

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra *Direito Civil Constitucional*, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro *Temas de Direito Civil*, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

**O DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA: UMA VISÃO CIVIL
CONSTITUCIONAL DA EUTANÁSIA EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES.**

**FUNDAMENTAL RIGHT TO WORTHY DEATH: CONSTITUTIONAL CIVIL
ANALYSIS OF EUTHANASIA AND THE POSSIBILITY OF THEIR
DEMONSTRATION FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS.**

Pedro Henrique Menezes Ferreira

Resumo

O presente trabalho tem como tema central o direito fundamental à morte digna a partir da visão constitucional da eutanásia. Pretende-se verificar como se dá a efetivação normativa da autonomia privada como elemento fundante do direito de morrer. O problema está em investigar a autonomia e o discernimento para, no segundo momento, enfrentar a questão da viabilidade de estender o reconhecimento do direito de morrer àqueles que, a exemplo de crianças e adolescentes, foram catalogados como civilmente incapazes. Ficando compreendido que o exercício da autonomia prescinde a capacidade para discernir e formar condutas autorreferentes, constatou-se que os predicados necessários ao exercício da autonomia privada devem ser analisados caso a caso, inexistindo uma idade do consentimento ou da capacidade. Uma vez constatado o desenvolvimento psíquico suficiente, deve-se, independentemente da idade, possibilitar o exercício de iguais liberdades de atuação, ainda que o exercício da autonomia privada resulte na morte do titular do direito de manter-se vivo.

Palavras-chave: Direito civil constitucional, Direito fundamental à morte digna, Autonomia privada, Capacidade civil, Eutanásia, Crianças e adolescentes.

Abstract/Resumen/Résumé

This work is focused on the fundamental right to a dignified death from the constitutional vision of euthanasia. The aim is to study how effective the rules of private autonomy as the fundamental element of the right to die. The problem is to investigate the autonomy and the insight to in the second time, address the issue of feasibility of extending the recognition of the right to die to those who, like children and adolescents, were cataloged as civilly incapable. It being understood that the exercise of autonomy does without the ability to discern and form self-referential behavior, it was found that the predicates necessary for the exercise of private autonomy must be examined individually, the absence of an age of consent or capacity. Once found enough psychic development, it should be, regardless of age, enabling the exercise of equal performance of freedoms, and that the exercise of private autonomy results in the death of the holder of the right to stay alive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional civil law, Fundamental right to death worthy, Private autonomy, Civil capacity, Euthanasia.

1 INTRODUÇÃO

Hannah Jones estampou as manchetes dos principais veículos de comunicação em 2008. A notoriedade da adolescente inglesa, que à época tinha 13 anos de idade, ocorreu em razão da recusa por ela manifestada de fazer um transplante de coração. Na avaliação dos médicos, o procedimento seria essencial para a manutenção da vida da paciente.

Aos 5 anos de idade, Hannah fora diagnosticada com um tipo raro de câncer - leucemia mieloide aguda. As drogas utilizadas no tratamento da doença ocasionaram uma pré-falência do coração, exigindo a implantação de um marca-passo e um transplante cardíaco. Mesmo ciente de que o transplante seria a única opção apta a prolongar sua vida, Hannah manifestou-se contrária à realização da cirurgia. Ela afirmou sua vontade de descontinuar o tratamento médico e de voltar a viver na companhia de seus familiares e longe do hospital. A decisão foi tomada após a adolescente avaliar a potencialidade de cura e os efeitos colaterais decorrentes do transplante. Inexistindo fundamento legislativo apto para justificar a decisão de Hannah, a decisão pela realização ou não do transplante dependia da manifestação da vontade dos pais da menor, que acabaram por ratificar o desejo da filha.

Provém também da Inglaterra a notícia de outra recusa de tratamento médico manifestada por um civilmente incapaz. Na edição de 18 de fevereiro de 2014, o *Jornal Extra* publicou a história do adolescente Reece Puddington. Com 11 anos de idade, ele utilizou o *facebook* para informar a seus seguidores sobre a decisão de interromper seu tratamento de seis anos contra um tipo de câncer conhecido como neuroblastoma. Depois de elaborar uma lista de ‘últimos desejos’ e provocar grande comoção nas redes sociais, o adolescente optou por ir para casa e viver na companhia dos pais. A decisão de Reece foi manifestada nos seguintes termos:

O COMEÇO DO FIM... Como vocês sabem, após receber os últimos resultados de meus exames, eu fui enviado para casa para descansar e pensar sobre as duas opções possíveis... Eu poderia optar por outra avaliação médica, mas isso significaria viajar para o hospital e lidar com os efeitos colaterais das medicações e também poderíamos esperar estender a minha vida, ou... Eu poderia simplesmente não fazer nada, ficar em casa e deixar a natureza seguir seu curso, o que me levaria a perder a vida um pouco mais cedo do que se eu tivesse em tratamento (...) minha mãe sempre pensou, nos últimos 5-6 anos, quando ela deveria ter a coragem de saber quando ‘basta’ fosse ‘basta’. Após cuidadosa consideração, minha mãe percebeu que se fosse por ela, ela continuaria a me levar para o tratamento e não me perderia... mas se fosse por mim, ela me deixaria partir. Bem, ela está me deixando partir. (EXTRA, 2014).

Diariamente pessoas como ‘Hannah’ e ‘Reece’ imploram que lhes seja amenizado o sofrimento irremediável pela via da morte. Outros tantos, já desacreditados pelo estágio de evolução da doença, manifestam o desejo de interromper um tratamento médico e, com isso, cessar a batalha contra a enfermidade. É incontável o número de famílias que, solidárias ao sofrimento de parentes em estado vegetativo persistente, mantidos vivos em decorrência de aparelhos encarregados da respiração ou da nutrição artificial, clamam para que seja autorizada a eutanásia.

A efemeridade da vida instiga a formulação de múltiplos questionamentos, como: Existe uma liberdade de morrer? Direito à vida ou dever de se manter vivo? Direito ou dever ser medicamente tratado? Embora o debate acerca da existência ou não do direito de morrer não esteja cronologicamente situado como um dilema contemporâneo – haja vista se tratar de uma prática milenar –, parece não existir, até o momento, um consenso (social, jurídico, filosófico, médico e ético) sobre a legitimidade da opção pela eutanásia. O grande desafio está em estabelecer uma efetivação constitucional do direito fundamental à morte digna.

Com amparo na afirmação do princípio constitucional da liberdade, parte da doutrina nacional reconhece o ‘direito de morrer’ como exercício racional da autonomia de indivíduos adultos e dotados de plena capacidade.

Como no Brasil o reconhecimento da capacidade plena restou condicionado ao requisito da idade cronológica, a questão que emerge é a seguinte: tendo sido assegurado o direito fundamental à morte digna, pode a referida faculdade ser estendida àqueles que, a exemplo de crianças e adolescentes, foram classificados como legalmente incapazes? A capacidade para consentir e exercer a autonomia no que se refere às questões existenciais situadas nos confins da vida vai ficar condicionada à idade cronológica do paciente terminal?

O problema está lançado. Porém, seu enfrentamento vai se dar ao longo deste trabalho. A relevância do objeto de pesquisa, aliada à necessária interdisciplinaridade da matéria, é terreno fecundo para o advento de questionamentos, dissidências e controvérsias que serão analisadas a partir dos valores constitucionalmente reconhecidos da autonomia, dignidade, liberdade, igualdade e do respeito à diferença.

2 AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE MORRER E A EXPERIÊNCIA LEGISLATIVA BRASILEIRA NO QUE SE REFERE À REGULAMENTAÇÃO DA EUTANÁSIA.

O primeiro registro do emprego do termo ‘eutanásia’ data do século II d.C em passagem atribuída ao historiador Suetônio, que utilizou a expressão para descrever a morte do imperador Augusto.

