

Taís Alves Leal

**A AUTONOMIA DO PARENTESCO POR AFETIVIDADE FRENTE À
ORTOTANÁSIA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, como exigência parcial para obtenção do bacharelado em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Marília Rulli Stefanini

**Paranaíba/MS
2017**

L473a Leal, Taís Alves

A autonomia do parentesco por afetividade frente à ortotanásia no Brasil/
Taís Alves Leal. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.

79f.; 30 cm.

Orientadora: Profa Me Marília Rulli Stefanini.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade
Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Ortotanásia. 2. Princípio da afetividade. 3. Parentesco afetivo. I.
Leal, Taís Alves. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul,
Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345.05046

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

TAÍS ALVES LEAL

**A AUTONOMIA DO PARENTESCO POR AFETIVIDADE FRENTE À
ORTOTANÁSIA NO BRASIL**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do grau de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Orientadora:

Prof.^a Me. Marília Rulli Stefanini
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof. Dr. Isael José Santana
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof. Me. Aires David de Lima
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Dedico este trabalho aos meus pais, Conceição e Anédio (*in memoriam*), que sempre me incentivaram a estudar, ao meu companheiro Frederico, com a certeza do carinho, afeto, parceria e companheirismo, que sempre me reservou. Ao meu filho Arthur, por ser uma criança incrível, à minha irmã Bruna, que mesmo longe nunca me deixou desistir nas dificuldades que encontrei pelo caminho, e ao meu sobrinho-afilhado Nicolas, que trouxe mais felicidade e alegria à nossa vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por proporcionar este momento muito especial em minha vida. Aos meus pais que nunca mediram esforços para que pudesse iniciar a vida universitária e sempre destacaram a importância do estudo na vida de uma pessoa. Ao meu companheiro Frederico e ao meu filho Arthur que souberam compreender os momentos de ausência ao longo da minha vida acadêmica. À Silvia, Helder, Francielle e Márcia por sempre cuidarem tão bem do Arthur para que eu pudesse frequentar as aulas, aos meus amigos de estágio no Fórum: Elaine, Sheila, Júnior Eduardo, Lucinda e Alexandre os quais possuo imensa admiração e apreço. Ao Professor Drº Isael José Santana por toda atenção e gentileza. E por fim, à minha orientadora, professora Mestre Marília Rulli pela paciência e os ensinamentos disponibilizados ao longo deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar o parentesco por afetividade frente à autorização da ortotanásia, e, para tanto se abordou a eutanásia e ortotanásia, bem como o tratamento jurídico brasileiro sobre o assunto. Apesar de haver Projetos de Lei na tentativa da sua legalização, o procedimento ainda é ilícito no país, configurando prática homicida perante a legislação penal. Apesar disso, existem Resoluções do Conselho Federal de Medicina regulamentando a possibilidade da ortotanásia, em respeito à decisão do paciente ou do representante legal. Corroborando isso, o Projeto de Lei do Senado de nº 236, 2012, traz a iniciativa de um novo Código Penal, e, neste, a ortotanásia foi inserida como excludente de ilicitude. Neste projeto, nos casos de incapacidade do paciente para a autorização da ortotanásia, poderão os ascendentes, descendentes, cônjuge, companheiro ou irmãos decidirem pela realização do procedimento, não constando, expressamente, no rol, o parentesco por afetividade. Diante das considerações acima expostas, conclui-se que o princípio da afetividade deverá ser reconhecido frente à possibilidade para a autorização do procedimento ortotanástico, equiparando-se assim aos direitos inerentes às relações de parentescos biológicos. Não há qualquer distinção entre parentescos biológicos ou afetivos, e, portanto, não poderá a mesma existir quando se tratar de autorização para prática da ortotanásia, caso a mesma seja permitida por meio da alteração do Código Penal. Por fim, ressalta-se que a presente pesquisa possui como base metodológica, dados documentais, bibliográficos, estudos em dissertações, teses e alguns sítios da web, adotando-se, para tanto, o método dedutivo de pesquisa científica.

Palavras-chave: Ortotanásia, Princípio da afetividade, Parentesco afetivo.

ABSTRACT

The purpose of the present study is to analyze the kinship by affectivity in relation to the authorization of orthotanasia, and for that purpose, the euthanasia and orthotanasia were discussed, as well as the Brazilian legal treatment on the subject. Although there are Bills in the attempt to legalize it, the procedure is still illegal in the country, configuring homicidal practice according to criminal law. Despite this, there are Resolutions of the Federal Council of Medicine regulating the possibility of orthotanasia, in respect to the decision of the patient or the legal representative. Corroborating this, the Bill from the Senate No. 236, 2012, brings the initiative of a new Penal Code, and, in this, the orthotanasia was inserted like excluding of elicited. In this Bill, in cases of patient incapacity to the authorization of the orthotanasia, the ascendants, descendants, spouse, partner or siblings may decide to perform the procedure, and there is no explicit in this list the affective kinship. According of the above considerations, it is concluded that the principle of affectivity should be recognized in relation to the possibility of authorizing the orthotanasia procedure, thus being equated with the rights inherent to biological kinship relations. There is no distinction between biological or affective kinship, and, therefore, it cannot exist when it is about an authorization for the practice of orthotanasia, if it is allowed by means of the amendment of the Penal Code. Finally, it is emphasized that the present research has as a methodological basis, documental and bibliographic data, studies in dissertations, thesis and some websites, adopting, for that, the deductive method of scientific research.

Keywords: Orthotanasia, Principle of affectivity, Affective kinship.

LISTA DE SIGLAS

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

USP – Universidade de São Paulo

Icesp - Instituto do Câncer do Estado de São Paulo

CFM - Conselho Federal de Medicina

OMS - Organização Mundial da Saúde

CCJ – Comissão de constituição e justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

PSB – Partido Socialista Brasileiro

IBDFAM - Instituto Brasileiro do Direito de Família institui o Estatuto das Famílias.

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro

CCJC - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A ORTOTANÁSIA E OS PRINCÍPIOS INERENTES AO SER HUMANO.	12
1.1 Considerações sobre a ortotanásia	12
1.1.1 Conceito ortotanásia	12
1.2 Breves considerações acerca dos "cuidados paliativos"	14
1.3 Princípios Jurídicos	15
1.3.1 Princípio constitucional do direito à vida	16
1.3.2 Princípio constitucional do direito à liberdade	18
1.3.3 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana	20
1.4 Normas brasileiras relacionadas à ortotanásia	22
1.4.1 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006	22
1.4.2 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931 de 2009	25
1.4.3 A ortotanásia no projeto de Lei do Senado nº 524/2009	26
1.4.4 A ortotanásia no Projeto de Lei nº 236/12	30
1.5 Direito Comparado	31
1.5.1 Holanda	32
1.5.2 Uruguai	33
1.5.3 Bélgica	34
2 A AFETIVIDADE COMO BASE DAS FAMÍLIAS MODERNAS	37
2.1 Do Direito de Família	37
2.1.1 Conceito de Família	37
2.2 Evolução histórica	39
2.3 Princípios Constitucionais Aplicáveis à Família	45
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	46
2.3.2 Princípio da solidariedade	48
2.3.3 Princípio da afetividade	49
2.3.4 Princípio da igualdade	50
3 O RECONHECIMENTO DO PARENTESCO POR AFETIVIDADE	52
3.1 O Afeto Como Valor Jurídico	52
3.1.1 Do poder familiar	55
3.1.2 O abandono afetivo	57
3.2 Projetos de Lei	61

3.2.1 Projeto de Lei nº 4.294 de 2008	61
3.2.2 Projeto de Lei 470/2013 - Estatuto das famílias.....	62
3.3 Entendimentos sobre a morte.....	62
3.4 Vínculo consanguíneo, por afinidade e afetivo	63
3.5 Vínculo consanguíneo x afetivo e o entendimento dos tribunais.....	65
3.6 O parentesco por afetividade frente à autorização da ortotanásia	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas mudanças no ordenamento jurídico, uma delas foi a evolução frente ao direito de família, assegurando a igualdade de direitos e deveres entre os filhos, sendo eles biológicos ou adotivos, demonstrando uma equiparação entre os laços afetivos e os consanguíneos. Admitiu-se ainda a aplicação das leis concernentes ao casamento à união estável, inclusive quanto aos direitos e deveres entre os cônjuges, e o tocante a herança.

