressive autonomy to make decisions regarding their personality, including the right to die, considering the peculiar situation of children and adolescents as developing persons.

Keywords: Child; Adolescent; Progressive Autonomy; Right to Die; Child and Adolescent Law; Bioethics; Biolaw.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	9
1.1 Evolução Do Direito da criança e do adolescente no Brasil	10
1.2 Estatuto Da Criança e do Adolescente	11
1.3 Convenção Internacional dos Direitos das Crianças	12
1.4 Poder familiar	13
CAPÍTULO 2: BIOÉTICA, BIODIREITO E O DIREITO DE MORRER	16
2.1 A diferença entre o biodireito e bioética	17
2.2 Direito da personalidade	19
2.3 O exercício do direito da personalidade: o direito de morrer	20
CAPÍTULO 3: AUTONOMIA PROGRESSIVA	25
3.1 Competência	26
3.2 Consentimento	27
3.3 Colômbia- <i>Irene Y Alfredo</i> contra <i>Salud Eps</i>	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

INTRODUÇÃO

O direito de morrer com dignidade ainda não é regulamentado no Brasil, trazendo com ele várias indagações quanto à capacidade e discernimento do sujeito que deseja morrer. No que tange às crianças e adolescentes, estas indagações passam a ser mais fortes, visto que para o ordenamento jurídico brasileiro vigente estes sujeitos não possuem plena capacidade.

A Constituição Federal de 1988 conferiu às crianças e aos adolescentes, no Brasil, o status de sujeito em desenvolvimento. Assim, reconhecendo a este público garantias e direitos que, anteriormente à promulgação da Constituição não eram uma realidade. No entanto, apesar de reconhecer estes direitos, o Código Civil de 2002 adota a Teoria da Capacidade Etária, desta forma não adotando o princípio da autonomia progressiva.

A Teoria da Capacidade Etária, adotada no CC/02, para as crianças e adolescentes, acaba ceifando o público infante juvenil de usufruir plenamente do direito à personalidade, visto que para o ordenamento jurídico este público passou a ser ou absolutamente incapaz ou parcialmente incapaz.

Desta forma, fez-se necessário a reflexão sobre o tema, tendo em vista que para a Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente são sujeitos de direitos e são pessoas em desenvolvimento. Assim, Marina Silmann trouxe a proposta da autonomia progressiva como forma de aferimento da capacidade do público infante juvenil.

A legislação brasileira não regulamenta o direito de morrer, visto que o direito à vida é um dos direitos da personalidade. Estes direitos, em sua maioria, são absolutos, intransferíveis e indisponíveis. No entanto, o próprio ordenamento jurídico traz contradições quanto ao absolutismo do direito à vida, visto que no CPB, em seu art. 23, regulamenta a exclusão de ilicitude. Ainda, na própria CF/88 há a pena de morte em caso de guerra declarada, como dispõe o art. 5, XLVII, “a”.

Além do mais, a CF/88 assegura aos cidadãos o direito à dignidade, autonomia, liberdade, personalidade, portanto, pode-se inferir que o direito à vida garantido na CF/88 é o direito à vida desfrutada com dignidade e autonomia. Assim sendo, é necessário ponderar o absolutismo do direito à vida, para a manutenção do fundamento da dignidade humana.

Dessa forma, o presente trabalho conta com três capítulos, além de uma introdução e uma consideração final. O primeiro capítulo discutirá a evolução do direito das crianças e dos adolescentes no ordenamento brasileiro. Logo, pretende-se demonstrar o contexto da situação da criança e do adolescente, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando ainda era vigente o Código dos Menores. Por conseguinte, demonstrará a consolidação da Doutrina da Proteção Integral pela CF/88. Por fim, demonstrará as legislações que foram consolidadas após a promulgação da CF/88, assegurando ao público infante juvenil, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já o segundo capítulo, busca conceituar o biodireito e a bioética, apresentando suas semelhanças e diferenças entre si, demonstrando as suas aplicações quanto ao direito de morrer. Ainda, será conceituado os direitos da personalidade, trazendo suas características e aplicabilidade.

No capítulo subsequente, será conceituado a autonomia progressiva, demonstrando a possibilidade da autonomia progressiva como meio de aferir a capacidade do público infante juvenil. Ainda, será conceituado a competência e o consentimento. Por fim, o referido capítulo apresentará um caso na Colômbia, de um casal de pais que pleitearam na justiça o direito de morrer do seu filho menor de idade, e ganharam a causa quando a Suprema Corte da Colômbia deferiu o pedido.

Posto isto, nas considerações finais pretende-se constatar a autonomia progressiva como um meio de aferir a capacidade de crianças e adolescentes para tomadas de decisões acerca de sua personalidade. Desta forma, busca-se demonstrar a constitucionalidade da autonomia da criança e do adolescente sobre o seu corpo.

1. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A criança e o adolescente, antes do advento da Constituição Federal, não possuíam regulamentação abrangente, apenas era regulamentada quando o menor se encontrava em situação irregular, abandonado ou era considerado um menor infrator. No entanto, com o advento da CF/88, a Doutrina da Proteção Integral, presente no art. 227 da CF/88, foi consagrada pela Constituição e posteriormente regulamentada no ECA.

Assim, a partir da vigência da CF/88, o menor é reconhecido como pessoa em desenvolvimento, passando a ser assim, sujeito de direito, com autonomia progressiva. Desta forma inserindo o menor no regulamento brasileiro. No entanto, no Código Civil de 2002, a criança e adolescente são considerados ou absolutamente incapazes ou relativamente incapazes. Para o ordenamento jurídico brasileiro os menores de 16 anos são absolutamente incapazes, já os relativamente incapazes são os maiores de 16 e menores de 18 anos.

Desta forma, palpável perceber que a legislação brasileira adota a teoria da capacidade etária, como preconiza Marina Silmann:

O CCB/2002 ignora todos os avanços apresentados pelos estudos da psicologia do desenvolvimento, aos quais apresentam faixas etárias em que a maioria das pessoas se torna hábil para exercerem determinados atos e que ressaltam a possibilidade de atraso ou de adiantamento no desenvolvimento, preferindo a segurança jurídica em detrimento da autonomia de crianças e adolescentes.¹

Marina Silmann ainda defende que em relação aos direitos patrimoniais é necessário que haja representação ou assistência, já que exigem maior segurança jurídica, visto que envolve diretamente terceiros.