Passagens históricas e filosóficas demonstram que, em certos períodos, determinadas sociedades admitiram uma prática legal e costumeira da eutanásia em pessoas que, por má formação genética ou por padecerem de enfermidades à época incuráveis, não mereciam viver. Nesses relatos justificou-se a prática da eutanásia pela necessidade de combater uma vida bestial ou imprestável. Ao se referir a uma situação vivenciada em Esparta, Recuero ensina:

Algo semelhante foi aplicado em Esparta; já se fez referência a tal fato para fazer referência à vida bestial, os pais deviam levar as crianças para um lugar chamado *Lesche*, onde o Conselho de anciãos tribais deveria examinar a criança a fim de constatar se a mesma era resistente e forte. Se constatassem a virilidade do infante, os pais poderiam levá-lo mas, se fosse tida como deformada ou esmirrada, a criança seria tida como indigna ou inútil, sendo jogada de um morro perto de *Taygetos* chamado "*Apóetas*", palavra que significa "lugar de abandono". Garantia-se assim que estava sendo tirada uma vida não valia a pena ser vivida. (RECUERO, 2004, p. 90, tradução livre).¹

Embora existam indícios da prática da eutanásia em civilizações antigas, como Índia e Esparta, o advento e a consolidação do cristianismo restringiu seu emprego. A crença em um Cristo crucificado, que sofreu para a redenção dos pecados da humanidade, contribuiu para a visão sacra do sofrimento e para a disseminação de potencialidade de tornar o homem melhor e mais próximo de Deus.

Como o sofrimento passou a ser entendido como um sentimento digno, então qualquer ato que antecipasse ou minimizasse o sofrer, como o aborto, o suicídio e a eutanásia, deveriam ser veementemente combatidos.

O advento da modernidade e o desenvolvimento dos sistemas jurídicos e sociais de proteção aos direitos humanos não foram suficientes para proibir que essas práticas

¹ Algo parecido se aplicaba de heco en Esparta, ya se ha hablado de ella al hacer referencia a la vida bestial: los progenitores debían llevar al niño a un lugar llamado *lésche*, donde el Consejo de ancianos de la tribu examinaba se el pequeño era robusto y fuerte. Si lo era daban la orden de ciarlo, pero se era deforme o esmirrado el niño era tirado como vida poco digna e inútil por un barranco cercano al *Tágeto* llamado "*Apóetas*", palabra que significa "lugar de abandono", y así se eliminaba una vida que no valía la pena que continuara en este mundo.

ressurgissem. A cultura do materialismo e do irracionalismo permitiu o advento de condutas que culminaram na redescoberta da eutanásia, sem que sua prática constituísse crime. Em Friedrich Nietzsche, citado por Dworkin (2003, p. 300), tem-se uma amostra do raciocínio aqui desenvolvido:

É uma indecência continuar vivendo em certas condições. Continuar vegetando em uma covarde dependência de médicos e aparelhos, depois que o significado da vida e o direito à vida já se perderam, é uma atitude que deve inspirar o mais profundo desprezo à sociedade. (NIETZSCHE apud DWORKIN, 2003, p. 300).

Na passagem transcrita observa-se o emprego dos mesmos argumentos que justificavam a morte de crianças em Esparta: matar em benefício da comunidade aqueles que, estando inseridos no meio social, não são dignos de continuar vivendo.

O mesmo fundamento parece ter sido utilizado para justificar a criação de programa de eutanásia, assinado por Hitler em 1933, para o então existente Estado Nacional-Socialista Alemão com o objetivo de conter o avanço das doenças hereditárias e de exterminar as vidas tidas como bestiais. De acordo com Pierre Darmon, a política eugenista tinha como destinatários:

[...] os imbecis, os epiléticos, os coréicos (distúrbio encefálico caracterizado por movimentos musculares anormais e espontâneos, sem propósito, irregulares, rápidos e transitórios, sugerindo uma dança), os surdos e cegos de nascença, os alcoólatras e muitos outros. (DARMON, 1991, p. 204).

Tratando também da eutanásia nazista, Andrew Varga (1998) explica que, embora a lei alemã sobre a eutanásia trouxesse a previsão inicial da referida prática apenas em crianças, mais tarde o critério da idade acabou por ser estendido, acarretando um número de mortes superior a 80 mil pessoas dentre doentes mentais, epiléticos, fracos de espírito e deformados alemães e austríacos que foram mortos nas câmaras de gás nos anos de 1940 e 1941. (VARGA, 1998, p. 235).

O horror vivenciado diante das atrocidades cometidas pelo nazismo paralisou momentaneamente o debate em torno da eutanásia. O tema voltou à tona somente com a formulação dos primeiros requerimentos pessoais com o Poder Judiciário de diferentes

Estados, sobretudo a partir da década de 80, como no caso Lillian Boyes² (Reino Unido 1992) e Nancy Cruzan³ (Estados Unidos 1983).

A tutela da vida no ordenamento jurídico brasileiro, em seu panorama atual, volta-se para o seu sentido negativo⁴, estando sua tutela a cargo, principalmente, do Direito Penal. Nesse sentido, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal, reservou o capítulo I do título I de sua parte especial para tratar dos chamados ‘crimes contra a vida’. O trecho tipifica as condutas de homicídio – na forma simples, qualificado e culposo; auxílio ou instigação ao suicídio; infanticídio e aborto.

No que se refere ao homicídio, estabelece o art. 121: “matar alguém: pena - reclusão de seis a 20 anos” (BRASIL, 1940). Consta do parágrafo primeiro da referida norma a possibilidade de redução da pena de um sexto a um terço, quando o crime tenha

² O caso de Lillian Boyes (A) foi descrito por Dworkin (2003, p. 272) em obra já mencionada neste estudo. Segundo Dworkin, a inglesa Lillian Boyes padecia de sofrimento físico insuportável em decorrência de um quadro clínico de artrite reumatoide irremediável com os analgésicos então existentes. O prolongamento das dores e a constatação da impossibilidade de cura fizeram com que Lillian implorasse pela morte. O médico Nigel Cox, que por vários anos acompanhou o sofrimento da sua paciente, atendeu ao pedido da Sra. Boyes, tendo ministrado uma injeção letal de cloreto de potássio que culminou na morte da paciente. Pela prática da eutanásia, Nigel Cox foi condenado a um ano de prisão por tentativa de homicídio. A alegação foi que, como o corpo de Lillian fora cremado antes da realização de exames que pudessem constatar a real causa do óbito, foi impossível definir se a paciente viera a óbito em decorrência de seu precário estado de saúde ou em decorrência da droga ministrada pelo médico.

³ O sofrimento de Cruzan teve início em 11 de janeiro de 1983 quando ela sofreu um acidente durante uma viagem no Estado de Missouri, nos Estados Unidos. No acidente, Cruzan foi arremessada para fora do veículo que conduzia, tendo sido lançada em um lago, onde permaneceu asfixiada por aproximadamente 12 minutos. A ausência de oxigênio no cérebro durante todo esse período ocasionou danos cerebrais irreparáveis. Passados três meses do acidente, constatou-se um quadro vegetativo persistente. Cientes do estado de saúde de Cruzan, os pais e o marido da paciente solicitaram a interrupção da alimentação artificial a fim de possibilitar a morte da paciente. Diante da negativa do hospital e dos médicos, os representantes de Cruzan ingressaram com uma ação judicial para ver assegurado o direito à interrupção do tratamento médico. Embora um Juiz do Tribunal de Missouri tenha reconhecido a procedência do pedido dos representantes de Cruzan e autorizado a interrupção da alimentação artificial, o curador nomeado pelo mesmo tribunal para a defesa dos interesses da paciente apelou à Suprema Corte do Estado de Missouri, que reformou a decisão de primeira instância, determinando a continuidade da nutrição. Insatisfeitos com a decisão da instância revisora, os representantes interpuseram recurso para a Suprema Corte Norte-americana. A Suprema Corte acabou por manter a decisão recorrida, determinando a continuidade do tratamento de Cruzan, tendo fundamentado a decisão na ausência de provas da manifestação clara e convincente da vontade de que a interrupção do tratamento seria o desejo da paciente. O desfecho só veio em junho de 1990 quando os representantes legais da paciente ingressaram com novo pedido no Tribunal do Estado de Missouri. Dessa vez, fizeram prova da vontade da paciente por meio da reconstrução de sua biografia. Reconhecendo os indícios de veracidade na fala da testemunha, o Tribunal ordenou a interrupção da nutrição artificial, possibilitando a morte da paciente em 26 de dezembro de 1990.