Com todas as garantias dos princípios constitucionais, surge, mesmo que implicitamente, o princípio da afetividade, destacando a importância do afeto no seio familiar, modificando a visão sobre a constituição da família que buscava apenas a procriação, passando a valorizar os sentimentos e a busca pela felicidade dos indivíduos.

Deste modo, a sociedade evoluiu no tocante à formação da família, fazendo com que o judiciário reconhecesse por meio de jurisprudências outros tipos de famílias, como por exemplo a união homoafetiva. Com diversos julgados neste sentido, em 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução nº 175/2013 obrigava aos cartórios que realizassem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, independente do entendimento pessoal do notário.

Segundo entendimento doutrinário, a afetividade é a base da família contemporânea, valorizando esta compreensão há diversos julgados reconhecendo o vínculo afetivo sobre o vínculo consanguíneo, levando em consideração que a afetividade não é imposta, é cultivada dia a dia na convivência e no cuidado entre os familiares.

Neste sentido, o parentesco por afetividade gera diversos entendimentos jurisprudências, por se tratar de um assunto relativamente novo frente ao ordenamento jurídico, contudo, já houve julgados favoráveis ao reconhecimento do parentesco por afetividade, inclusive em relação ao direito sucessório e a obrigação alimentar.

Diante disso, o presente trabalho busca, com base em análises jurisprudenciais e doutrinários, demonstrar a autonomia do parentesco por afetividade na questão da possibilidade de decidir a ortotanásia de um ente familiar.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 236 de 2012 que traz o novo Código Penal, o qual regulamenta a ortotanásia e a eutanásia, estabelecendo um rol de parentesco que poderá decidir pelos procedimentos nos casos em que o paciente não puder exprimir sua vontade, sendo eles os ascendentes, descendentes, cônjuge, companheiro e

irmãos, ficando omissos quanto ao parentesco por afetividade. Nesta perspectiva, far-se-á um estudo aprofundado sobre o procedimento da ortotanásia e como os laços afetivos estão se expandindo e conquistando cada vez mais direitos através do seu reconhecimento pelo legislador.

1 A ORTOTANÁSIA E OS PRINCÍPIOS INERENTES AO SER HUMANO

1.1 Considerações sobre a ortotanásia

1.1.1 Conceito ortotanásia

Francis Bacon (1623) foi o primeiro filósofo a questionar profundamente sobre os tratamentos das doenças incuráveis. Em sua obra *Historia vitae et mortis*, propôs o termo “Eutanásia” - de origem grega, o qual significa “boa morte” ou “morte piedosa”, bem como trazia em um de seus capítulos a ação de um médico que fornecia a um paciente, sem perspectivas de cura, uma morte doce e tranquila. O termo ortotanásia, também tem origem grega, sendo “ortotanatos” - ‘orto’, certo; ‘tanatos’, morte: morte no momento certo, diferencia-se da eutanásia por não haver o abreviamento da vida, e sim, deixar a doença seguir o seu curso e que terá por fim a morte.

Bacon (1623, *apud* CELESTE 1992, p. 209) se expressa no sentido de que "o médico deve acalmar os sofrimentos e as dores não apenas quando este alívio possa trazer a cura, mas também quando pode servir para procurar uma morte doce e tranquila". Assim, não caberia à medicina apenas trazer a cura, como também acalmar aos pacientes e lhes garantir uma boa morte, nos casos em que esta seria inevitável.

A partir das concepções de Bacon, vários autores passaram a buscar um conceito para a eutanásia, a exemplo de Royo-Vilanova (1977, p. 245) que diz:

A morte suave e tranquila, sem dores físicas nem torturas morais, que pode sobrevir de modo natural nas idades mais avançadas da vida, de um modo sobrenatural, como graça divina ou sugerida por uma exaltação de virtudes estóicas, e que pode ser provocada artificialmente, tanto por motivos eugênicos quanto para fins terapêuticos, para suprimir ou abreviar uma inevitável, longa e dolorosa agonia; porém, sempre com prévia regulamentação legal ou consentimento do enfermo.

Portanto, para Royo-Vilanova (1977) a eutanásia pode ser concebida como uma forma de colocar fim ao sofrimento do paciente, seja por decorrência de doenças ou da idade, abreviando a agonia inevitável daqueles que se encontram em fase de vida terminal, estado vegetativo, ou aqueles que a medicina não possa mais lhes oferecerem uma qualidade de vida digna, sem dores físicas, atentando-se para a criação de dispositivos legais e ainda que haja o consentimento do enfermo.

De modo simplificado, "a eutanásia, chamada de morte misericordiosa ou piedosa, é a que é dada a uma pessoa que sofre de uma enfermidade incurável ou muito penosa, para

suprimir a agonia demasiado longa e dolorosa". (SANTOS, 1992. p. 209 *apud* RODRIGUEZ, 1990).

Assim, diante das citações acima, pode-se compreender a ortotanásia como uma espécie de eutanásia, apesar de serem procedimentos diferentes ambas defendem que o paciente em estado terminal poderá optar por sua morte, uma vez que esta seria inevitável, e o tratamento lhe causará grande sofrimento. Na ortotanásia a doença segue seu curso, sendo aplicados apenas procedimentos paliativos para aliviar a dor do paciente, sem nenhum meio extraordinário ou artificial para adiar sua morte e estender seu sofrimento. Na eutanásia há antecipação da morte por meios artificiais.

A esse respeito Villas Boas (2005, p. 73, grifo do autor) argumenta que:

A ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, assim, a morte a seu tempo, ou a morte no tempo correto, nem antes nem depois da hora. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adia-lo. Diz que não há encurtamento do período vital, uma vez que este já se encontra em inevitável esgotamento. Tampouco se recorrem a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos (paliativos), tão somente para diminuir as dores físicas que a doença acarreta.

Assim, a ortotanásia se configura na suspensão de tratamentos que não reflitam mais melhoras no paciente, mantendo o necessário para viver, como a alimentação e cuidados paliativos para anestesiá-las suas dores e lhe propiciar uma vida mais próxima do que teria normalmente, ou seja, mesmo que o paciente opte por deixar a doença seguir seu curso, sem que haja um prolongamento da vida de forma extraordinária, os procedimentos básicos como alimentação e cuidados paliativos serão fornecidos até sua morte.

Não seria ético insistir ao paciente para realizar um tratamento sem perspectivas de melhora. Nesse sentido Pessini e Barchifontaine (2000, p. 135) nos ensinam que:

Iniciar ou continuar um tratamento que é medicamente fútil ou que não preveja um efeito benéfico é considerado prática não profissional. Nenhum médico é obrigado a iniciar um tratamento que é ineficaz ou que resulta somente no prolongamento do processo de morrer. Aliviar a dor e o sofrimento é considerado um dever médico, mesmo quando as intervenções implicam que a vida pode ser abreviada como consequência.

Seguindo esse ensinamento, não pode o médico submeter o paciente a um tratamento que será ineficaz, apenas com o intuito de prolongar-lhe a vida, uma vez que não há mais procedimentos que possam curar o paciente ou que apresente melhora no grau de sua doença. No entanto, é dever do médico agir de modo a administrar medicamentos para diminuir a dor do paciente, sem prolongar com meios inúteis, sua vida.

1.2 Breves considerações acerca dos "cuidados paliativos"

Ao se abordar assunto relativo à ortotanásia é importante ressaltar a possibilidade do uso de cuidados paliativos ao paciente terminal, esses cuidados estão voltados para o conforto desse paciente cuja recuperação não será mais possível.