Desta forma, observa-se que apesar da Constituição Federal atribuir ao menor o status de sujeito de direito com autonomia, o CC/02 limita sua capacidade e o seu direito de gozo da sua personalidade, visto que adota uma teoria etária, não reconhecendo a situação do menor como sujeito em desenvolvimento.

¹SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. 2017. 145 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Cap. 4.

1.1 Evolução do Direito da criança e do adolescente no Brasil

No Brasil, antes da vigência da Constituição Federal, a situação da Criança e do Adolescente era resguardada pelo Código dos Menores, promulgado em 10 de outubro de 1979. Este Código não englobava em seu texto legal, todas as crianças e adolescentes, regulando assim, apenas as em situações irregulares.

O Código dos Menores de 1979 legislava acerca das crianças desassistidas, abandonadas e acerca do menor infrator. Cabe salientar que o Código dos Menores não reconhecia as Crianças e Adolescentes, em seu todo, como sujeitos de direito. Mas sim, legislava sobre uma parcela da sociedade que era preocupação do Estado.

Assim, a situação da Criança e do Adolescente, no Brasil, por muito tempo foi negligenciada, tutelando apenas assim, as crianças e adolescentes que estavam em situação irregular. Este termo “menor em situação irregular” foi trazido no Código de Menores e absorvido na sociedade. Entende-se por menor em situação irregular as crianças e adolescentes abandonadas, desassistidas e menores infratores.

Desta forma, diante dessa situação nasceu, no Brasil, o Movimento Criança Constituinte, que consistia em uma união de pessoas e entidades, que se movimentavam a fim de garantir que as crianças e aos adolescentes fossem tuteladas na Constituição Federal que estava para ser redigida e promulgada.

Destarte, o Movimento Criança Constituinte defendia o direito ao voto para crianças e adolescentes na idade de 16 anos. No entanto, eram contra a diminuição da maioridade penal, visto que possuíam o entendimento que a criança e o adolescente eram pessoas em desenvolvimento, portanto com condições reais de recuperação.

Dessa forma, a Constituição Federal promulgada em 1988, trouxe em seu artigo 227,² a obrigação da Família, sociedade e Estado de zelar e observar o princípio do melhor interesse da criança. Desta forma, passando a criança e o adolescente a serem sujeitos de direito. Neste sentido, o art. 227 da CF/88:

²BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 07 de maio de 2022.

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.

Desse modo, Dalmo de Abreu Dallari afirma que a Constituição Federal de 1988 conferiu às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direito, através da Doutrina da Proteção Integral. Esta doutrina tem como cerne três pilares, quais sejam: criança e adolescente são sujeitos de direito, destinatários de absoluta prioridade e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Ainda, neste mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci preceitua:

Neste dispositivo faz-se a concentração dos principais e essenciais direitos da pessoa humana, embora voltados, especificamente, à criança e ao adolescente. Evidencia-se o comando da absoluta prioridade, que alguns preferem denominar como princípio. Parece-nos, entretanto, um determinismo constitucional, priorizando, em qualquer cenário, a criança e o adolescente. Sob outro prisma, cria-se a imunidade do infante acerca de atos prejudiciais ao ideal desenvolvimento do ser humano em tenra idade. É a proteção integral voltada à negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.³

Assim, com a consolidação da Doutrina da Proteção Integral, todas as crianças e adolescentes passaram a ser tutelados pelo Estado Brasileiro, inibindo assim, em tese, qualquer discriminação quanto ao tratamento legal dado à estas crianças e adolescentes.

Dessarte, é palpável perceber que a promulgação da Constituição trouxe para a realidade das crianças e adolescentes a maior segurança e maior tutela de seus direitos. Assim, com o advento da Constituição Federal, a evolução dos direitos das crianças e adolescentes estão sendo assegurados.

1.2 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Assim como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente, vigente desde 13 de julho de 1990, tem como cerne o princípio do melhor interesse do menor. Nesse sentido, no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o direito ao respeito decorre na inviolabilidade

³NUCCI, Guilherme de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente** - Comentado. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/>>. Acesso em: 23 de maio de 2022. p. 24.

da criança e do adolescente, seja ela física, psíquica e moral, englobando a preservação da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.⁴

Assim, cumpre salientar que o Estatuto da Criança e do adolescente confere aos menores o respeito aos seus valores, crenças e ideias. Desta forma, garantindo, em tese, o exercício de sua personalidade, como bem preconiza Luiz Fernando de França Romão⁵.

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece a situação peculiar de pessoas em desenvolvimento. Desta forma, trazendo a obrigação para o Estado, Sociedade e Família de zelar pela infância dessa criança. Reconhecendo assim, a criança e o adolescente como sujeito de direitos.

Desta forma, com o advento da Constituição Federal do Brasil em 1988 a Doutrina da Proteção Integral foi consagrada pela CF/88 e regulamentada no ECA, assim, passando a criança e o adolescente a serem sujeitos de direito.

1.3 Convenção Internacional dos Direitos das Crianças

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁶ ratificada por 196 países, inclusive o Brasil, entrou em vigor no dia 02 de setembro de 1990. Ressalta-se que esta Convenção, para o Direito brasileiro tem status supralegal. Por status supralegal entende-se que a Convenção está acima das leis infraconstitucionais, mas, entretanto, submissa a Constituição da República.

Esta convenção, em seu primeiro artigo, define que criança é toda pessoa menor de 18 anos. Desta forma, na legislação Brasileira, estão abarcados por esta Convenção as crianças e adolescentes.