⁴ A título de explicação entende-se como sentido negativo do direito à vida o direito assegurado a toda e qualquer pessoa de ser mantida viva, isto é, de não sofrer qualquer violência por parte do Estado ou de particulares que possa encurtar sua sobrevida. Neste sentido é salutar a lição de José Afonso da Silva para quem “o direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”. (SILVA, 2008, p. 66).

sido cometido em função de relevante motivação social ou moral, criando o que a doutrina convencionou chamar de homicídio privilegiado. Para Júlio Fabrini Mirabeti:

A motivação do crime de homicídio pode fazer com que se caracterize o homicídio privilegiado. Atuando o agente motivado por relevante valor social, que diz respeito aos interesses ou fins da vida coletiva (humanitários, patrióticos etc.), ou moral, que se refere aos interesses particulares do agente (compaixão, piedade etc.), praticará um homicídio privilegiado. (MIRABETI, 2005, p. 911).

Recorrendo a Sá e Moureira, tem-se que a eutanásia, de forma geral, tem sido entendida pelo Direito Brasileiro como homicídio, ainda que privilegiado, Quando muito, o ato recebe a diminuição de pena de homicídio em percentual variável entre um sexto a um terço. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 192).

A primeira tentativa de regulamentação da prática da eutanásia no direito brasileiro se deu por via dos projetos de Lei nº 4662/1981 e 732/1983, ambos de autoria do então parlamentar Inocêncio de Oliveira. Àquele tempo, pretendeu-se autorizar o médico a desligar os aparelhos de um paciente em estado de coma terminal ou nos casos em que inexistissem medicamentos ou, existindo medicamentos, quando sua utilização tinha como único resultado prático o prolongamento de uma vida inútil, isto é, vegetativa. Isso depois de ter havido a constatação da impossibilidade de recuperação da saúde e de uma condição digna de vida. Para esses casos, ficaria autorizada a eutanásia mediante acordo firmado junto dos familiares do doente. O PL nº. 4662/1981 acabou sendo arquivado em 6 de maio de 1982. Já o PL 732/1983 foi arquivado em 28 de novembro de 1983.

A onda reformista do Código Penal Brasileiro iniciada na década de 90 tentou afastar a tipicidade da denominada eutanásia passiva ou ortotanásia a fim de considerá-la como exercício regular da medicina. Assim o texto elaborado pela primeira Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1993 tentou introduzir o § 6º no art. 121 que passaria a vigor com a seguinte redação:

§6º Não constitui crime a conduta do médico que omite ou interrompe terapia que mantém artificialmente a vida de pessoa, 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 da 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 as condições

exigidas, o pedido não for por eles despachado no prazo de três dias. (SÁ; NAVES, 2011, p. 323).

Rejeitada a inclusão do parágrafo transcrito acima em 1995, o Deputado Federal por Minas Gerais Osmânio Pereira apresentou o PL nº 999/1995 que definia a eutanásia e a interrupção da gravidez como crimes hediondos. A proposta levava em conta qualquer situação para tentar desestimular essa prática no território nacional. Passados quase dois meses desde a apresentação do projeto de lei, o próprio autor requereu o seu arquivamento, que foi deferido em 21 de novembro de 1995. Decorridos dez anos, o próprio Deputado Osmânio Pereira foi autor do PL 5058/2005 que tentava alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 e a Lei nº 8.072, de 1990 - Código Penal. Ele propunha definir a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos em qualquer caso. O PL em questão foi arquivado definitivamente em 2008.

Similar ao PL 999/2005 e ao PL 5058/2005 foi o PL 2283/2007 de autoria do Deputado Federal Dr. Talmir, do Partido Verde de São Paulo. O projeto de lei também tentava equiparar a eutanásia ao crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, mas acabou sendo arquivado em 31 de janeiro de 2011, por causa do encerramento da legislatura 2006/2010. Diferentemente dos projetos de lei anteriores, o PL 2283/2007 recebeu parecer favorável para a recepção e a aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. O relator foi o Deputado Pastor Manoel Ferreira que assim se manifestou:

No mérito, a proposição é louvável e merece aprovação. A eutanásia tem-se tornado uma prática frequente, utilizada supostamente com cunho humanitário para evitar o sofrimento de pacientes, cujo estado de saúde se encontra de tal modo deteriorado, que a morte parece ser o melhor remédio. Todavia, por trás dessa conduta, encontra-se o cometimento de um crime hediondo, perpetrado contra pessoas completamente vulneráveis e indefesas, que, em muitos casos, nem mesmo encontram-se no gozo perfeito de suas faculdades mentais, devido ao estado doente de que são acometidas. Aproveitar-se dessa fragilidade para tirar a vida de alguém é uma conduta altamente reprovável e cruel, que não pode ser acobertada pelo nosso ordenamento jurídico-penal. É necessário que a legislação, assim como tipifica a instigação, o induzimento e o auxílio ao suicídio, puna com igual rigor a eutanásia, tendo em vista a necessidade de proteger a vida, em obediência ao princípio constitucional do direito à vida. (BRASIL, 2007).

Percebe-se da leitura do parecer da Comissão de Constituição e Justiça uma justificativa de cunho paternalista que pretende ‘proteger’ o paciente terminal de uma possível ‘prática ilícita’ que pode afrontar o seu direito de estar e permanecer vivo. Esse entendimento decorre de uma concepção equivocada, que não compreende que a

‘eutanásia’ somente pode ser assim considerada quando decorrer de manifestação autônoma e personalíssima do sujeito que padece de mal irremediável.

Ao contrário do que fora percebido quando da elaboração do parecer citado, a prática da eutanásia não busca aniquilar a vida de paciente em situação de terminalidade, mas promover a busca por uma dignidade que transcende o formalismo da norma e coloca o sujeito como condutor do seu processo de existência e de morte.

Como a justificativa não foi acatada, tentou-se nova regulamentação da matéria por via da inclusão do § 3º e do §4º no art. 121 do Código Penal que passaria a vigor com a redação abaixo indicada, de acordo com o texto publicado no Diário Oficial da União em 24 de março de 1998, que assim estabelecia:

§ 3º. Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados: Pena - reclusão, de dois a cinco anos. § 4º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. (SÁ; NAVES, 2011, p. 323-324).

Se a tentativa de regulamentar a prática da eutanásia no Brasil, pelo viés da sua descriminalização nos moldes do §4º, refletiu um avanço da sociedade brasileira, alguns equívocos foram vislumbrados no texto proposto.

O primeiro equívoco está na insistência em criminalizar a eutanásia. Sobre essa tentativa, é importante esclarecer que os procedimentos de encurtamento da vida mediante solicitação resultam de uma manifestação autônoma do paciente terminal. Estando ciente do seu quadro clínico e da inviabilidade da cura de sua doença, o próprio paciente pleiteia uma sedação terminal para se ver livre de um sofrimento incompatível com sua construção de vida digna.