A origem da palavra "paliativo" é identificada na expressão latina *pallium*, cujo significado é manto ou coberta. A necessidade de orientar aos cuidados médicos nesse sentido se relaciona com a melhoria das condições de vida da população ao redor do mundo. Com efeito, o aumento da expectativa de vida acabou por exigir a ampliação dos horizontes da medicina, já que a tradicional medicina centrada no ataque à doença não era adequada para tratar dos portadores de patologia crônica. (CHAVES, 2011)

Em 1990, a OMS (Organização Mundial da Saúde)¹ definiu que os cuidados paliativos:

- 1 - Proporcionam alívio da dor e outros sintomas angustiantes;
- 2 - Afirmam a vida e compreende a morte como um processo normal;
- 3 - Não pretendem apressar ou adiar a morte;
- 4 - Integram os aspectos psicológicos e espirituais do cuidado para com o paciente;
- 5 - Oferecem um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viverem tão ativamente quanto possível até a morte;
- 6 - Usam uma abordagem de equipe para atender às necessidades dos pacientes e suas famílias, incluindo o apoio emocional com o luto, quanto seja indicado;
- 7 - Melhoram a qualidade de vida e podem também influenciar positivamente no curso da doença;
- 8 - Podem ser praticados em fase inicial da doença, junto com outros tratamentos que possam prolongar a vida, como a quimioterapia ou a radioterapia, e incluem a realização de pesquisas necessárias para compreender a lidar melhor com complicações clínicas angustiantes. (Tradução Livre)

¹ Los cuidados paliativos: alivian el dolor y otros síntomas angustiantes;

- afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal;
- no intentan ni acelerar ni retrasar la muerte;
- integran los aspectos psicológicos y espirituales del cuidado del paciente;
- ofrecen un sistema de apoyo para ayudar a los pacientes a vivir tan activamente como sea posible hasta la muerte;
- ofrecen un sistema de apoyo para ayudar a la familia a adaptarse durante la enfermedad del paciente y en su propio duelo;
- utilizan un enfoque de equipo para responder a las necesidades de los pacientes y sus familias, incluido el apoyo emocional en el duelo, cuando esté indicado;
- mejoran la calidad de vida, y pueden también influir positivamente en el curso de la enfermedad;
- pueden dispensarse en una fase inicial de la enfermedad, junto con otros tratamientos que pueden prolongar la vida, como la quimioterapia o la radioterapia, e incluyen las investigaciones necesarias para comprender y manejar mejor complicaciones clínicas angustiosas.

<http://www.who.int/cancer/palliative/en/> acessado em 15/07/2017

Assim, a medicina paliativa pode ser usada em diversas situações, inclusive combinada com outros tratamentos mais evasivos, a fim de diminuir o mal-estar nos pacientes proporcionando melhor qualidade no tratamento e mais aceitação pelo paciente. Os cuidados paliativos envolvem não só medicações, como também apoio emocional, intensificando o vínculo médico-paciente.

Desse modo, os cuidados paliativos aliviam as dores e os sofrimentos dos pacientes terminais, no entanto, não possuem a função de prolongar sua vida. Uma vez que esses cuidados não agem contra a doença, deixando que a mesma siga seu curso normalmente, diminuindo apenas seus sintomas.

1.3 Princípios Jurídicos

O termo “princípio” tem diversas acepções, sendo que eles emanam, normatizam e limitam todo o conhecimento jurídico, apresentando extrema importância para o Direito.

Plácido e Silva (1961, p. 1220) explicam que:

No sentido jurídico, notadamente no plural, princípio quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.

E assim, princípios revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixaram para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.

Diante disso, segundo os autores, os princípios são regras fixadas que são considerados a base para a transformação e adequação das normas jurídicas, os quais foram se tornando efetivados a partir dos costumes e transferidos de geração a geração. Os princípios são a base do sistema jurídico, devendo sempre ser obedecidos, pois uma vez abalados, todo o ordenamento poderá entrar em conflito.

Pode-se observar que não há um conceito definido sobre o termo “princípios”, porém, há um consenso/entendimento no aspecto de que os princípios constitucionais fundamentais são postos como base, referência e normas basilares que constituem todo o ordenamento jurídico.

1.3.1 Princípio constitucional do direito à vida

O direito à vida é um direito natural, inerente a todo ser humano que nasce com vida, garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º *caput*, bem como em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tais como: A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de Julho de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; entre outros, os quais garantem, internacionalmente, o direito à vida, sendo que o Brasil é signatário dos mesmos.

Fabris (1999, p. 128) em seu livro, *A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica* explica que “O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar.”

Conforme o autor, o direito à vida é natural do ser humano, vez que a partir do seu nascimento com vida já passa a ser titular de seus direitos defendidos pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o conceito de “vida” ainda é muito controverso, uma vez que, ainda não há consenso sobre o início da vida humana. No entanto, afirma-se que o início da vida ocorre após a fertilização do óvulo que ocorre com a fusão dos gametas. Após constituição do zigoto não há nenhuma fase em que o embrião adquira contribuição ontogênica, ou seja, contribuição para ser o que é. Assim, a partir da fecundação há um novo ser humano existente.

Assim, segundo o autor acima citado, entende-se que a vida se dá a partir da fecundação, ou seja, no momento em que o óvulo é fertilizado pelo espermatozoide, após isso, há as fases de desenvolvimento da vida (FABRIS, 1999). Ou seja, uma vez que está fora concebida, durante a gestação, há sucessivas etapas que o feto passa para amadurecer e se desenvolver, preparando-se para a vida fora do útero.

Para Alexandre de Moraes (2002, p. 176):

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.

Segundo o autor, o direito à vida está ligado diretamente as condições básicas para uma vida digna, sendo obrigação do Estado garantir um nível que respeite os princípios fundamentais e forneça meios para que cada ser humano possa ter uma vida digna, com saúde, educação, trabalho e lazer.

No entanto, quando não se respeita a vontade do paciente quanto ao seu tratamento sem efeitos, viola-se sua autonomia e até mesmo sua dignidade, submetendo-o a tratamentos inúteis e desumanos, posto isso, não se podendo dizer que há o respeito à vida, pois a vida em si deve ser de qualidade e nessa qualidade está incluso o bem-estar físico, psicológico, social e econômico.

Conforme nos traz Sá (2005, p. 32):

A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais, não deve mais encontrar guarida no Estado de Direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indizível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer.

Diante o exposto, o prolongamento da vida de um paciente em fase terminal, visando apenas a lhe garantir a vida, sem que haja qualquer dignidade, é um meio cruel e que não caberia ao Estado ou ao ordenamento jurídico decidir por aquele que já se encontra no fim da vida. Sendo que, quando cessa a qualidade de vida, cessa também a dignidade. Assim, cabe ao paciente decidir entre continuar com tratamentos, muitas vezes, ineficazes e que não garantem melhoras, ou se opta pela ortotanásia, com tratamentos paliativos que inibem a dor e o mal estar, porém não agem contra a doença.

1.3.2 Princípio constitucional do direito à liberdade

A liberdade é um preceito fundamental garantida na Constituição Federal/88 em seu artigo 5º, II que dispõe que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”. E ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo III traz que: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e a segurança pessoal”.

A lei nos garante a liberdade de modo geral, abrangendo desde o direito de ir e vir até mesmo para tomarmos decisões, desde que a própria Lei não a vede, somos todos livres para decidirmos. A Declaração traz ainda, de modo expresso, que não há distinções para exercer os direitos à vida e a liberdade, todos somos iguais e temos direitos iguais.

Ao falarmos de liberdade podemos relacioná-la à igualdade, pois todos são igualmente livres, independente de raça, cor, sexo e religião, direitos esse que são garantidos pela Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 5º, *caput*.

Para Magalhães (2000, p. 89-90):

Da mesma forma que as Declarações de direitos afirmam que os homens nascem livres, também afirmam que estes nascem iguais em direitos. Esta igualdade é a base sólida sobre a qual se sustentarão as liberdades individuais. Não haverá jamais a liberdade onde não haja igualdade (...). A igualdade a partir do pensamento de Rousseau e dos filósofos do século XVIII será inseparável da liberdade, pois será condição fundamental para a realização desta.

Assim, Magalhães (2000) entende que a igualdade é a base de sustentação das liberdades individuais, não existindo igualdade sem liberdade, sendo uma condição fundamental para a outra. Portanto, não haveria sentido algum separar ambas.

Liberdade é autonomia para dizer o que se pensa, ir e vir de onde e para onde quiser, poder cultuar o seu Deus, escolher onde trabalhar, onde morar e mais uma infinidade de escolhas que se pode tomar, desde que a Lei não o impeça.

Como também nos ensina Sá (2005, p. 50):

[...] é que a vida deve prevalecer como direito fundamental oponível *erga omnes* quando for possível viver bem. No momento que a saúde do corpo não mais conseguir assegurar o bem-estar da vida que se encontra nele, há de ser considerados outros direitos, sob pena de infringência ao princípio da igualdade. É que a vida passará a ser dever para uns e direito para outros [...].

Conforme o ensinamento deve-se assegurar a vida enquanto há uma vida digna, com qualidade e autonomia, a partir do momento que não há mais meios que possa manter o

bem-estar e se perde a qualidade de vida, deve-se levar em conta todos os outros direitos e defender o direito do enfermo decidir sobre qual recurso tomar.

Após os pareceres médicos e exames que comprove quão letal é a doença, o médico deve explicar ao paciente, ou ao seu responsável, quais são os possíveis tratamentos e quais os efeitos poderão lhe causar. E ainda, devendo levar ao seu conhecimento quais as chances de cura, esclarecendo-lhe todas as suas dúvidas para caber ao paciente a livre decisão sobre qual tratamento fará ou se optará apenas pelos meios paliativos.