Na segunda parte do artigo 2, dispõe que o Estado tem o dever de proteger a criança contra todas as formas de discriminação ou punição em função da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares

⁴BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 05 de maio de 2022

⁵ROMÃO, Luís Fernando de França. **A Constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016

Ainda, como preceitua Maria de Fátima de Sá, Diogo Luna Moureira e Andreza Cássia da Silva Conceição, no artigo Entre o Nascer e o Morrer: O caso do menino Francisco e a ressignificação das questões relacionadas ao fim da vida na Colômbia, a convenção prioriza e tem como cerne o princípio do melhor interesse da criança. Nesse sentido a Convenção dispõe:

Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.⁵

Ademais, a respeito da autonomia progressiva, que irá ser explicada no capítulo 4, a Convenção, em seu artigo 5º, reconhece este princípio à criança e adolescente:

Os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando aplicável, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores legais ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, para proporcionar-lhe instrução e orientação adequadas, de acordo com sua capacidade em evolução, no exercício dos direitos que lhe cabem pela presente Convenção.⁷

Desse modo, em relação ao art. 5º da Convenção, o exercício da autonomia progressiva não é proporcional ou dependente da idade da criança, mas sim diretamente proporcional às capacidades das crianças. Neste sentido, Marina Sillmann, afirma que o art. 5º da referida Convenção não estabeleceu critério etário para o exercício da autonomia progressiva, apenas destacou que o exercício desta deve estar atrelado e adequado à capacidade das crianças.⁸

Assim, percebe-se que a Convenção dispõe que os responsáveis pela criança têm o dever de orientá-las e instruí-las, de acordo com a sua capacidade em evolução, para que estes menores possam exercer seus direitos.

2.4 Poder Familiar

No Código Civil de 1916, o Pátrio Poder era regulamentado no art. 380, trazia que durante a vigência do casamento, o Pátrio Poder competia ao marido as tomadas

⁷BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1990). Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção Sobre Os Direitos da Criança**. Brasília,

⁸SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **Competência e Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes**. 1. ed.: Editora D'Plácio, 2019. p. 100.

das decisões. No parágrafo único do mesmo artigo, assegurava que caso houvesse divergência entre os pais, a vontade do marido prevaleceria.

De acordo com Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) “a *pátria potesta* era uma prerrogativa exclusivamente paterna e servia a beneficiar seu titular”. Desta forma, com a evolução da sociedade e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que assegurou aos homens e mulheres igualdade constitucional, ocorreu a troca do termo pátrio por familiar.

Assim, de acordo com Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, o poder familiar é: “a autoridade jurídica dos pais sobre os filhos menores no propósito de preservação e promoção dos interesses destes, esta é a compreensão relativamente recente do instituto”⁹.

Para Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, o uso do termo “poder” é inadequado, visto que os pais não exercerão com os filhos “imposições arbitrárias fundadas em considerações próprias, alheias ao que interessa ao menor”. No entanto, as tomadas de decisões realizadas pelos pais devem ser a favor do filho.

Neste mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo diz que o termo mais adequado é a nomenclatura autoridade parental:

(...) julgamos mais adequada a nomenclatura autoridade parental, por melhor refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir preponderantemente uma carga de deveres do que de poderes, para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha a estruturação biopsíquica adequada. O vocábulo autoridade é o mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a ideia de função, e ignorar a noção de poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade.¹⁰

Com este entendimento, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior compreendem que é proficiente para ressaltar que estes deveres que os pais possuem sobre os seus filhos tem como objetivo “a promoção efetiva de uma autônoma constituição pessoal dos filhos, sendo este, inclusive, o preciso limite do exercício deste *munus* jurídico”¹¹.

⁹ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR. Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 447.

¹⁰LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 269

¹¹ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. op. cit., p. 448.

Assim, o poder familiar previsto, segundo Marina Sillmann, no art. 229 da Constituição Federal de 1988, no art. 1634 Código Civil de 2002 e no art. 22 do Estatuto da Criança e Adolescente. Assim, pode-se dizer que o Poder familiar é conjunto de direitos e obrigações dos pais em relação aos filhos menores. Neste sentido, Marina Sillmann:

Os deveres dos pais, de criação e educação, têm a função de preparar o filho para a sua autonomia e o consequente desenrolar de sua personalidade. Tais deveres se definem a partir da concepção da doutrina de proteção integral de que a criança é sujeito ativo do seu processo de desenvolvimento, merecedora de respeito, e que no cumprimento de tais deveres devem os pais considerarem o real interesse de seus filhos a fim de formarem pessoas livres e autônomas.¹²

Desta forma, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consolidação da Doutrina da Proteção Integral, os pais têm o dever de decidir pelo filho, observando o princípio do melhor interesse da criança.

Para Marina Sillmann, citando Aranzazau Bartolome Tutor, “o exercício do poder familiar, segundo Tutor (2015), deve se dar de forma a conciliar cuidado, assistência e o desenvolvimento progressivo da criança”. Assim, é possível perceber que “o limite do poder familiar para exercer os atos relativos aos direitos da personalidade de crianças e adolescentes consistiria na possibilidade concreta na atuação de seus titulares”.¹³

Neste mesmo seguimento, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012), afirmam que como as crianças e adolescentes se tornaram sujeitos de direito, eles ocupam uma posição ativa na relação parental, como promotores da sua própria formação pessoal. Desta forma, o poder familiar deve ser exercido a fim de respeitar e respaldar a autonomia progressiva das crianças e adolescentes.

¹²SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes:** um necessário diálogo entre biodireito e o direito fundamental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.p.76.

¹³Ibid, p.80.

2. BIOÉTICA, BIODIREITO E O DIREITO DE MORRER

A Bioética surgiu, de acordo com Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato¹⁴, com a necessidade de acompanhar o avanço da ciência e medicina. No mesmo passo em que o Biodireito surge para regulamentar condutas complexas, trazendo assim mais segurança jurídica.

Por conduta complexa, entende-se por questões ligadas a autonomia do paciente, a questões ambientais, a ética nas pesquisas científicas, a biomédicas e ecológicas, são as questões principais tuteladas por estes conceitos.