Questiona-se também a referência a termo ‘sofrimento físico’ presente no §3º. Nesse ponto, o problema está na limitação da eutanásia para as denominadas dores do corpo. Então excluiu-se a possibilidade de sua aplicação para as ‘dores da alma’ ou os ‘sofrimentos psíquicos’, permitindo que se formule o seguinte questionamento: o sofrimento psíquico poderia autorizar a prática da eutanásia? – Por tudo que foi

manifestado, acredita-se que sim⁵. O último ponto de contradição foi lançado no §4º, que exigia o consentimento do paciente para a prática da eutanásia ou, na impossibilidade de sua manifestação, a autorização de ascendentes, descendentes, cônjuge, companheiros ou irmãos do paciente. A norma parece ser de difícil ou impossível aplicabilidade para os casos em que, sendo impossível a manifestação autônoma do doente, inexistia um consenso entre os familiares sobre a opção ou não pela eutanásia. Em assim ocorrendo, existiria uma ordem de preferência em relação à vontade dos parentes? – Toma-se como resposta a conclusão de Sá e Naves:

A pluralidade, caracterizadora da sociedade moderna, é determinante para a solução das questões existenciais. Dessa maneira, não há que se falar em solução adequada se o seu destinatário não for tomado em sua particularidade e, a partir das concepções e convicções que lhe são próprias, figurar, também – e, principalmente – como autor do provimento que lhe afetará. Daí não se falar em legalização da eutanásia. (SÁ; NEVES, 2011, p. 328).

Em 2011 foi aprovado o requerimento nº 756 que instituiu uma comissão de juristas e de parlamentares para a elaboração de um anteprojeto do Código Penal. Como fruto do trabalho dessa comissão, em 2012, o então presidente do Senado José Sarney submeteu à apreciação do Senado Federal o PL 236/12. O referido projeto reservou um artigo para tratar da eutanásia, tendo feito da seguinte forma:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos. §1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. (BRASIL, 2012).

Embora alguns estudiosos do Direito Penal tenham recebido a notícia da inclusão da eutanásia no anteprojeto do Código Penal como um avanço legislativo, dada a coragem de tratar de um tema tão controverso, ousa-se discordar da mencionada concepção. Reitera-se o posicionamento exposto para ratificar a ideia de que criminalização da eutanásia, ainda que com penas infinitamente menores do que aquelas previstas para o crime de homicídio simples e com a possibilidade de extinção de punibilidade nas

⁵ A fim de exemplificar a questão da necessidade de desvinculação da eutanásia das dores físicas, indica-se a análise do caso Nathan Verhelst. Nathan foi um transexual masculino nascido na Holanda que teve atendido o seu pedido de eutanásia aos 44 anos de idade, depois de ter sido submetida a três cirurgias para readequação dos órgãos genitais entre 2009 e 2012. Finda a readequação corporal, Nathan desenvolveu um quadro de depressão profunda que a levou a requerer a eutanásia em 2013, procedimento que fora realizado sob o fundamento de ‘sofrimento mental’.

circunstâncias previstas no §1º, não é o meio apropriado para trazer à baila a discussão sobre a eutanásia.

Não se pode criminalizar uma conduta que definitivamente não preenche os elementos de ilicitude e tipicidade, ainda que o objetivo maior seja salvaguardar a conduta dos agentes que praticam a eutanásia para abreviar o sofrimento físico insuportável decorrente de uma doença grave e irremediável.

Entende-se que não existe alternativa, senão o enfrentamento da questão de forma direta e propositiva a ponto de abrir a questão da regulamentação da eutanásia para um amplo e irrestrito debate social.

Parece ter sido esse o entendimento do Senador pelo Estado do Mato Grosso Pedro Taques – relator do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro. Ao se manifestar sobre a proposta de redação do art. 122⁶, o parlamentar apresentou o seguinte:

Há condutas, previstas no Código de Projeto, que não possuem qualquer dignidade penal. Não demandam uma resposta de natureza penal por parte do Estado, a sua ofensividade social não alcança a necessidade do direito penal. A criminalização de tais condutas, a nosso sentir, banaliza o direito penal. São condutas que podem ser suficientemente endereçadas por outros ramos do direito, como o civil e o administrativo. A eutanásia (art. 122) é uma delas. Por isso propomos a sua supressão. (BRASIL, 2013)

A concepção exposta pelo Senador vai ao encontro da hipótese trabalhada neste artigo por sustentar a desnecessidade de uma resposta penal por parte do Estado para o exercício de uma autonomia que conduza o sujeito à morte. Morrer dignamente, no mesmo sentido que viver dignamente, é o exercício mínimo de uma autonomia construída com base em uma personalidade livremente estabelecida.

Analizadas as propostas de regulamentação da eutanásia no panorama legislativo brasileiro, acredita-se que a resposta do Estado deva estar voltada para a oferta de mecanismos que minimizem a dor e o sofrimento e para possibilitar ao sujeito em uma situação terminal a opção entre a eutanásia e os cuidados paliativos.

A positivação de normas que restrinjam o livre desenvolvimento da personalidade definitivamente não é a resposta que se espera de um Estado plural e democrático. Espera-se o reconhecimento de uma autonomia que permita ao indivíduo,

⁶ Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos. §1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

no final de sua vida, decidir livremente pelo não prolongamento de sua existência, quando viver não faz mais sentido.

Compreendida a afirmação histórica da eutanásia, constatou-se que o questionamento em torno do reconhecimento do direito fundamental à morte digna não situa-se como um dilema da contemporaneidade. Contemporânea é a concepção de cunho paternalista que elevou a vida à falsa categoria de bem jurídico supremo.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INVIOABILIDADE VERSUS IRRENUNCIABILIDADE.

Não se pode pretender a análise da (im)possibilidade da eutanásia sem verificar a forma como o ordenamento jurídico brasileiro regulamentou o direito à vida. A primeira dificuldade está justamente na definição do que se deve entender por vida. O desafio que se vislumbra está nas inúmeras e diferentes concepções de vida que são fomentadas pelos institutos do Direito, da Medicina, da Biologia, da Filosofia, da Ética e da Religião.

Devido à infinidade de conceitos, optou-se por buscar a compreensão da vida como direito expressamente previsto e consagrado no caput art. 5º⁷ da Constituição Federal de 1988 que assegura a “inviolabilidade do direito à vida” (BRASIL, 1988).

Mais que um direito constitucionalmente tutelado, a vida é o pressuposto da personalidade, que é o atributo para o gozo de qualquer direito. Só se adquire direito pelo fato de estar vivo ou em processo gestacional.

Inúmeros dispositivos legais tutelam o direito à vida, mas poucos se ocuparam com tratar a morte, tendo o ordenamento se limitado a criminalizar condutas que atentem contra a vida de outrem.

Partindo do pressuposto que a morte é o termo da vida, não existiria também um direito de morrer? Existem limites para o exercício de uma liberdade individual que conduza o indivíduo à morte? O panorama constitucional brasileiro ampara a eutanásia?

A concepção kantiana de vida como dever absoluto nega a possibilidade do suicídio por considerar que o ato consiste na violação de um dever do homem para consigo no ponto em que o ser humano é “obrigado a preservar sua vida simplesmente em virtude de sua qualidade de pessoa”, entendendo que:

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]. (BRASIL, 1988).

Consequentemente, dispor de si mesmo como um mero meio para algum fim discricionário é rebaixar a humanidade na própria pessoa (homo noumenon), à qual ser humano (homo phaenomenon) foi, toda vida, confiado para preservação. (KANT, 2007, p. 265).

A manutenção da vida em Kant é concebida como um dever absoluto que não admite nenhuma limitação externa que não esteja voltada à sua preservação. Esse dever se sobrepõe inclusive à liberdade e à autonomia do sujeito, permitindo que se chegue à concepção de vida como obrigação e não como direito. Parte considerável da doutrina do Direito Civil brasileiro parece anuir à concepção da vida como ‘bem jurídico absoluto’⁸.