A esse respeito Borges (2001, p. 295) defende que:

A inobservância dessa vontade, por parte dos médicos, pode caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e até lesões corporais, conforme o caso. O paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas da terapia, decidir se vai submeter ao tratamento ou, tendo esse já iniciado, se vai continuar com ele.

Contudo, se, com a apresentação do real quadro do paciente o mesmo se negar a manter o tratamento e optar pelos meios paliativos, não seria justo os médicos obrigarem o mesmo a continuar com os medicamentos e meios que muitas vezes causam mais sofrimento ao paciente do que os sintomas da doença. Devendo o médico responder penalmente por manter o enfermo em uma situação que não respeitou sua liberdade de poder decidir se continua ou não.

Desse modo, Sá (2005, p. 135) entende que:

[...] a ortotanásia afigura-se no exercício regular da medicina, a consulta à família se torna necessária, a uma, porque são os parentes os guardiões do interesse do incapaz; a duas, porque tal medida traria segurança ao médico, evitando-se possível ação judicial contra o profissional.

Assim sendo, caso o paciente não puder decidir, caberá à família, como guardiã dos interesses do incapaz, decidir se o paciente será submetido ao tratamento indicado.

Para argumentar, Leite (2009, p. 161) leciona que o ser humano é detentor de livre arbítrio, sendo responsável pelas decisões que venha a tomar no que diz respeito ao exercício de seus direitos e cumprimento de suas obrigações. Assim, a capacidade de autodeterminação constitui o fundamento do direito de morrer. Portanto, é com fundamento proveniente da liberdade e da dignidade da pessoa humana que se assenta o direito de morrer.

Por fim, o princípio da liberdade também nos garante o direito de decidir enquanto paciente terminal, podendo seguir o tratamento médico recomendável, sendo

claramente explicado quais as chances de cura e os efeitos colaterais, ou um tratamento que tire as dores e o desconforto da doença.

1.3.3 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Norteador de todo ordenamento constitucional, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana está destacado logo no artigo 1º, III da Constituição Federal:

Artigo 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.

Assim, com a garantia constitucional, a Dignidade da Pessoa Humana engloba todos os direitos fundamentais e essenciais para que haja o mínimo de qualidade de vida, encontrando-se, referida dignidade, ligada a todas as pessoas, não se podendo abrir mão da mesma.

Para Sarlet (2001, p. 62), o conceito de dignidade humana é

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Portanto, pode-se entender a dignidade como um complexo de direitos e deveres, os quais são fundamentais e asseguram a vida digna a todo ser humano, defendendo-o de tratamentos degradantes e desumanos e, com isso, garantindo-lhe exigências mínimas para que tenha uma vida saudável.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi importante em universalizar e buscar concretizar referido princípio, pois garante vida digna, independente de raça, cor ou religião, condenando a opressão e discriminação, defendendo, assim, a igualdade e liberdade de todos os seres humanos.

Seguindo o disposto acima, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual marcou o fim do regime militar, o país voltou a ser parte da comunidade internacional de defesa dos direitos humanos, ratificando vários Tratados existentes internacionalmente, tais como: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura,

em 20 de julho de 1989; Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995, dentre outros.

Assim, a Constituição Federal de 1988 inova ainda, no final de seu artigo 5º estabelecendo que os direitos e garantias expressos na Constituição: “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988), ou seja, há incorporação dos enunciados dos tratados internacionais dos direitos humanos em que o Brasil seja signatário à Constituição. Ao permitir essa agregação, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 há uma mudança no artigo 5º, §3º que garante aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão força de emendas constitucionais. Os tratados anteriores a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 possuem valor de norma supralegal.

Assim, por meio do artigo 5º, §§ 1º e 2º CF/88 os Tratados Internacionais de Direitos Humanos apresentam natureza de norma constitucional com aplicação imediata, enquanto os demais tratados internacionais apresentam natureza infra-constitucional submetendo-se à sistemática da incorporação legislativa.

O preâmbulo da Declaração Universal elucida:

Considerando que os povos das nações Unidas reafirmaram, na carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, (...) A Assembleia geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações [...] (1948).

Portanto, perante a Lei, o simples fato de a pessoa existir já lhe garante direito a possuir uma vida digna, independente de qualquer outro fator ela deve ser tratada com dignidade, com igualdade, não ser oprimida, discriminada, nem humilhada por sua classe social ou por sua raça, devendo ter todos seus direitos fundamentais respeitados.

Não obstante, ao proceder ao prolongamento da vida de pacientes com doenças que a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, propiciando dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e

perda da liberdade, enseja questão de afronta à dignidade, à defesa pela liberdade e à inviolabilidade do indivíduo perante a desumanização e degradação. Nesse sentido, o presente trabalho passa a analisar as normas brasileiras relativas à ortotanásia, ou ao direito de não prolongar a vida quando demonstrada a impossibilidade de sobrevivência, o que, por certo, para alguns estudiosos, garante o respeito à Dignidade da Pessoa Humana, acima detalhada.

1.4 Normas brasileiras relacionadas à ortotanásia

1.4.1 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006

O Conselho Federal de Medicina (CFM) foi criado em 1951 e possui atribuições para fiscalizar e normatizar a prática médica, responsável também por aplicar sanções do Código de Ética Médica e atuar perante a saúde pública e a classe médica.

Bacon (1963 *apud* CELESTE, 1992, p. 209) se expressa no sentido de que "o médico deve acalmar os sofrimentos e as dores não apenas quando este alívio possa trazer a cura, mas também quando pode servir para procurar uma morte doce e tranquila".

Conforme a autora, a medicina deve confortar o paciente mesmo quando esta não poderá mais curá-lo de suas enfermidades, trazendo o acalento e aconchego para que o mesmo tenha uma morte serena.

Em alguns casos, não há mais qualidade e dignidade, vez que a doença e seus sintomas dilaceram o corpo, e a morte, esta que é irrenunciável durante a vida, acaba se tornando um martírio. Nessa luta contra a morte acaba-se perdendo o mais importante da vida, a dignidade, a liberdade e a qualidade de vida.

Nesse sentido, no dia 09 de novembro de 2006 o Conselho Federal de Medicina brasileiro editou um importante passo para a ortotanásia, qual seja a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006, que, por sua vez, confere direito aos médicos de que, em fase terminal de doenças graves e incuráveis, possam suspender os procedimentos que prolonguem a vida do paciente, devendo garantir-lhe cuidados básicos e necessários para aliviar o sofrimento, respeitando, ainda, a vontade do enfermo ou, se, for o caso, do seu representante legal.

A referida Resolução expedida pelo CFM é um ato administrativo, pois o órgão é uma autarquia, ou seja, ente da Administração pública, possuindo assim um caráter imperativo. (MEIRELLES, 1991)

Nesse sentido, imperioso ressaltar que a Resolução 1.805/2006 elucida:

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução n. 1.805 DE 28 de Novembro de 2006, publicado no D.O.U, Seção I, pg. 169)

Pode-se notar o intuito do legislador em garantir ao paciente terminal todos os seus direitos, incluindo sua dignidade. Atenta-se também ao vínculo de confiança entre o médico e o paciente, citando ainda o máximo zelo e empenho para seguir sempre a ética médica, trazendo como ponto importante o bem-estar dos pacientes incluindo o dever de ser objetivo quanto ao paciente portador de doença incurável, bem como em fase terminal.

Diante de todas essas considerações, que destacam a ética médica, o desejo do paciente e sua dignidade, o legislador conclui:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução n. 1.805 DE 28 de Novembro de 2006, publicado no D.O.U, Seção I, pg. 169)

Pode-se observar que a citada Resolução possui embasamento nos princípios fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, garantindo assim, sua harmonia com o ordenamento jurídico Brasileiro.

Apesar de serem apenas três artigos, nota-se a preocupação de referida Resolução com o ordenamento jurídico brasileiro, almejando garantir o máximo respeito ao doente,

inclusive quando redigiu o artigo 1º, enfatizando, desse modo, a quais pacientes pode-se aplicar a ortotanásia, descartando a hipótese àqueles que buscam a ortotanásia apenas como meio para ceifar sua vida, não se enquadrando nos casos descritos acima.