Ainda, após a Segunda Guerra Mundial, onde ocorreu várias atrocidades quanto ao uso da medicina, foi promulgado o Relatório Belmont, pela **Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos de Pesquisa Biomédica e Comportamental**¹⁵ (tradução nossa), que discorria a respeito dos princípios da bioética, quais sejam: beneficência, não maleficência, autonomia, justiça e responsabilidade.

De acordo com Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato¹⁶ “o estudo bioético tem por objetivo desenvolver argumentos racionais, que fundamentem valores e princípios envolvidos, bem como, a partir dessa argumentação, traçar recomendações para a solução dos problemas” Assim, os autores concluem que “a Bioética trabalha em uma vertente teórica e outra vertente prática, voltada para o exercício das Ciências Biológicas e a formulação de políticas públicas”.¹⁷

Já o Biodireito, para Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato, tem o método dogmático, apesar de utilizar do conhecimento zetético para a sua elaboração. As soluções que ele propõe devem partir de análise do caso concreto, porém balizam-se em dogmas a norma¹⁸. Por conhecimento zetético entende-se como método de investigação.

Desta forma, faz-se necessário o uso da Bioética e Biodireito no cotidiano do indivíduo de Direito, visto que as questões relacionadas aos conceitos estão sempre em evolução e presentes no dia a dia das pessoas.

¹⁴SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

¹⁵National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research.

¹⁶SÁ, op. cit., p.19.

¹⁷Ibid., p.19.

¹⁸Ibid., p.9.

Assim, Bioética e Biodireito são conceitos indissociáveis para garantir ao sujeito de direito o gozo de uma vida boa, com dignidade e autonomia. Desse modo, a Bioética e o Biodireito estão atrelados ao direito de morrer com dignidade, visto que vai ao encontro da vida digna e com autonomia.

2.1 A diferença entre bioética e o biodireito

De acordo com Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato, "a bioética surge como corolário do conhecimento biológico, buscando conhecimento a partir do sistema de valores"¹⁹. Assim, os autores definem Bioética como "a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esses e outros seres vivos".²⁰

Já o Biodireito, de acordo com Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, "concebemos o biodireito como conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida".²¹

Sendo assim, é notória a diferença deles, como mesmo preceitua Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato:

"O Biodireito possui um procedimento dogmático. Há normas de Direito positivo que fornecem uma estrutura de soluções intrassistêmicas. Já a Bioética faz questionamento transdisciplinares, abertos, infinitos, ainda que partindo de premissas provisórias e precárias."²²

No entanto, apesar de haver diferenças entre o Biodireito e Bioética, os dois convergem no sentido de garantir o exercício da dignidade humana, da autonomia e personalidade. Neste sentido, Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato:

Assim, embora guardem diferenças, Bioética e Biodireito seguem juntos. O Direito não se limita ao discurso legal. A força da norma é uma força da realidade. E esse pressuposto também se encontra na Bioética, pelo efeito **juridicizante** que já expomos. E a função maior de ambos é a proteção dos

¹⁹SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p.1.

²⁰Ibid., p.6.

²¹REIS, Mariana Costa. **Entenda como o biodireito funciona na prática e sua relação com a bioética**. 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/biodireito/>. Acesso em: 09 maio 2022.

²²SÁ, op. cit., p. 12.

direitos fundamentais, ainda que utilizem técnicas distintas de abordagem, que ao final, sem sombra de dúvidas se complementam socialmente.²³

Ainda, há diferença nestes conceitos quanto aos seus princípios. De acordo com Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato, os princípios do Biodireito são precaução, autonomia privada, responsabilidade e dignidade. Já os princípios da Bioética são Beneficência, não maleficência, autonomia, justiça e responsabilidade.

Desta forma, sobre os princípios da Bioética, o da beneficência, conforme Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato, “impõe ao profissional da saúde ou biólogo o dever de dirigir esforços no sentido de beneficiar o ser pesquisado”²⁴. Assim, o que difere o princípio da beneficência do princípio da não maleficência, de acordo com o Relatório Belmont, é que o princípio da beneficência é voltado para a ação, e o princípio da não maleficência é a omissão, ou sejam não fazer o mal, conforme ensina Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato.²⁵

Já o princípio da autonomia, segundo Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato, “pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade para se autogovernar. Assim, de modo livre e sem influência externas, preceitua-se o respeito pela capacidade de decisão e a ação do ser humano.”²⁶ Alinhado, desta forma, com a legislação brasileira. O princípio da justiça, conforme ensina Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato, “refere-se ao meio e fim pelo qual se deve dar toda intervenção biomédica, isto é, maximizar os benefícios com o mínimo de custo”²⁷. Os autores pontuam que “mínimo de custo” não se refere apenas ao lado financeiro, mas também aos custos sociais, emocionais e físicos.

Outrora, à respeito dos princípios do biodireito, tem-se que o princípio da precaução possibilita maior segurança, evitando assim um mal sério e irreversível, conforme ensinamentos de Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato.²⁸ O princípio da autonomia privada, segundo Francisco Amaral é “o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, forma e os efeitos”²⁹.

²³SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p.1.

²⁴Ibid., p. 25.

²⁵Ibid., p. 26.

²⁶Ibid., p. 26.

²⁷Ibid., p. 27.

²⁸Ibid., p. 29.

²⁹AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

O princípio da responsabilidade tem como objetivo assegurar o dever jurídico, desta forma obriga a pessoa a satisfazer com as obrigações ou a suportar as responsabilidades provenientes de sua ação. Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato ensinam que o princípio da precaução e o princípio da responsabilidade convergem, no entanto possuem ações diferentes, já que o princípio da precaução tem como objetivo evitar consequências mais graves e o princípio da responsabilidade tem como objetivo responsabilizar os autores da conduta lesiva.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988, conforme Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato, “é a garantia de pleno desenvolvimento dos vários aspectos da pessoa”³⁰. Os autores ainda complementam que, o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicado apenas no cenário em que há igualdade e liberdade. Assim, caso opte-se por valorar o coletivo, não se pode ferir a dignidade do indivíduo.