Em que pese o entendimento aqui apresentado, parte-se da hipótese de que a vida não deve ser compreendida como uma obrigação imposta ao indivíduo para preservar a sua existência, mas como um direito indissociável à pessoa humana. Toma-se como referencial teórico para esse ponto da investigação a concepção construída por Roberto Dias para quem:

[...] a vida não deve ser tomada como um dever e tampouco como um dever universal. Deve ser entendida, sim, como um direito e como um direito de cada um, que impõe deveres positivos e negativos a todos, Estado e particulares. (DIAS, 2012, p. 121).

A noção da vida como direito autoriza que, em circunstâncias em que a sua manutenção consistir em uma violação da dignidade humana, seja possível a opção pela eutanásia como mecanismo de promoção de uma liberdade que conduza o indivíduo ao caminho da prevalência da sua dignidade.

Inexistindo controvérsias sobre a tutela constitucional da vida, cabe investigar a forma como o referido direito foi tutelado pela ordem constitucional vigente.

O referenciado art. 5º da CF/88 assegura a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Para a verificação da eutanásia, é necessário compreender o significado da expressão inviolabilidade. Segundo José Afonso da Silva:

A inviolabilidade é uma determinante normativa, como objeto da garantia, em que o artigo definido revela o conteúdo intrínseco dos direitos enunciados, valendo dizer que eles contêm em si a qualidade essencial de serem invioláveis. Não é a Constituição que lhes confere a inviolabilidade; ela reconhece neles

⁸ A título de exemplo cita-se Maria Helena Diniz que ao tratar da disponibilidade do direito à vida compreende a vida muito mais como uma obrigação do que como um direito do ser humano para consigo mesmo Nesse sentido: “[...] a disponibilidade da vida não pode ser tolerada como um direito subjetivo, por ser a vida um bem indisponível” (DINIZ, 2006, p. 425).

essa qualificação conceitual pré-constitucional e, por isso, preordena disposições e mecanismos que a assegurem. Uma vez que são direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, sua inviolabilidade é um elemento de sua própria conceituação, de sua própria existência. Não fossem invioláveis, sua realidade onática não teria significação jurídico-constitucional. (SILVA, 2008, p. 66).

A passagem transcrita conceitua a inviolabilidade como um mecanismo de proteção da vida contra violações perpetradas pelo Estado ou por particulares, não havendo que se confundir inviolabilidade com irrenunciabilidade. Sendo assim, espera-se que o indivíduo se abstenha de violar a vida de outrem e não que abra mão da tutela da própria existência a ponto de negar a possibilidade de uma construção autobiográfica que o conduza à dignidade.

Sobre essa concepção da inviolabilidade do direito à vida, merece destaque o entendimento de Marco Segre e Gabriela Guz:

É preciso que fique clara a distinção entre a ‘inviolabilidade’ do direito à vida – através da qual se reconhece uma proteção contra terceiros – e da ‘disponibilidade’ do direito à vida, que alcança a própria pessoa envolvida e corresponde, efetivamente, à possibilidade de cada um guiar a sua vida de acordo com a sua própria concepção de vida. Ambas as noções – inviolabilidade e disponibilidade – devem compor o direito à vida. Entretanto, verifica-se que, sob a argumentação de que a vida constitui direito inviolável, alguns juristas entendem pela impossibilidade de um indivíduo tomar decisões que digam respeito à sua vida – e morte. Em que pesem as opiniões em contrário, fica claro, para nós, que tal entendimento manifesta uma confusão entre as noções antes aludidas de inviolabilidade e disponibilidade, de tal sorte que traz consigo a ideia de um ‘dever de viver’ imposto pelo Estado – frise-se, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. (SEGRE; GUZ, 2005, p. 123).

Nesse ponto, entende-se que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro norma jurídica apta a proibir a eutanásia, devendo ser dispensada à morte autonomia similar àquela reconhecida para o pleno desenvolvimento da vida.

4 AUTONOMIA PRIVADA ENQUANTO FUNDAMENTO DO DIREITO DE MORRER

De início, pretende-se ocupar em demonstrar que autonomia privada não deve ser confundida com liberdade jurídica nem com autonomia da vontade. Em obra intitulada ‘Autonomia privada e dignidade humana’, a autora Rose Melo Vencelau Meireles esclarece: “os conceitos de liberdade jurídica, autonomia da vontade, autonomia privada

e autonomia negocial são tratados pela doutrina ora como se fossem uma só coisa, ora como se fossem distintos” (MEIRELES, 2009, p. 63).

De acordo com a referida autora, a liberdade jurídica deve ser entendida como toda manifestação livre e consciente que recebe proteção do Estado. Nas relações jurídicas de cunho subjetivo, a liberdade consiste na faculdade de agir lícitamente, isto é, em conformidade com a lei, legalizando a máxima: o que não é proibido é permitido. (MEIRELES, 2009, p.63).

O art. 5º, inciso II da CF/88 elevou a liberdade jurídica à condição de direito fundamental ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Trata-se então de uma prerrogativa de cunho negativo da liberdade, no ponto em que se confere juridicidade para todas as condutas pessoais que não tenham sido expressamente vedadas pelo legislador.

A referida concepção de liberdade influenciou diretamente na formação de um ideal de autonomia da vontade. Isso porque foi concedido ao agente não somente o poder de prática de um ato jurídico, mas de determinar seu modo, conteúdo e, sobretudo, seus efeitos. (MEIRELES, 2009, p. 64).

A autonomia da vontade, por sua vez, tem conotação pessoal porque revela a vontade propriamente dita em seu sentido psicológico. A concepção da autonomia da vontade decorreu da utilização do ideal do liberalismo econômico que elevou a manifestação da vontade como a principal e mais importante fonte das obrigações entre particulares. Ana Carolina Brochado Teixeira estabelece que a autonomia da vontade,

[...] caracteriza-se pelo poder da vontade atribuído ao indivíduo no marco político do Estado Liberal, que deixava a cargo dos indivíduos decidirem as próprias vidas no que tange à liberdade contratual, já que o maior valor social à época era o patrimônio, em razão da sociedade burguesa que dominava ‘a cena’. (TEIXEIRA, 2010, p. 87).

Embora a autonomia da vontade estivesse fundada no aspecto psicológico da formação da vontade nos indivíduos, constatou-se que a vontade manifestada nem sempre estava em sintonia com a vontade real. Em várias situações, a vontade manifestada pelo sujeito é diferente daquela formada em seu íntimo. Essa constatação evidenciou a necessidade de alteração do paradigma para valorizar a vontade objetivamente manifestada. Aqui essa vontade é entendida como aquela que, correspondendo ou não ao aspecto psicológico, é exteriorizada e reconhecida pelo ordenamento jurídico. Assim se funda o conceito de autonomia privada.

Recorrendo-se novamente a Rose Melo Vencelau Meireles, tem-se por autonomia privada “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos” (MEIRELES, 2009, p. 64).

Partindo da concepção acima transcrita, pode-se afirmar que a autonomia privada é o fundamento sob o qual se criam, modificam ou extinguem situações jurídicas a partir das limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Como assevera Rose Melo: “autonomia privada é expressão privada da liberdade jurídica.” (MEIRELES, 2009, p. 69).

Já para Ana Carolina Brochado Teixeira, a autonomia privada “é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos.” (TEIXEIRA, 2010, p. 87).

Analisando a manifestação da autonomia nas questões relacionadas à terminalidade da vida, optou-se por utilizar a expressão ‘autonomia privada’, em seu aspecto individual, como o fundamento de condutas autorreferentes que possibilitam, inclusive, a busca da própria morte.

De acordo com Márcio Luís de Oliveira, “a autonomia privada é a liberdade de ser e de desvelar na existência individual conforme a condição e a vontade humanas se apresentam e se expressam genuinamente em cada pessoa”. (OLIVEIRA, 2013, p. 125-126).