A partir do que se citou acima, não se pode sustentar que a ortotanásia equipara-se ao homicídio praticado pelo médico contra o paciente, uma vez que a mesma configura-se pela vontade do próprio paciente (ou de seus representantes legais – artigo 1º da Resolução), e, em razão de seus direitos, inclusive constitucionalmente previstos, poderá optar por deixar a doença prosseguir seu curso, já que os tratamentos médicos não combaterão a mesma, e com isso apenas prolongar sua vida de modo que, por vezes, a qualidade de vida do paciente não exista mais, ou, realize o procedimento da ortotanásia, que seria deixar a doença seguir seu curso, medicando-se o paciente para que não sinta dor ou algum outro mal estar resultantes da doença, todavia, sem nenhuma intervenção médica para o abreviamento da vida.

No mesmo sentido, o Artigo 2º da Resolução em comento, garante que, sabendo de todo seu diagnóstico e suas reais chances de reverter ou curar a doença, o paciente decidirá por abster-se do tratamento que prolongue seu estado incurável ou não, recebendo medicação e demais terapêuticos para que tenha, ou ao menos tente possuir, uma vida sem sofrimento.

Neste sentido, a edição de 15 de dezembro de 2005 da Revista *Super Interessante*² trouxe uma reportagem que retratava como os pacientes terminais se sentem permanecendo nos hospitais:

A ideia de qualidade de vida nos momentos finais também foi influenciada por outra constatação. Baseada em entrevistas com dezenas de pacientes terminais, a psiquiatra americana Elisabeth Kübler-Ross concluiu que a maioria deles sofre, além da dor física, com a separação da família, problemas financeiros, vergonha e até inveja de quem não está doente. 'Num hospital, a pessoa deixa de ser ela mesma, de ter suas coisas, roupas e funções para se tornar apenas um paciente, tendo que obedecer regras, horários para dormir e comer que não são seus'. É por isso que muita gente prefere ficar em casa com a família a ganhar uns dias do lado de outros doentes, equipamentos e enfermeiras, no Brasil, alguns estados já traçam leis nessa direção. Em São Paulo, o paciente terminal pode decidir quando e onde morrer. Uma lei sancionada em 1999 estabelece o direito de um doente recusar o prolongamento de sua agonia e optar pelo local da morte. O próprio Covas, que morreu de câncer, beneficiou-se dessa lei. (Revista SUPER INTERESSANTE, 2005 p. 54).

Conforme exposto, a alta hospitalar e o conforto de casa trazem ao paciente uma sensação prazerosa, ao contrário de permanecer internado no hospital, longe de sua casa, de sua família e de seus pertences. Em fase terminal, a dor dos familiares e do próprio doente é

² Revista Super Interessante: Quando a vida termina? Edição 221, 16.12.05, p. 54).

ainda maior, já que no hospital, suas visitas são limitadas, e mesmo que fique meses internado, a sensação de estar fora de sua casa, e a vontade de ficar próximo dos entes queridos, agravam ainda mais o paciente, causando mais desespero e sofrimento.

Nesse diapasão, aos pacientes, restam apenas aproveitar seus últimos dias, cabendo a eles a decisão de como serão tratados, se terão uma morte tranquila, com a doença seguindo seu curso, o que é inevitável, ou se prolongará sua vida com procedimentos que não lhes darão a cura, mas, alguma expectativa de sobrevida.

No mesmo sentido da Resolução acima exposta, no ano de 2009, insere no cenário brasileiro uma nova Resolução do Conselho Federal de Medicina, a qual, por sua vez, após reformulada, aprova o Código de Ética Médica, o qual se passa a analisar.

1.4.2 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931 de 2009

No dia 24 de setembro de 2009 entrou em vigor a Resolução nº 1931 a qual trouxe o atual Código de Ética Médica regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina, e que, por sua vez, reformulou o até então existente. Posto isso, o presente Código é subdividido em quatorze capítulos que abrangem desde os princípios fundamentais até a questão da publicidade médica.

Possuindo grande importância diante deste trabalho, o capítulo IV conta com nove artigos referentes aos direitos humanos, trazendo vedações aos profissionais, sendo as pertinentes ao presente trabalho as elencadas nos artigos abaixo citados:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 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.

Os artigos, de forma geral, evidenciam o dever médico em comunicar ao paciente seu real estado de saúde, devendo respeitá-lo caso suas vontades sejam contrárias à do profissional, ou seja, é vedado ao médico, sob pena de infração ética, ministrar qualquer medicamento ou tratamento ao paciente que não concordar com o mesmo.

Todavia, em caso de risco de morte, não há precisão acerca de referida autorização, já que, se houver severos riscos e o médico não realizar o procedimento, poderá

ter sua conduta enquadrada no crime de omissão de socorro prevista no artigo 153 do Código Penal Brasileiro, homicídio, conforme artigo 121 do Código Penal Brasileiro, ou até mesmo auxílio ao suicídio (a depender do caso) além das demais sanções administrativas possíveis.

Noutro giro, por força do artigo 24, acima citado, deverá o profissional médico sempre usar a medicina a favor do doente, inclusive quando este renunciar ao prolongamento artificial da vida, aplicando tratamento paliativo, e, buscando o máximo de conforto ao mesmo.

Assim sendo, da leitura do artigo retro-mencionado, compreende-se que o médico deverá respeitar a decisão do paciente acerca do seu bem-estar, sendo vedado àquele não garantir referido direito, sob pena, mais uma vez, de responsabilização administrativa, além das demais, quanto à infração ética cometida. Referida interpretação coaduna ao estudo da ortotanásia, que, por sua vez, encontra-se afirmada no Projeto de Lei n. 524 de 2009, no entanto, o referido Projeto foi arquivado, todavia, o Projeto de Lei nº. 236 de 2012 traz novamente a matéria para ser discutida.

1.4.3 A ortotanásia no projeto de Lei do Senado nº 524/2009

Com a mudança da humanidade e desenvolvimento de uma maior preocupação com a qualidade de vida, a estimativa de vida no Brasil vem sofrendo oscilações nos últimos anos. Assim, surge também a necessidade de adequação legal para tratar de assuntos relativos ao bem-estar da população e assegurar os princípios constitucionais que assegura melhor qualidade de vida.

Nos últimos anos, houve aumento preocupante em relação a doenças crônico-degenerativas, doenças como o câncer e a cardiopatias causaram mais mortes que as causas externas. Conforme dados divulgados pelo IBGE (2003), as “Estatísticas do Século XX”³ afirma que:

Na década de 1960 o panorama já era bem diferente. Em 1962, por exemplo, quando houve 34.145 mortes na cidade do Rio de Janeiro, o percentual de vítimas de doenças infecciosas e parasitárias já havia caído para 12% do total e sido superado pelas doenças circulatórias (19%). Ganharam importância também as mortes por câncer (11%) e doenças do sistema nervoso (10%). As do aparelho digestivo caíram para 8% e as do respiratório, para 7%. Por outro lado, subiu para 8% o percentual de mortes por "acidentes, envenenamentos e violências".

Já no final do século, segundo os dados mais recentes do Ministério da Saúde, de 1999, a maior causa de morte no Rio de Janeiro eram as doenças do aparelho

³ <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtml>> Acesso em 15/07/2017

circulatório (33,2%), seguida pelo câncer (17,1%). As mortes por causas externas (acidentes e violência) tornaram-se a terceira mais importante, com 12,9% do total. As doenças do aparelho respiratório representavam 12,1% das mortes, enquanto as doenças infecciosas e parasitárias caíram para 5,9%.

Sem muitas perspectivas de cura, os pacientes que sofrem com o câncer em estágio avançado renovam suas esperanças a cada nova substância que promete erradicar a doença, no entanto, muitas dessas substâncias sequer foram testadas, não sendo possível comprovar sua real eficácia.

Como acima exposto, a fosfoetanolamina ganhou grande repercussão como sendo a “Pílula do Câncer”, assim, pacientes que usavam a pílula fornecida pela USP (Universidade de São Paulo) recorreram da decisão de proibição tomada pelo presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), José Renato Nalini, que justificou o ato dizendo que “[...] não há nenhuma prova de que, em humanos, a substância reclamada, que não é um remédio, produza algum efeito no combate a doenças. Portanto, presentes os requisitos legais, o deferimento da suspensão é medida de prudência”. (Revista Super Interessante, 2015)⁴.