Sendo assim, é perceptível que apesar de Biodireito e Bioética serem conceitos diferentes, eles possuem semelhanças quanto às garantias que propõem. Assim, pode-se concluir que para a evolução do mundo médico, estes conceitos se tornam essenciais para resguardar os direitos intrínsecos à personalidade, garantindo assim que o princípio da dignidade humana não seja desrespeitado.

2.2 Direitos da Personalidade

O artigo 2º do Código Civil traz que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Desta forma, o direito da personalidade é inerente ao indivíduo. Carlos Roberto Gonçalves preconiza que há o direito da personalidade inato e os adquiridos. Um exemplo de direito da personalidade inato é o direito à vida.

Para Marina Sillmann:

Os direitos da personalidade são direitos voltados para a construção da personalidade do sujeito e atingem, principalmente, os bens jurídicos de seu titular. Em razão dessa dinâmica, se mostra incompatível o sistema de substituição ou de adição de vontades da representação e da assistência.³¹

³⁰SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno de Oliveira Naves. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p.31.

³¹SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO POR CRIANÇAS E POR ADOLESCENTES**. 2017. 145 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.p. 128.

Os Direitos de personalidade, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no Código Civil de 2002, nos artigos 11 a 21, são de acordo com Maria de Fátima de Sá e Diogo Luna Moureira “aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da individualidade humana, assim possibilitando o exercício de uma vida digna.”³²

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “O grande passo para a proteção dos *direitos da personalidade* foi dado com o advento da Constituição Federal de 1998, que expressamente a eles se refere no art. 5, X”³³. Assim, o referido artigo regulamenta: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Para Paulo Lôbo, “os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana no âmbito civil”.³⁴

Dessa maneira, são características do Direito da Personalidade a intransmissibilidade e irrenunciabilidade, absolutismo, não limitação, imprescritibilidade, impenhorabilidade, não sujeição a desapropriação e vitaliciedade.

Como bem preconiza Carlos Roberto Gonçalves:

A vida humana é o bem supremo. Preexiste ao direito e deve ser respeitada por todos. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e no suporte dos demais direitos. Sua existência põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nessa condição. O direito à vida deve ser entendido como o **direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos**³⁵.

Assim, passível de entendimento que o regulamento pátrio defende e protege a vida em seu todo, ou seja, defende que a vida seja desfrutada com dignidade e autonomia.

³²SÁ, Maria de Fátima de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia Para Morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2015. p. 47.

³³GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 32.

³⁴LÔBO, Paulo Luiz N. **DIREITO CIVIL: PARTE GERAL: VOLUME 1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593433/.p>>. Acesso em: 25 de maio de 2022. p. 60.

³⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 210.

2.3 O exercício do Direito da Personalidade - O Direito de Morrer

Na contramão do entendimento do direito à vida digna, tem-se criminalização da eutanásia no Brasil. Segundo Bruno Torquato e Maria de Fátima de Sá a eutanásia é:

a nomenclatura eutanásia vem sendo utilizada como ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte e pessoa que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença e sem perspectiva de melhora-produzida por médico, com o consentimento daquela.³⁶

No Brasil, como dito, há a criminalização da eutanásia, visto que o art. 121, § 1º do Código Penal, regulamenta, em sua primeira parte “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral...”. Assim, na legislação brasileira a eutanásia não é necessariamente praticada por médico. A eutanásia para a legislação brasileira é homicídio privilegiado, quando praticado tem sua pena reduzida de um sexto a um terço.

Apesar do Código Penal brasileiro ainda criminalizar a eutanásia, houveram projetos para regulamentar e descriminalizar a prática da eutanásia em território brasileiro, como por exemplo o projeto da Primeira Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro de 1993, como expõe Maria de Fátima de Sá e Diogo Luna Moureira, o ante projeto incluía o § 6º do art. 121:

§6º Não constitui crime a conduta de médico que omite ou interrompe terapia que mantém artificialmente a vida de pessoas, vítima de enfermidade grave e que, de acordo com o conhecimento médico atual, perdeu irremediavelmente a consciência ou nunca chegará a adquiri-la. A omissão ou interrupção de terapia devem ser precedidas de atestação, por dois médicos, da iminência e inevitabilidade da morte, do consentimento expresso do cônjuge, do companheiro em união estável, ou na falta, sucessivamente do ascendente, do descendente ou do irmão e de autorização judicial. Presume-se concedida a autorização, se feita imediata conclusão dos autos ao juiz, com condições exigidas, o pedido não for por ele despachado no prazo de três dias.³⁷

Ainda, de acordo com Maria de Fátima de Sá e Diogo Luna Moureira, houveram outras tentativas de alteração no Código Penal Brasileiro, mas nenhuma indo para frente, ficando desta forma, estagnada no Congresso Brasileiro. Ressaltam estes

³⁶SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno de Oliveira Naves. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.p. 281.

³⁷SÁ, Maria de Fátima de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia Para Morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2015. p. 192.

autores em relação à todas as reformas sugeridas “os textos são claros ao referirem, somente, a sofrimento físico, não estando incluindo, qualquer tipo de sofrimento psíquico”.³⁸

Em 2016, o Conselho Federal de Medicina, regulamentou através da Resolução CFM 1805 a prática da ortotanásia. No artigo 1º da referida Resolução dispõe que a ortotanásia é a permissão concedida ao médico para limitar ou suspender os procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do enfermo em fase terminal, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

É palpável que o Conselho Federal de Medicina está tentando assegurar ao paciente o seu direito à autonomia e à liberdade individual, visto que além desta resolução vigente desde 2016, em 2009 o novo Código de Ética Médica, regulamenta, de acordo com Sá e Luna:

No capítulo I, que se trata dos princípios Fundamentais, o item XXII assim afirma: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.”³⁹

Assim, o referido Código em seu Capítulo IV “Direito Humanos” traz vedações ao médico, em seu artigo 24 “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.”⁴⁰ No entanto, a prática da eutanásia é vedada no Código de Ética Médica, em seu artigo 41, “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”.⁴¹ Apesar de regulamentar, em relação à doenças terminais ou incuráveis no mesmo artigo, no parágrafo único:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.⁴²

³⁸SÁ, Maria de Fátima de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia Para Morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2015. p. 192.p. 193

³⁹Ibid., p. 198.