É o reconhecimento da autonomia privada que garante ao particular o direito de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas subjetivas como forma de manifestar a liberdade. Esse poder existe, não porque decorre da vontade, mas porque é assim reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Para que se estabeleça uma devida compreensão da autonomia privada, é necessário desligar o instituto da sua origem histórica como ideal adotado pelo modelo de Estado Liberal para compreendê-la como um espaço de livre desenvolvimento da personalidade no qual o indivíduo possa adotar condutas autorreferentes de acordo com seu projeto pessoal de vida. Nesse sentido, “a função a ser promovida é a do livre desenvolvimento da personalidade que encontra na autonomia instrumento por meio do qual pode ser concretizada”. (MEIRELES, 2009, p. 64).

Recorrendo-se a José Ramón Recuero, tem-se:

De maneira que a autêntica autonomia humana é o absoluto respeito da vontade (podemos querer o que queremos), mas o respeito aos juízos sobre o bem e o mal é declarativo, no sentido de que cada um de nós declaramos normas éticas que encontramos aqui, em nossa interioridade, regras essas que são inteligíveis para qualquer adulto criterioso e mediamente inteligente e que não dependem de nossa vontade. São princípios muito elementares e humanos e, como tais, próprios a todos os homens, o primeiro de tais princípios nos conduz à conservação própria e a dos outros para evitar que se prejudique terceiros. (RECUERO, 2004, p. 22, tradução nossa).⁹

Portanto, estabelece-se o conceito de que o homem é um ser social por conviver em sociedade. A liberdade existe somente no plano concreto. Desse modo, toda autonomia é tecida na sociedade na qual o indivíduo está inserido. De acordo com Oliveira, em se tratando de um Estado Democrático, a autonomia privada é responsável, isto é:

[...] a sua titularidade e o seu exercício cotidianos se autolimitam pelo respeito à autonomia privada e à integridade de todos os demais indivíduos (ex.: não agressão física ou moral), além de se pautar pela observância das condições mínimas exigíveis de todos os seres que integram e participam de uma vida coletiva comum (ex.: não depredação ou apropriação do patrimônio público, que serve a todos). (OLIVEIRA, 2013, p. 126).

Como o que se pretende com este estudo é perquirir a existência ou não de uma autonomia em intensidade suficiente para autorizar o advento da morte pela vontade do titular do direito à vida, interessa propriamente entender como a autonomia se aplica nas questões existenciais.

Para as situações jurídicas existenciais, como é o caso da eutanásia, do suicídio assistido e da recusa do tratamento médico, o sujeito não é tão somente o titular do direito de morrer, sendo propriamente o maior interessado (MEIRELES, 2009, p. 34), ou seja, o valor que se espera ver protegido. Isso porque:

A partir da autonomia privada responsável, o indivíduo expressa-se na sua dimensão física (ex.: modo de se portar), na sua dimensão emocional (ex.: suas inclinações sensíveis, como a sexualidade), na sua dimensão racional (ex.: suas convicções filosóficas, políticas, econômicas e científicas) e na sua dimensão espiritual (ex.: sua fé ou sua “ausência” de fé). (OLIVEIRA, 2013, p. 126).

⁹ De manera que la autentica autonomia humana es total respecto a la voluntad (podemos querer lo que queramos), pero respecto a los juicios sobre bien o mal es declarativa, en el sentido de que cada uno de nosotros declaramos normas éticas que encontramos ahí, en nuestra interioridad, reglas inteligibles para cualquier adulto juicioso y mediamente cultivado y que no dependen de nuestra voluntad. Son principios muy elementales y humanos, y como tales propios de todos los hombres, el primero de los cuales precisamente nos lleva a la conservación propia y ajena y a no dañar a los demás.

Em Perlingieri tem-se que:

Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. (PERLINGIERI, 2002, p. 18-19).

Da teoria habermasiana sobre a autonomia privada decorre o entendimento de que o reconhecimento da autonomia privada conduz necessariamente à dignidade humana que está estabelecida como garantia fundamental inscrita no art. 1º, III¹⁰, da Constituição Federal de 1988. Foi Kant quem melhor desenvolveu a ideia da dignidade como elemento diferenciador das ‘pessoas’ e das ‘coisas’ ao postular que as pessoas são dotadas de dignidade e os objetos têm preço. Note-se:

Têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, que dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio. (KANT, 2007, p. 68).

Na obra intitulada ‘o princípio da dignidade da humana’, Maria Celina Bodin de Moraes argumenta que a dignidade é gênero principiológico do qual decorrem quatro tipos de princípio: da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Veja-se:

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social. (MORAES, 2006, p. 17).

Em que pese ser incontestável a relevância da dignidade humana para a tutela integral do indivíduo, não se pode anuir à proposta valorativa empreendida pela autora com a finalidade de destinar ao referido princípio uma importância maior do que aquela que é conferida aos demais princípios e às garantias constitucionais. A hierarquização, a

¹⁰ “Art. 1. 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;” (BRASIL, 1988).

valorização, a manipulação e a imposição de princípios são incompatíveis com a democracia. De acordo com Marcelo Galuppo:

[...] princípios, ao contrário de regras, são fluidos e abstratos e precisam ser densificados ante ao caso concreto por um esforço discursivo-interpretativo, não se aplicando em quaisquer situações que reproduzam suas circunstâncias de aplicação (GALUPPO, 2002, p. 191).

O que se pretende afirmar é que a dignidade humana deve ser interpretada da forma como está prevista no texto constitucional: como princípio que fora previsto no art. 1º, III, CF/88. Não se trata de um ‘superprincípio’ nem de uma norma de prevalência absoluta. Se for assim, há o risco de restringir a manifestação da autonomia e o exercício de iguais liberdades de atuação.

Como bem estabelece Diogo Luna Moureira:

É por isso que a dignidade humana, ora posta como manifestação do fundamento do Direito Privado na Alta Modernidade, aparece no Estado Democrático de Direito brasileiro como princípio (no art. 1º, III, CR/88). Contudo, a dignidade humana não deve ser vista como algo superior a qualquer outro princípio que venha a ser conclamado para o caso, e nem pode ser aprisionada numa redoma intocável, uma vez que tal conduta reprimiria a autonomia e não possibilitaria que a pessoa exercesse a sua diferença e a sua potencialidade interlocutória na rede de interlocutores, mitigando, assim, o propósito democrático de Direito. (MOUREIRA, 2009, p. 80).

É o reconhecimento e a efetivação da autonomia privada que permitem ao indivíduo se colocar no meio social de forma singular, tendo assegurado o seu direito à livre constituição de sua personalidade e o respeito à diferença, valores imprescindíveis ao regime democrático.

Se existir integridade psíquica e capacidade de discernimento, deve existir também um espaço de autonomia a ser respeitado pelo Estado e pelos indivíduos. A hipótese aqui trabalhada, da existência de espaços de não interferência, permite que cada pessoa tenha livre-arbítrio ao desenvolver sua personalidade com ampla proteção da personalidade.

Dignidade, autonomia e responsabilidade são elementos da construção da personalidade. Desse modo, a autonomia torna-se um instrumento para a concretização da dignidade e deve ser sempre uma autonomia com responsabilidade. Responsabilidade aqui tem o sentido de capacidade de responder pelos seus atos.

É lógico que a ideia de autonomia como direito ao reconhecimento de iguais liberdades decorre daquilo que a doutrina do Direito Constitucional convencionou chamar de pluralismo jurídico. Na concepção de Gisele Cittadino, pluralismo jurídico consiste:

Concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo a sua concepção sobre vida digna. Em outras palavras, os liberais contemporâneos estabelecem uma vinculação entre pluralismo e individualidades diferenciadas por concepções de bem distintas. Importa ressaltar, entretanto, que a ideia de pluralismo não se restringe à diversidade das concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas a existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. (CITTADINO, 2004, p. 85).