Todavia, os testes com a substância não foram satisfatórios, causando assim a suspensão dos tratamentos experimentais e o recrutamento de novos voluntários. A Revista Super Interessante (2017) mostra detalhes dos testes conduzidos pelo Instituto do Câncer do Estado de São Paulo (Icesp),

O estudo pretendia avaliar 210 pacientes com dez tipos diferentes de tumores: cabeça e pescoço, pulmão, mama, colorretal, colo de útero, próstata, melanoma, pâncreas, estômago e fígado. Seriam 21 voluntários por grupo.

Mas, dos 59 que já passaram por uma reavaliação após se submeterem por meses ao tratamento, apenas um obteve resposta significativa. “Isso é muito aquém do que desejávamos”, lamenta o oncologista Paulo Hoff, líder da investigação e diretor-geral do Icesp.

Todos os outros viram a doença evoluir. “Diante disso, decidimos suspender o trabalho. Até porque não seria ético submeter mais gente a um tratamento que não vem surtindo efeito”, explica Hoff. (Revista Super Interessante, 2017)⁵

Conforme mostram as pesquisas, a incidência das doenças como câncer e que afetam o sistema nervoso vêm crescendo a cada ano. Apesar de pesquisas e tratamentos em busca de melhor qualidade de vida ao paciente com câncer, as chances de cura ainda são pequenas e alguns tratamentos para tentar controlar a doença causam efeitos colaterais terríveis aos pacientes, como: dor, fadiga, vômito e ainda depressão.

⁴ <<http://super.abril.com.br/saude/droga-anticancer-criada-na-usp-e-proibida-pela-justica/>> Acesso em 15/07/2017

⁵ <<http://super.abril.com.br/ciencia/cientistas-decidem-frear-testes-com-a-pilula-do-cancer/>> Acesso em 09 junho 2017.

Visando garantir direitos aos pacientes em fase terminal o Senador Gerson Camata propôs em novembro de 2009 o Projeto de Lei nº 524, inovando o ordenamento jurídico ao regulamentar sobre os direitos dos pacientes terminais.

Porém, o projeto foi arquivado em 26/12/2014, ao final da 54ª Legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno e do Ato da Mesa nº 2, de 2014. Publicado seu arquivamento no Diário do Senado Federal nº 210, no dia 23/12/2014, nas páginas 42.

O artigo 2º do aludido Projeto garantia que, mesmo que o paciente optasse por não fazer o tratamento, ele tinha o direito aos cuidados paliativos que lhe oferecessem conforto e minimizasse seu sofrimento, pois, mesmo que se abduque dos procedimentos que poderiam levar à possível cura, é seu direito receber auxílio medicamentoso a fim de que sinta minimamente os sintomas de sua doença.

Na mesma sistemática, o legislador propunha no artigo 4º do mencionado instituto que os profissionais da saúde, em casos de pacientes com doenças terminais, deveriam zelar e tentar preservar a lucidez do paciente, bem como aliviar as dores, garantindo, quando possível, o contato do enfermo com os familiares e demais membros afetivos.

Seguindo essa linha de raciocínio, o artigo 5º do mesmo projeto assegurava ainda os direitos do paciente:

É direito da pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde de ser informada sobre as possibilidades terapêuticas, paliativas ou mitigadoras do sofrimento, adequadas e proporcionais à sua situação.

§ 1º Quando, em decorrência de doença mental ou outra situação que altere o seu estado de consciência, a pessoa em fase terminal de doença estiver incapacitada de receber, avaliar ou compreender a informação a que se refere o *caput*, esta deverá ser prestada aos seus familiares ou ao seu representante legal.

§ 2º É assegurado à pessoa em fase terminal de doença, aos seus familiares ou ao seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. (BRASIL, Projeto de Lei n. 524, art. 5º)

Conforme o artigo apresentado, para que o paciente pudesse decidir entre o procedimento indicado e os cuidados paliativos, era de extrema importância que lhe fosse apresentado pelo médico todas as possibilidades e meios adequados à situação. Entretanto, se porventura o paciente em fase terminal não estivesse em estado de consciência, poderia um familiar ou representante legal decidir sobre a qual tratamento o mesmo seria submetido. Podia, ainda, o paciente, ou seus familiares ou representantes, solicitar nova avaliação feita por outro médico, antes de decidirem qual procedimento seria adotado.

Todavia, o artigo 6º do Projeto em comento mostra-se o pilar central para o assunto proposto neste trabalho, tratando de um ponto de extrema importância, o qual reside na decisão do paciente ou dos familiares sobre a opção da Ortotanásia:

Art. 6º - Se houver manifestação favorável da pessoa em fase terminal de doença ou, na impossibilidade de que ela se manifeste em razão das condições a que se refere o § 1º do art. 5º, da sua família ou do seu representante legal, é permitida, respeitado o disposto no § 2º, a limitação ou a suspensão, pelo médico assistente, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida.

§ 1º Na hipótese de impossibilidade superveniente de manifestação de vontade do paciente e caso este tenha, anteriormente, enquanto lúcido, se pronunciado contrariamente à limitação e suspensão de procedimentos de que trata o *caput*, deverá ser respeitada tal manifestação.

§ 2º. A limitação ou a suspensão a que se refere o *caput* deverá ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente e será submetida à análise médica revisora, definida em regulamento. (grifo nosso) (BRASIL, Projeto de Lei n. 524, art. 6º)

Neste sentido, segundo o artigo acima citado, caberia ao próprio paciente decidir pela suspensão de meios extraordinários que prolongassem artificialmente sua vida. Caso optasse por suspender o tratamento, receberia os cuidados paliativos para aliviar os sintomas, sem interferir no curso da doença, optando-se por manter o paciente em sua casa. No entanto, caso não aceitasse, o médico continuaria ministrando o tratamento prescrito.

Destarte, evidencia-se que o artigo garante o Direito daqueles que não podem mais exprimir suas vontades, como por exemplo: uma pessoa que vive em estado vegetativo sem nenhuma perspectiva de melhora, cabendo assim, ao representante legal ou familiar tomar a decisão de deixar que a doença siga seu curso e não prolongar o sofrimento do ente com meios artificiais ou tratamentos desproporcionais.

Caso o paciente, antes de apresentar a incapacidade, tenha se manifestado contra a suspensão dos procedimentos, esse desejo deverá ser respeitado, mesmo que seus familiares, ou representante legal, optem a favor da suspensão do tratamento este não deverá ser suspenso.

Cabe ao médico registrar e fundamentar o quadro de incapacidade do paciente, devendo ainda constar em seu prontuário e submetido à análise da médica revisora, tudo para garantir que o paciente, tampouco a equipe médica, usem a ortotanásia em casos em que não é devida, tal como em situações de reversibilidade da patologia.

Para garantir ao paciente todos os seus direitos, o artigo 7º do Projeto traz de modo objetivo que mesmo optando pelo procedimento da ortotanásia, ele terá uma vida digna, com qualidade e sem nenhuma discriminação:

Art. 7º - Mesmo nos casos em que houver a manifestação pela limitação ou suspensão de procedimentos a que se refere o art. 6º, a pessoa em fase terminal de doença continuará a receber todos os cuidados básicos, normais ou ordinários necessários à manutenção da sua vida e da sua dignidade, bem como os procedimentos proporcionais terapêuticos, paliativos ou mitigadores do sofrimento, assegurados o conforto físico, psíquico, social e espiritual e o direito à alta hospitalar. (BRASIL, Projeto de Lei n. 524, art. 7º)

Desse modo, seria assegurado ao paciente desfrutar ao máximo de sua vida, mesmo que tenha optado pela ortotanásia, recebendo todo suporte médico para ter uma vida digna dentro ou fora do hospital.

Mesmo com toda inovação que o Projeto de Lei nº 524 de 2009 trouxe, ele acabou sendo arquivado em dezembro de 2014. Conforme dito anteriormente, no entanto, no ano de 2012 surge um novo Projeto discutindo o Código Penal e com isso a temática da ortotanásia, como se observará a seguir.

1.4.4 A ortotanásia no Projeto de Lei nº 236/12

No ano de 2012 foi colocando em pauta a reforma do Código Penal Brasileiro por meio do Projeto de Lei nº 236, onde, por sua vez, existem alterações importantes quanto à ortotanásia. Com o projeto, propõe-se a inclusão do artigo 122 que tratará exclusivamente sobre a eutanásia.

O aludido artigo sofreu mudanças significativas nos últimos anos, uma dessas mudanças foi a inclusão do feminicídio, o qual, por sua vez, denota o homicídio cometido contra mulheres, por razões da condição do sexo feminino. Seus parágrafos abrangem os mais diversos tipos de homicídio, defendendo a vida em todas as circunstâncias.