⁴⁰CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica: confiança para o médico, segurança para o paciente. Resolução CFM Nº 1931/2009: **Conselho Federal de Medicina**, Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novocódigo/integra.asp>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

⁴¹Ibid., p. 41.

⁴²Ibid., p. 41.

Pode-se desprender que ao médico é vedado oferecer tratamentos inúteis na solução do problema de saúde do paciente. Entretanto é obrigação do médico oferecer tratamento paliativo ao enfermo.

Apesar do Código de Ética Médica assegurar ao paciente em seu artigo 24 o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, o artigo 31 dispõe: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de se decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”. Desta forma, Maria de Fátima de Sá e Diogo Luna Moureira concluem que “O Código de Ética Médica, ao autorizar o médico a desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal em caso de risco iminente de morte viola o direito à liberdade individual, garantido constitucionalmente”⁴³.

Na esfera Civil, portanto, o direito à vida é um dos direitos da personalidade. Assim, como a maioria destes direitos, é irrenunciável, indisponível, como bem preconiza Paulo Lôbo “é incompatível com o ato contra a vida”. No entanto, no regulamento brasileiro é previsto apenas em um único caso a limitação ao direito à vida. No art. 5º, XLVII, a da CF/88 é prevista a pena de morte em caso de guerra declarada.

Entretanto, o mesmo diploma legislativo tem como fundamento a dignidade humana, como bem assegura o art. 1º, III, da CF/88:

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: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Desta forma, é possível entender que a legislação brasileira não só assegura o direito à vida, mas sim um direito à vida digna, vivida com autonomia e liberdade, visto que são princípios e direitos constitucionais. Como bem preceitua Vicente Paulo Marcelo Alexandrino:

Não se resume o direito à vida, entretanto, ao mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual quanto material

⁴³SÁ, Maria de Fátima de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia Para Morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2015.p. 198.

(garantia do mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático).⁴⁴

Assim, pode-se concluir que ao regulamentar o direito de morrer seria garantido o exercício do direito de personalidade, na sua forma mais completa e digna, visto que estaria respeitando o princípio da autonomia da vontade, o direito à dignidade humana e o direito à liberdade individual.

⁴⁴PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. São Paulo/SP: Método, 2015. p. 165.

3. AUTONOMIA PROGRESSIVA

Como bem preconiza Marina Carneiro Matos Sillmann, o princípio da autonomia privada é a liberdade da pessoa de poder escolher e arcar com as consequências destas escolhas. No âmbito do menor, esta autonomia quando exercida recebe o nome de autonomia progressiva, já que crianças e adolescentes são sujeitos em desenvolvimento, como dispõe o artigo 6º do Estatuto da Criança e adolescente:

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.⁴⁵

A autonomia progressiva, como dito anteriormente, está prevista na Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seu 5º artigo. A referida autonomia é, de acordo com Marina Sillmann “Em virtude disto, a autonomia é conferida a estas de forma progressiva, ou seja, em conformidade com as aptidões e habilidades desenvolvidas por cada um”⁴⁶.

A Autonomia Progressiva, de acordo com Marina Sillmann necessita de critérios para ser auferida. Desta forma, dispõe que os critérios são: discernimento, maturidade, responsabilidade para assumirem suas escolhas e a capacidade de raciocínio formal. Neste sentido, Marina Sillmann:

O discernimento representa a possibilidade de compreender a situação e tomar uma decisão consciente das suas consequências. A maturidade consiste na habilidade de controlar impulsos, tolerar dores e frustrações a fim de se atingir determinado objetivo. A responsabilidade cuida da assunção das consequências positivas e negativas do ato praticado. Por fim, a capacidade de raciocínio para antecipar os possíveis acontecimentos futuros da decisão tomada.⁴⁷

Ainda, Sá e Sillmann preconizam que discernimento representa a capacidade que a pessoa possui de compreender a situação exposta e tomar uma decisão consciente dos riscos e possíveis resultados.

⁴⁵BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

⁴⁶SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO POR CRIANÇAS E POR ADOLESCENTES**. 2017. 145 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.p. 138.

⁴⁷ Ibid.. p. 129.

No Código Civil de 2002 é adotada a teoria da capacidade etária, ou seja, a capacidade da pessoa é auferida de acordo com a sua idade. Desta forma, o menor de 16 anos é completamente incapaz e o maior de 16 e menor de 18 é relativamente incapaz.

Pode-se constatar então que o referido Código adota uma atitude paternalista. Para Sillmann, esta atitude em relação à terceiros, em questões patrimoniais, gera uma maior segurança jurídica, trazendo, portanto, legalidade nas relações. No entanto, quando utilizada para exercício da personalidade, acaba por ceifar os menores de usufruir o seu direito ao exercício de personalidade.

Neste sentido, Marina Sillmann:

Conforme visto, a teoria das incapacidades foi pensada para questões patrimoniais, que exigem grande segurança jurídica, mas que não se mostra adequada para as questões existenciais. Nesse sentido, constatou-se uma insuficiência da capacidade civil para exercício dos direitos da personalidade, especialmente, no que tange a questões médicas.⁴⁸

Desta forma, Sillmann conclui que, com este impasse, é necessário que haja outro meio de auferir a capacidade da pessoa no que tange o exercício da personalidade, mais especificamente em relação às questões médicas. Assim, Marina Sillmann conclui que o quesito Competência aparece ser o mais apropriado para auferir a capacidade do indivíduo em relação aos exercícios ao direito de personalidade.

3.1 Competência

De acordo com Marina Sillmann “a competência é um conceito médico, é aplicado em razão da necessidade de verificar se o paciente tomou uma decisão inteligente em seu interesse”⁴⁹. Ainda, para a autora a “competência se mostra como um parâmetro complementar da capacidade, adequado para questões médicas”. Neste sentido, a autora:

⁴⁸SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Entre o nascer e o morrer: o caso do menino Francisco e a resignificação das questões relacionadas ao fim da vida na Colômbia. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.39, p.47-62, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/11/DIR39-03.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2022. p. 102.