Do que foi tratado sobre pluralismo jurídico, interessa-se propriamente a ideia segundo a qual fica consagrada a possibilidade de o indivíduo, de forma geral, formar e estabelecer o próprio projeto de vida, escolhendo aquilo que é melhor para si de acordo com suas concepções pessoais. Consagra-se então o direito e o necessário respeito à diferença, tanto na esfera pública quanto na particular. Voltando à teoria habermasiana, não se pode mais impor uma conduta nem, muito menos, uma sanção por uma escolha que fuja ao padrão de normalidade. Compete agora ao Estado, conforme Ana Carolina Brochado Teixeira, “possibilitar aos cidadãos que eles desenvolvam, ao máximo, suas potencialidades, seu projeto de vida e que eles se realizem por intermédio da concretização da sua dignidade para proporcionar o livre desenvolvimento da sua personalidade.” (TEIXEIRA, 2010, p. 69).

5 AUTODETERMINAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O DIREITO DE MORRER

Nem sempre a morte desponta ao final da vida. A dor e o sofrimento decorrentes de um estado patológico severo não obedecem aos critérios cronológicos, sucumbindo crianças e adolescentes.

A maior questão ético-jurídica em torno da manifestação do consentimento aplicado em situações existenciais por parte de crianças e adolescentes não está centrada na viabilidade ou não da formação da vontade, mas no reconhecimento da autonomia desses sujeitos para decidir de forma contrária à dos pais ou dos responsáveis legais.

O art. 3º da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – reconheceu a criança e o adolescente como titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, conforme os seguintes termos:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Tradicionalmente o doente terminal é encarado pelos familiares e pelos médicos como destinatário necessário de todos os cuidados e de intervenções possíveis ao estágio da patologia. O paternalismo exacerbado impede, na maioria dos casos, que o paciente participe ativamente do processo decisório implícito no seu tratamento. A tomada de decisões é confiada quase que exclusivamente ao médico ou, quando muito, aos responsáveis legais pelo enfermo. A situação fica ainda pior quando se trata de crianças e de adolescentes.

Embora os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406/2002 – tenham inserido os menores de 18 anos no rol da incapacidade legal, privando-os, via de regra, de manifestarem validamente a vontade, outras áreas do conhecimento, como a Psicologia e a Psiquiatria, têm alertado para a possibilidade de formação de uma consciência prematura a ponto de autorizar uma manifestação de vontade esclarecida e consciente por parte daqueles que, como foi dito, foram tratados pela Lei como incapazes.

Ao criar uma padronização das incapacidades, subdividindo-as em absoluta e relativa, o Código Civil abriu mão da análise de características e peculiaridades de cada indivíduo, privilegiando um critério objetivo e generalizante – a idade. Ainda que de acordo com o teor do art. 3º do CC/2002, todos os menores de 16 anos sejam considerados absolutamente incapazes e, em decorrência, não possam manifestar vontade sem a necessária representação, é evidente a possibilidade do desenvolvimento de uma maior maturidade em determinadas crianças e em adolescentes em decorrência de múltiplos acontecidos vivenciados pelo sujeito.

Tomando por base as conclusões oriundas da pesquisa ‘*Bioethics for Clinicians: involving children in medical decisions*’, desenvolvida por Harrison e Kenny e publicada em 1997, no Canadá, pode-se afirmar que “as crianças e os adolescentes portadores de doenças incuráveis ou em estágio terminal desenvolvem maior capacidade de compreensão de sua situação, alcançando discernimento e maturidade em nível maior do

que seria esperado para a sua idade” (HARRISON, 1997, p. 827). A posição dos pesquisadores é fundamentada nos seguintes argumentos:

Muitos adolescentes têm a capacidade de tomada de decisão de um adulto. Esta capacidade terá de ser determinada para cada paciente à luz dos seguintes fatores: capacidade de compreender e comunicar informações relevantes; capacidade de pensar e escolher com algum grau de independência; capacidade para avaliar o potencial de benefício, riscos ou danos, bem como para considerar as consequências e as várias opções existentes, e ponderação de um conjunto relativamente estável de valores. Muitas crianças e adolescentes, particularmente aqueles que têm sido seriamente doente, vão precisar de assistência no desenvolvimento de uma compreensão das questões a fim de demonstrarem sua capacidade de decisão. Discussões apropriadas à idade, talvez com a ajuda de professores, padres, terapeutas, enfermeiros, psicólogos ou outros especializados na comunicação com as crianças, são úteis. A participação da criança pode ser facilitada pelo uso de atividades de arte, histórias, poemas, RPG e outras técnicas (HARRISON, 1997, p. 827, tradução livre).¹¹

Com fundamento em Teixeira, “pode-se afirmar que a existência de sintomas dolorosos frequentes, constantes avaliações e tratamentos proporcionam à criança o aprendizado sobre saúde e doença” (TEIXEIRA, 2005, p. 56). A situação relatada pela pesquisadora permite compreender que a bagagem de conhecimento acumulado por uma criança ou adolescente que padece de uma doença incurável contribui para a formação de consciência precoce que pode autorizar, caso a caso, a manifestação e o cumprimento de sua vontade.

A conclusão que se chega sobre as questões existenciais ligadas à terminalidade da vida de uma criança ou um adolescente – como a eutanásia, o suicídio assistido e a recusa do tratamento médico – é que a existência ou não de uma compreensão e racionalidade em quantidade suficiente para permitir que seja cumprida a vontade manifestada pelo incapaz deve ser analisada a partir do grau de desenvolvimento do psiquismo do menor e não unicamente pela sua idade.

Nesse sentido, Vânia Maria Fernandes Teixeira cita Meraldo Zisman que afirma: “independentemente do egocentrismo, os pensamentos da criança devem ser entendidos

¹¹ Many adolescents have the decision-making capacity of an adult. This capacity will need to be determined for each patient in light of his or her: ability to understand and communicate relevant information; ability to think and choose with some degree of independence; ability to assess the potential for benefit, risks or harms as well as to consider consequences and multiple options, and achievement of a fairly stable set of values. Many children and adolescents, particularly those who have been seriously ill, will need assistance in developing an understanding of the issues and in demonstrating their decision-making capacity. Age-appropriate discussions, perhaps with the assistance of teachers, chaplains, play therapists, nurses, psychologists or others skilled in communicating with children, are helpful. The child's participation may be facilitated by the use of art activities, stories, poems, role-playing and other techniques.

e interpretados de acordo com o grau de amadurecimento de seu psiquismo e não exclusivamente pela sua idade cronológica. A compreensão da criança está diretamente ligada à sua experiência, à cultura, à religião, aos costumes e à classe social”. (ZISMAN apud TEIXEIRA, 2005, p. 57).

A solução está em substituir o critério objetivo e generalizante da idade por uma análise casuística que, caso a caso, avalie a potencialidade de formação e manifestação do consentimento pela criança e pelo adolescente. A capacidade para decidir pela manutenção ou pela interrupção do tratamento médico ou da eutanásia não se define simplesmente pela idade. Essa decisão exige uma construção histórico-argumentativa que leve em consideração o sujeito em suas potencialidades e fragilidades.

A impossibilidade de formular uma resposta concreta sobre a viabilidade ou não para autorizar a eutanásia e a interrupção do tratamento médico em pessoas legalmente incapazes decorre de uma constatação extremamente simples: é inconcebível que se tente homogeneizar um grupo tão heterogêneo quanto a espécie humana.

Com o reconhecimento da autonomia das crianças e do adolescente, busca-se fazer com que esses sujeitos sejam reconhecidos como o ‘outro’ que se coloca na relação médico – paciente em paridade de força. O que se vislumbrou até agora foi a completa negação dos civilmente incapazes no plano das questões existenciais.

Não se pretende negar nem impedir que os familiares, representantes ou médicos tomem decisões sobre o processo de tratamento nem, sobretudo, sobre a manutenção ou a interrupção, mas tão somente privilegiar a vontade manifestada pelo incapaz, quando ficar constatado que ela atende o seu melhor interesse.