Com Projeto de Lei nº 236 de 2012, o artigo 122 assegurará que:

Art. – 122

[...]

Eutanásia

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 estritos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. (BRASIL, Projeto de Lei n. 236, art. 121)

Conforme o projeto, o agente será penalizado ao agir de modo que abrevie a vida do paciente terminal, no entanto, o juiz analisará o caso podendo deixar livre de pena aquele que praticou a eutanásia, o artigo não traz quais circunstâncias poderão levar o juiz à extinção da punibilidade.

Contudo, não haverá crime quando o agente deixar de utilizar meios extraordinários que mantenham a vida do paciente em casos de doenças irreversíveis, devendo ter o diagnóstico atestado por dois médicos e ainda o consentimento do paciente, se impossibilitado, com a autorização de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

A proposta do Projeto de Lei nº 236 de 2012 visa a reforma do Código Penal Brasileiro, sendo dividido em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541). A sua última movimentação foi na data de 14/06/2017, em que teve por ação, através da 20ª Reunião Ordinária, realizada nesta data, a Comissão aprovou o Requerimento nº 22, de 2017-CCJ, de iniciativa do Senador Antônio Anastasia, para a realização de Audiência Pública em data oportuna para instruir a matéria. A partir de então, aguarda a realização de audiência pública.

Assim, reconhece-se a necessidade de uma adequação jurídica quanto ao fato dos pacientes terminais poderem optar pela ortotanásia. O Projeto de Lei ainda está em tramitação e aguarda audiência pública.

1. 5 Direito Comparado

Em diversas partes do mundo, a ortotanásia é um assunto muito controverso, sendo que nas legislações internacionais não há uma autorização específica do procedimento da ortotanásia, seguindo-se de maneira análoga sua interpretação em relação à eutanásia. Assim, muitos países reconheceram a eutanásia, criando suas leis e determinando os requisitos para que haja o perdão judicial.

1.5.1 Holanda

Nesse ínterim, a Holanda é um dos países pioneiros na legalização da eutanásia, sendo que desde 1973 se debate a eutanásia no país, no entanto, a Lei de 12 de abril de 2001 alterou os artigos 293 e 294 da lei criminal holandesa, regulamentando sobre o Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, e alteração do Código Penal e da Lei de Entrega do Corpo⁶.

Posto isso, demonstra-se que o artigo 2^o⁷ da Lei traz os requisitos os quais devem ser seguidos pelo médico para que se caracterize a eutanásia:

§1º As exigências de cuidado, mencionadas no artigo 293, § 2º, do Código Penal determinam que o médico: a) deve ter-se sentido convencido de que houve uma solicitação voluntária e bem pensada do paciente; b) deve ter-se sentido convencido de que o paciente sofria de dores sem perspectiva e insuportáveis; c) deve ter esclarecido ao paciente sobre a situação na qual ele se encontrava e sobre suas perspectivas; d) deve ter-se convencido com o paciente de que não havia outra solução razoável para a situação na qual este se encontrava; e) deve ter consultado ao menos um outro médico independente que tenha visto o paciente e escrito um parecer sobre as exigências de cuidado, mencionadas da alínea “a”-“d”; e f) deve ter executado o término da vida ou suicídio assistido cuidadosamente sob o ponto de vista médico”). (Tradução Livre)

Dessa forma, na Holanda, deve-se comprovar a doença terminal do paciente por outro médico, e somente o paciente poderá decidir pela eutanásia, a qual gerará a abreviação da vida do paciente, devendo o mesmo estar bem instruído sobre sua doença, e que não haverá qualquer procedimento que poderá curá-lo.

No Brasil, de acordo com o teor do Projeto de Lei nº 236 de 2012, para que se caracterize a Ortotanásia, deverá o paciente consentir, ou em caso de sua impossibilidade, o cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, para que se faça a suspensão dos meios extraordinários que lhe mantêm vivo. Nos casos em que sua morte é inevitável ou que

⁶ “Wet van 12 april 2001, houdende toetsing van levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding en wijziging van het Wetboek van Strafrecht en van de Wet op de lijkbezorging”

⁷ artigo 2º: “1. De zorgvuldigheidseisen, bedoeld in artikel 293, tweede lid, Wetboek van Strafrecht, houden in dat de arts: a. de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van een vrijwillig en weloverwogen verzoek van de patiënt, b. de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt, c. de patiënt heeft voorgelicht over de situatie waarin deze zich bevond en over diens vooruitzichten. d. met de patiënt tot de overtuiging is gekomen dat er voor de situatie waarin deze zich bevond geen redelijke andere oplossing was, e. ten minste één andere, onafhankelijke arts heeft geraadpleegd, die de patient heeft gezien en schriftelijk zijn oordeel heeft gegeven over de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in de onderdelen a tot en met d, en f. de levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding medisch zorgvuldig heeft uitgevoerd”

possua doença irreversível o diagnóstico deverá ser atestado previamente por dois médicos. (Artigo 122, §2º, PLS n. 236, 2012)

Em ambos os países, nota-se que existe igualdade na maioria dos critérios, diferenciando-se pelo fato de que na Holanda trata-se da eutanásia, que é a abreviação da vida, e ainda não há disposição sobre o caso de familiares decidirem pelo paciente quando este se encontrar impossibilitado.

Entretanto, se aprovado o Projeto de Lei no Brasil, conforme o artigo 122, §1º, poderá o juiz, ao analisar as circunstâncias do caso, extinguir a pena nos casos de eutanásia. Já na ortotanásia, o § 2º, do artigo 122, do mesmo Projeto de Lei, por sua vez, exclui a ilicitude da conduta caso o agente deixe de fazer uso de meios extraordinários para manter a vida do paciente, devendo ter a doença sido atestada por dois médicos, existir o consentimento do paciente, ou em caso de sua impossibilidade, o cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

1.5.2 Uruguai

No Uruguai, desde 1934, é legalizada a eutanásia por meio do artigo 37⁸ da Lei nº 9.914. Nesse sentido, o Código Penal Uruguaio prevê a possibilidade da isenção de pena da pessoa que comete o “homicídio piedoso”:

Artigo 37. O homicídio piedoso: Os juízes têm o poder de isentar de punição o sujeito de antecedentes honrosos, autor de um homicídio realizado por motivo de piedade, através de repetidos apelos da vítima.

A redação do artigo aborda a eutanásia como 'homicídio piedoso' elencando a possibilidade da desclassificação de homicídio em caso de ter sido efetuado por piedade após súplicas da vítima. Assim sendo, não se trata de uma legalização expressa, porém, permite-se ao juiz analisar o caso e decidir por isentar a pena do agente que leva à morte uma pessoa em estado terminal, desde que siga três critérios básicos, sendo eles: 1) ter antecedentes honráveis, ou seja, não ter um histórico criminoso, como homicídio ou latrocínio, por exemplo; 2) ser realizado por motivo piedoso; tendo o executor agido por sentimento de dó, visando colocar fim ao sofrimento alheio; a vítima ter feito reiteradas súplicas, caracterizando a agonia do paciente e o sentimento de alívio do autor (GOLDIN, 1997).

⁸ Artículo 37: Del homicidio piadoso: Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.

Entretanto, no Brasil, o artigo 121 §1º do vigente Código Penal traz como caso de diminuição de pena quando o agente provoca a morte de outrem sob domínio de violenta emoção e seguida de provocação da vítima.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

[...]. (Grifos nosso) (BRASIL, Código Penal, Art. 121)

Por todo o exposto neste tópico, compreende-se que no Uruguai, o juiz analisará cada caso sendo-lhe facultado inocentar ou não o autor do homicídio se a prática respeitar os itens acima elencados. Todavia, conforme o Código Penal Brasileiro em vigor, ficando comprovado o homicídio perante violenta emoção, poderá o autor do fato obter, apenas, diminuição de pena, podendo ser de um sexto a um terço. No entanto, não há espécie de “perdão judicial”, ou seja, isenção de pena.

1.5.3 Bélgica

Na Bélgica, a legalização da eutanásia foi aprovada pelo Comitê Consultivo Nacional de Bioética em maio de 2002. Inicialmente, apesar de não permitir que menores de 18 (dezoito) anos pudessem consentir validamente para a eutanásia, mas admitia que pessoas as quais não estivessem em fase terminal fizessem o procedimento. No entanto, em 2014 foram adicionadas novas regras que passaram a autorizar o procedimento em qualquer idade e restringiam apenas para os pacientes terminais.