⁴⁹Ibid., p. 103.

A autonomia progressiva e a competência são conceitos indissociáveis, pois uma não se efetiva sem a outra. A primeira representaria uma possibilidade ampla de autodeterminação, enquanto que a segunda é a avaliação dessa viabilidade para um ato médico específico. Ademais, os requisitos da autonomia progressiva se mostram pertinentes em razão da necessidade de avaliação do impacto da escolha feita pela criança no seu presente e no seu futuro, já que sua concepção pessoal de vida boa também está em formação.⁵⁰

Para Marina Sillmann aferir a competência de um paciente é complicado, desta forma sugere que é necessário estabelecer critérios para esta tarefa. Os critérios sugeridos pela autora são: os requisitos da autonomia progressiva, discernimento, maturidade, responsabilidade e, ainda, concepção de bem, capacidade de entendimento e comunicação, capacidade de raciocínio e deliberação.

A autora conclui que quando constatada a devida competência da criança e do adolescente, a decisão tomada deve ser respeitada. Assim, quando a competência não for constada, os representantes legais devem tomar a decisão pela criança, sob a ótica do princípio do melhor interesse do menor.

No entanto, Marina Sillmann afirma que apesar da criança e do adolescente não ter a devida competência para tomar certa decisão, a criança e adolescente deve participar da ação decisória.

3.2 Consentimento

O consentimento é a anuência de alguém, para que algo aconteça. No cenário em questão, quando não auferida a devida competência da criança e do adolescente, os responsáveis legais darão o consentimento ou não para o tratamento médico. Ressalta-se que este consentimento deve levar em consideração o princípio do melhor interesse do menor.

Entretanto, o consentimento, de acordo com Mafalda Matos, por ser o exercício do direito à autonomia, só pode ser dado pelo sujeito de direito. Desta forma, os pais que tomam decisões médicas pelos filhos não consentem, mas sim dão autorização. Neste sentido, Marina Sillmann:

Haveria, desse modo, uma substituição necessária pela falta de competência, fundamentada no poder familiar e não uma representação de vontade. Os

⁵⁰SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **Competência e Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.p. 140.

pais devem buscar qual seria a melhor opção que o filho escolheria se assim pudesse fazer (modelo de juízo substituto), ou dentre as opções ofertadas, aquela que melhor atende aos interesses mediados e futuros da criança (modelo dos melhores interesse).⁵¹

Marina Sillmann afirma que caso a decisão dos pais, embasada em religião, possa acarretar na morte da criança, é possível que os médicos iniciem o tratamento sem o consentimento dos responsáveis legais ou uma decisão judicial, visto que é “mais adequado, nesse caso, garantir a autonomia futura da criança do que preservar uma crença que ainda não está consolidada na sua pessoa

Assim, conclui-se que, apesar dos responsáveis legais e a equipe médica poderem tomar decisão pela criança e adolescente, o que deve ser observado é o princípio do melhor interesse do menor e ainda, deve ser preservada a autonomia futura da criança, para que assim, ela possa futuramente decidir por si.

3.3 Colômbia: Irene y Alfredo contra SALUD EPS

A Colômbia é o primeiro e único país Latino-americano a regularizar o direito de morrer. Este direito era destinado apenas aos maiores de idade. Em 2016, os pais de uma criança que era diagnosticada com paralisia cerebral grave desde do nascimento, ajuizou uma ação para que o menino pudesse ser submetido ao procedimento de eutanásia, já regularizado no país para adultos⁵².

O casal tomou esta decisão, visto que com a demora do plano de saúde em fornecer os insumos e o agravamento da doença da criança, os pais entenderam que a existência da criança era difícil, trazendo sofrimento para a mesma. Ressalta-se que devido ao agravamento da doença da criança, os médicos constataram que a criança estava em processo de terminalidade de vida.

A Corte Colombiana ao proferir a sentença, onde estendia o direito à eutanásia às crianças, de acordo com Maria de Fátima Freire de Sá, Diogo Luna Moureira e Andreza Cássia da Silva Conceição “A Corte valeu-se de analogia, aplicando os

⁵¹SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Competência e Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes 1ª Edição: Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019. p. 141.

⁵²SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Entre o nascer e o morrer: o caso do menino Francisco e a ressignificação das questões relacionadas ao fim da vida na Colômbia. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.39, p.47-62, set./dez. 2019.

princípios da igualdade e da não discriminação e a primazia do melhor interesse de crianças e adolescentes para a efetivação do direito fundamental à morte digna”.⁵³

No entanto, apesar de sentenciar concedendo à criança o direito de morrer dignamente, a Corte determinou que o Ministério de Saúde da Colômbia legislasse a respeito do tema levando em consideração quatro questões: a condição de enfermo terminal, a avaliação do sofrimento, a determinação de capacidade para decidir e, consentir de acordo com a idade e o grau de desenvolvimento físico, psicológico e social.

Assim, em 2018 foi emitida a Resolução nº 825 que regulamenta o direito de morrer com dignidade das crianças e adolescentes. A Resolução possui 31 artigos. Nestes artigos, o Ministério da Saúde colombiano delimita e assegura às crianças e adolescentes o direito à morte digna.

Pela Resolução, crianças de zero a doze anos não podem pleitear o procedimento. Também não pode pleitear o procedimento crianças com transtorno psíquico que comprometa sua capacidade de raciocinar. No entanto, as crianças de seis a doze anos, caso seja comprovada que elas possuem desenvolvimento neuro cognitivo e psicológico excepcional, ela poderá pleitear o procedimento. É assegurado as crianças e aos adolescentes que manifestaram a vontade de morrer, o direito de desistência.