Nesse processo de formação do consentimento, a família, a sociedade e o Estado têm uma importância ímpar: permitir o livre desenvolvimento da personalidade como exercício de liberdades e não liberdades e criar condições para que crianças e adolescentes com capacidade de compreensão e discernimento possam, independentemente da idade, decidir se desejam ou não dar continuidade a um tratamento médico ou optar por uma sedação terminal que alivie um sofrimento insuportável e irremediável.

5 CONCLUSÃO

O tema enfrentado neste trabalho – a efetivação do direito fundamental à morte digna em benefício de crianças e incapazes – está situado entre dois extremos. De um lado, estão as limitações impostas pelo Estado na tentativa de fazer prevalecer a vida

como ‘direito indisponível’; do outro, tem-se a exigência de reconhecimento de ‘iguais liberdades’ por parte de pessoas que, estando gravemente doentes e padecendo de sofrimento físico ou psíquico irremediável, almejam a morte como alternativa viável à efetiva garantia da dignidade humana.

O reconhecimento do direito de morrer –pela via da eutanásia – não é, ainda hoje, um ponto de convergência na doutrina que se dedicou ao seu estudo. A tentativa de alargar o âmbito de aplicação do direito de morrer para alcançar crianças e adolescentes em estágio terminal fez surgir incontáveis questionamentos a respeito da formação do discernimento e da manifestação da capacidade por parte dos ‘legalmente incapazes’.

Sabe-se que a dificuldade de reconhecer a morte, e não somente a vida, como direito se justifica pelos diferentes aspectos que circundam a questão. Ao longo do tempo, a religião, a política, o Estado e o Direito estabeleceram o modo como os sujeitos devem viver e morrer.

Não se pode conceber a vida como um direito absoluto. Nenhum direito é absoluto. Desse modo, a proteção da vida só interessa ao Direito enquanto existir uma viabilidade da tutela da dignidade e da liberdade. Nas situações em que o sujeito não pretende continuar a viver em razão das condições indignas em que se encontra, deve-se permitir que ele disponha do seu direito à vida a fim de decidir entre continuar a viver ou optar pelo modo como pretende morrer.

A partir da premissa de que a antecipação da morte tem fundamento na vontade manifestada por um paciente terminal, dentro do espaço de autonomia privada, buscou-se uma base filosófica para a compreensão da autonomia privada a fim de verificar como esse princípio deve ser aplicado na formação e na execução de condutas autorreferentes.

O reconhecimento da autonomia permitiu ao sujeito se autodeterminar e, com isso, pautar suas escolhas pela conformidade com a sua construção biográfica, desde que o exercício dessa capacidade de autodeterminação não viole normas cogentes ou espaços de subjetividade alheia. Dessa forma, é inadmissível a tentativa de impor condutas ou deveres cujo conteúdo ético vá de encontro às escolhas pessoais de natureza tão íntima e tão relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade e que não comportam nenhum tipo de universalização.

Entendeu-se que a decisão pela manutenção ou pelo encurtamento da vida exige a demonstração de capacidade de discernimento por parte do seu titular. Existirá discernimento quando o paciente mostrar-se capaz de compreender a situação em que se encontra e, com isso, manifestar validamente vontade sem que sofra qualquer influência

externa. Presentes esses elementos, deve-se reconhecer a autonomia privada e legitimizar os atos e as escolhas do paciente como manifestação de iguais liberdades de atuação.

Estudos como o desenvolvido pelos pesquisadores canadenses Harrison e Kenny (1997, p. 827) indicam que crianças e adolescentes que padecem de doenças graves ou que estão em situação terminal apresentam maiores níveis de discernimento e maturidade quando comparados com pessoas sadias de mesma faixa etária. No Brasil, a pesquisadora da Fundação Oswaldo Cruz – Vânia Maria Fernandes Teixeira – alerta para o fato de que a exposição da criança e do adolescente aos inconvenientes e sofrimentos decorrentes do tratamento médico contribui significativamente para o acúmulo de uma bagagem de conhecimento sobre saúde e doença que pode culminar em um amadurecimento precoce incompatível com a idade biológica.

Da análise dos dois estudos parece decorrer uma conclusão lógica: “a impossibilidade de conceber as crianças e os adolescentes como um grupo homogêneo” (TEIXEIRA, 2005, p. 56). Nenhum agrupamento humano é homogêneo. Dessa forma, a capacidade para consentir ou para manifestar vontade varia em cada sujeito.

Retomando a ‘presunção objetiva de discernimento’ para o Direito Civil e a constatação da ‘inexistência de um tempo para a formação do consentimento’, sustenta-se a imprestabilidade do critério objetivo e generalizante da idade como elemento definidor da capacidade de agir. Como alternativa, propõe-se que a definição da existência ou não da capacidade para decidir pela manutenção ou pela interrupção da vida seja precedida de uma análise concreta, isto é, caso a caso, em que se deve verificar a potencialidade da formação e a manifestação do consentimento por parte do sujeito que, encontrando-se em estágio terminal, é chamado a decidir entre morrer ou continuar a viver.

Feitas essas considerações, entendeu-se que é inviável posicionar-se sobre a viabilidade ou não do reconhecimento da autonomia para morrer no que se refere às crianças e aos adolescentes. A formulação de uma resposta concreta e acabada para as questões existenciais mostra-se incompatível com a própria noção de autonomia privada.

Talvez a maior contribuição deste trabalho seja estabelecer que a morte pode se apresentar como um direito, fruto de manifestação autônoma, garantido por uma esfera de iguais liberdades de atuação, em nome da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um.

Além disso, o trabalho afirma como relevante que a garantia e o reconhecimento da autonomia para morrer devem obedecer a critérios técnicos que transcendam a simples

análise da idade do indivíduo que a invoca. Tem-se então que, constatada a existência de desenvolvimento psíquico em quantidade suficiente para permitir que o paciente compreenda a situação na qual se encontra, deve-se reconhecer a sua autonomia privada e assegurar a ele o exercício de iguais liberdades de atuação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.283, de 2007**. Acrescenta parágrafo ao art. 122 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e inciso ao art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Autor Deputado Dr. Talmir. Relator Deputado Pastor Manoel Ferreira. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=642106&filename=Tramitacao-PL+2283/2007>. Acesso em: 18 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexada**. Relator Senador Pedro Taques. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integrado-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2002. **Anteprojeto do Código Penal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 18 out. 2014.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na belle époque: a medicalização do crime**. Trad. de: Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 239p.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. xiii, 362p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232p

HARRISON, C.; KENNY, N. P. Bioethics for clinicians: involving children in medical decisions. **Canadian Medical American Journal**, v. 156, n. 6, p. 825-828, 1997.

INGLÊS de 11 anos com câncer anuncia em rede social que vai parar tratamento. **Extra**, Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/mundo/ingles-de-11-anos-com-cancer-anuncia-em-rede-social-que-vai-parar-tratamento-11642296.html#ixzz3UcXVKHKQ>. Acesso em: 1o jan. 2015.

KANT. Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2007.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1- 60.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da personalidade no direito privado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil atualidades III**: princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 55-86.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A constituição juridicamente adequada**: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RECUERO, José Ramón. **La eutanasia en la encrucijada**: el sentido de la vida y de la muerte. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. xviii, 358 p.

SEGRE, M.; GUZ, G. Bioética e Direito na terminalidade da vida. **Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina**, v. 13, n. 2, p. 121-125, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 1027 p.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Vânia Maria Fernandes. **Consentindo riscos na esperança de cura: o processo de consentimento em sujeitos de pesquisa: crianças, adolescentes e suas famílias**. 2005. 112f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Fundação Oswaldo Cruz. Instituto Fernandes Figueira, Programa de Pós-Graduação em Saúde da Mulher e da Criança, Rio de Janeiro, 2005.

VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética**. Trad. de: Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: UNISINOS, 1998.