A Resolução trata também do pátrio poder, o poder familiar. A criança dos seis até os quatorze anos precisa do consentimento dos responsáveis legais da criança. No entanto, como bem preconiza Maria de Fátima Freire de Sá, Diogo Luna Moureira e Andreza Cássia da Silva Conceição:

Importante ressaltar que a autoridade parental, se manifestada em conflito com o melhor interesse da criança e do adolescente ou se apresentar vícios capazes de afastar a sua validade, como os descritos no art.10. (ausência de condição psicológica, emocional, falta de competência para decidir e síndrome do cuidador cansado) não poderá ser exercida.⁵⁴

Assim, pode-se constatar que a manifestação dos pais está sujeita a avaliações psicológicas, para de certo modo poder auferir a condição emocional e psicológica.

⁵³SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Entre o nascer e o morrer: o caso do menino Francisco e a ressignificação das questões relacionadas ao fim da vida na Colômbia. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.39, p.47-62, set./dez. 2019. p. 4.

⁵⁴Ibid. n. p. 7.

Assim, podendo ser respeitado com mais segurança a vontade da criança e do adolescente.

Desta forma, Sá, Luna e Conceição trazem que quando se trata de terminalidade de vida envolvendo crianças e adolescentes, deve ser construído de maneira compartilhada o princípio do melhor interesse, aplicando em cada caso concreto três critérios sugeridos pelos autores: a) o grau de participação da criança e do adolescente na tomada de decisão, levando-se em conta o seu desenvolvimento neuro cognitivo e psicológico, independentemente da idade; b) a coparticipação dos titulares do poder familiar na tomada de decisão, e c) a orientação técnica multiprofissional com o intuito de se construir uma decisão tecnicamente orientada, com médicos, psicólogos e outros profissionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, é possível perceber que em relação à criança e ao adolescente, no Brasil, ocorreram avanços significativos, quanto ao respaldo jurídico para estes menores. No entanto, é importante ressaltar que apesar da criança e do adolescente terem tido o reconhecimento de sujeitos de direito na Constituição Federal de 1988, estes não possuem, de certa forma, autonomia para desfrutar destes direitos.

Tanto a Constituição de 1988, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecem que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento. Com esta constatação, Marina Sillmann entende que para auferir a capacidade da criança e do adolescente é necessário que seja considerada a autonomia progressiva. A Convenção sobre os Direitos das Crianças já legisla sobre esta autonomia.

Entretanto, apesar da evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes, estes não podem usufruir em seu todo da sua condição de sujeito de direito, um dos principais exemplos quanto a esta delimitação é a ausência do direito à recusa de tratamento médico por criança e adolescente, encontrando este entrave no Código Civil de 2002, que emprega a teoria da capacidade etária.

A respeito do direito de morrer, no Brasil, é tutelado pela Constituição Federal o direito à vida. Desta forma, subentende-se que este direito seria absoluto. No entanto, o próprio dispositivo legal traz o princípio da dignidade humana, o princípio da autonomia. Assim, é plausível deduzir que o direito à vida deve estar atrelado a estes princípios.

Desta forma, pode-se constatar que, apesar da eutanásia ser criminalizada no Brasil, há respaldo constitucional para a sua eventual legalização, visto que apesar do direito à vida ser, quase sempre, absoluto, o Estado Brasileiro, em tese, garante ao sujeito de direito o desfrute da vida boa.

Assim, há vários projetos de leis estagnados no Congresso, visando a regulamentação da eutanásia. O próprio Conselho Federal de Medicina vem trazendo resoluções que são revolucionárias quanto ao tema. Entretanto, é necessário um avanço no tema, para que desta forma os princípios constitucionais sejam respeitados.

Assim, é claro e possível perceber que a Constituição Federal de 1988 assegura ao adulto a autonomia para tomar decisões acerca do seu corpo, exercendo,

assim, o direito à personalidade por completo. A criança e o adolescente então teriam certa autonomia sobre o seu corpo, visto que possuem o status de sujeito de direito e de pessoa em desenvolvimento.

Sendo assim, quanto à situação da autonomia das crianças e dos adolescentes acerca do seu corpo, é importante reflexão, visto que há princípios constitucionais que asseguram a estas pessoas a sua individualidade, liberdade e certamente sua autonomia progressiva. Desta forma, conclui-se que existe a viabilidade jurídica de conferir às crianças e aos adolescentes a autonomia progressiva para tomada de decisões acerca de sua personalidade, inclusive acerca do direito de morrer, considerando a situação peculiar da criança e do adolescente quanto pessoa em desenvolvimento. Desse modo, em consonância com a autora Marina Sillmann, caso seja constata a competência da criança e do adolescente, esta poderá recusar o tratamento médico, assim consagrando a Doutrina da Proteção Integral do Menor.

Referência Bibliográficas:

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR. Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

_____. **Código civil de 10 de janeiro de 2002**. institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

_____. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

CÓDIGO de Menores: os crimes e os castigos na adolescência brasileira. Brasília, 2017. Son., color. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/tv/programas/senado-na-historia/2017/04/codigo-de-menores-os-crimes-e-os-castigos-na-adolescencia-brasileira>>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: confiança para o médico, segurança para o paciente. Resolução CFM Nº 1931/2009.: Conselho Federal de Medicina, Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito Civil: Parte Geral (Volume 1)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593433/>>. Acesso em: 24 de maio de 2022.

_____. **Direito Civil: Parte Geral (Volume 1)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593433/>>. Acesso em: 29 de maio de 2022.

NUCCI, Guilherme de S. Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/>>. Acesso em: 23 de maio de 2022.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <<https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/direito-constitucional-descomplicado-14c2aa-edic3a7c3a3o-2015.pdf>>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14^a ed. São Paulo/SP: Método, 2015. Disponível em: <<https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/direito-constitucionaldescomplicado-14c2aa-edic3a7c3a3o-2015.pdf>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

REIS, Mariana Costa. **Entenda como o biodireito funciona na prática e sua relação com a bioética**. 2020. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/biodireit>>. Acesso em: 09 maio 2022.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **A Constitucionalização dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016

SÁ, Maria de Fátima de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia Para Morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Entre o nascer e o morrer: o caso do menino Francisco e a ressignificação das questões relacionadas ao fim da vida na Colômbia. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.39, p.47-62, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/11/DIR39-03.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodieito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **Competência e Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácio, 2019.

_____. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. 2017. 145 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.