Contudo, para a realização do procedimento é obrigatória a autorização do paciente, fator que gerou diversas discussões, como apresenta o jornal Folha de São Paulo⁹:

O Parlamento belga aprovou uma lei que faz do país o primeiro do mundo a eliminar qualquer restrição de idade na realização da eutanásia.

Na prática, o país ampliou a abrangência da lei que legalizou a eutanásia, em 2002.

Apesar de não fixar limites de idade, há condições que devem ser preenchidas para que a eutanásia possa ser realizada.

O próprio paciente deve fazer o pedido por escrito desde que tenha capacidade de discernimento, uma doença incurável, um sofrimento físico impossível de suavizar e se encontre em fase terminal.

⁹ <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1411689-belgica-aprova-eutanasia-para-menores-de-idade.shtml>. Acesso em 18.05.2017

O pedido deve ser modo "voluntário, refletido e repetido e que não seja fruto de pressões externas", segundo a lei. Os responsáveis legais também deverão autorizar a prática.

Um ponto bastante debatido no país foi como definir se a criança tem discernimento ou não. O texto determina uma avaliação do médico responsável e também de um psiquiatra infantil para atestar a maturidade do paciente.

A ampliação da lei sofre a oposição de alguns pediatras e da hierarquia católica belga, embora pesquisa do jornal local "La Libre Belgique" indique que 74% da população é a favor. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014)

Assim, tem-se que na Bélgica é obrigatória a aprovação da eutanásia por um comitê especial que analisará cada um dos pedidos isoladamente e de acordo com as situações fáticas de cada caso. Posto isso, nos casos de pedidos de eutanásia infantil, o processo é realizado junto aos pais e psicólogos, os quais estão cientes de todas as fases e andamento do processo.

No Brasil, o parágrafo 1º do artigo 121 do CP, que traz os casos de diminuição de pena, conforme visto acima, não especificando a idade mínima da vítima. No entanto o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente - protege a todos as pessoas com idade inferior a dezoito anos, no corpo do seu artigo 263, bem como por meio do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), estabelece-se causas de aumento de pena se o crime for praticado em relação a menores.

Portanto, mesmo que o Projeto de Lei 236 de 2012 pretenda legalizar a eutanásia passiva no Brasil, o mesmo não dispõe acerca da idade mínima para o consentimento pedido do procedimento. O que causaria um conflito nas normas jurídicas, já que na ausência expressa acerca de uma conduta, tem-se sua permissão por meio do conceito jurídico de que ao particular, o que não é proibido, é permitido.

No Brasil, se houver a aprovação do Projeto de Lei nº 236/2012, nos casos em que os pacientes não puderem decidir por si só pela ortotanásia, haverá a possibilidade dos ascendentes, descendentes, cônjuges, companheiro ou irmão decidirem pelo paciente, conforme dispõe o artigo 122, parágrafo 2º do Projeto em comento.

No entanto, ante a mutação social, bem como do próprio direito de família, diversas espécies de parentesco passaram a ser admitidas por todos os meios jurídicos, tais como biológico, por afinidade, por afetividade, parentesco civil, dentre outros e, com isso, assegura-se a todas as formas de constituição familiar a proteção do direito brasileiro.

Por conseguinte, em decorrência desta compreensão, visualiza-se que o Projeto de lei de n. 236 autoriza aos descendentes, ascendentes, conjugues ou irmãos a decisão acerca da realização ou não da ortotanásia quando o paciente não puder exprimir sua vontade. Todavia,

referido rol não merece ser observado pelo flanco da taxatividade, posto que, os demais parentes (por exemplo, afetivos) encontram-se tutelados e protegidos em relação a diversos direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser excluídos para a decisão da ortotanásia.

Assim, o próximo capítulo pautar-se-á no estudo do parentesco por afetividade, para então, após, questionar-se a possibilidade ou não dos mesmos realizarem a opção da cessação do tratamento, e assim não insistir em tratamentos que não lograrão êxito, como explanado no decorrer do presente capítulo I.

2 A AFETIVIDADE COMO BASE DAS FAMÍLIAS MODERNAS

2.1 Do Direito de Família

2.1.1 Conceito de Família

Não há uma definição certa sobre o termo família, a palavra deriva da expressão latina *famulus*, que significa “escravo doméstico”, os escravos ganharam esse título por trabalharem legalmente na agricultura familiar das tribos ladinas. (MIRANDA, 2001)

Muitos juristas buscam conceituar o termo, entre eles, Clóvis Beviláqua, explica que a família é como um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie (BEVILÁQUA, 1917).

No conceito de Beviláqua (1917) percebe-se que o mesmo preza pelo vínculo de consanguinidade, sendo que defende como componentes da família os pais e seus descendentes e ascendentes.

Hironaka (2000, p. 17-18) entende que

A família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade.

Conforme a autora, a família acompanha toda a história, se moldando com o passar dos tempos em busca de uma adequação as necessidades da vida cotidiana. (HINORAKA, 2000).

Há quem defenda que para se constituir família, deve-se haver o casamento, neste sentido Orlando Gomes define que família é “o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil”. (GOMES, 1999. p. 22).

Em um sentido mais amplo, Diniz (2008) entende que família seria aquela em que os indivíduos são ligados por um vínculo consanguíneo ou de afinidade. Em um sentido menos abrangente, traz que o termo engloba muito além dos cônjuges ou companheiros e seus descendentes, abrangendo os parentes em linha reta e colateral e ainda os que possuem um vínculo de afinidade, ou seja, os parentes de seu cônjuge ou companheiro.

Há infinidade de conceitos para família, uma vez que com o passar dos anos surgiu a necessidade de interpretação mais abrangente do termo. No modo geral, pode-se definir a família como os laços pertencentes aos seres humanos pelo nascimento, casamento,

filiação ou afinidade, e possui influência dos costumes e da civilização ou do meio em que este se encontra inserido.

Ao longo da história, houve necessidade de maior amplitude do termo família, que antes era baseada em preceitos católicos resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição Federal de 1988 houve uma mudança concernente ao direito de família, passando a reconhecer, além do casamento, as famílias monoparentais e as uniões estáveis.

A Constituição Federal de 1988 consagra que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

No texto Constitucional, apesar de não haver expressamente fundamentos sobre os vínculos fundados no afeto, possui-se proteção pelo Poder Constituinte Originário. Neste sentido, Dias (2009, p. 30) traz que:

[...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

Nesse sentido de ensinamento, percebe-se como o afeto se destaca como forte vínculo entre duas pessoas, se tornando a base para constituir uma família mesmo que não haja qualquer semelhança genética, que não há submissão ou distinção entre os cônjuges ou companheiros, enfim, uma semelhança que traz o respeito e o carinho como característica principal.

Ao reconhecer a união estável, esta que não exige qualquer tipo de formalidade, a Constituição Federal reconhece os relacionamentos baseados no afeto. Neste sentido Pereira (2002, p. 230) analisa que “a compreensão de que o verdadeiro casamento se sustenta no afeto, não nas reminiscências cartoriais. O Direito deve proteger a essência, muito além da forma ou da formalidade”.

Desse modo, o termo família passa a abranger muito além dos vínculos consanguíneos, que até então, eram considerados como a base para a constituição da família, passando ao reconhecimento da afinidade para reger e compor os núcleos familiares com a mesma força constitucional.

Em 05 de maio de 2011 houve decisão histórica no Brasil e sem dúvida um enorme passo perante o Direito de Família, reconhecendo, por unanimidade de votos, a união estável para casais do mesmo sexo, que passaram a ter os mesmos direitos dos pares heterossexuais.

Por conseguinte, a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 4277 buscou o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Objetivando ainda que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Embasado nesse argumento, pediu ao STF a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro¹⁰.

O ministro Ayres Britto (2012), relator das duas ações, defende que:

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.

Deste modo, reconhece-se as uniões homoafetivas condenando qualquer tipo de discriminação e permitindo que todas as pessoas exerçam seu direito fundamental de igualdade e liberdade, não lhes sendo vedadas restrições quanto à sua sexualidade, cabendo a cada um ter sua autonomia para constituir sua família, seja por laços afetivos ou consangüíneos.

2.2 Evolução histórica

Apesar de existirem inúmeras teorias sobre o surgimento da família, a única que se pode comprovar em toda a história é a que, no direito romano a base da família era patriarcal, pois, o pai detinha o poder sobre os seus filhos, netos, sua esposa, a esposa de seus

¹⁰ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&caixaBusca=N>> Acesso em 10 de set. de 2017.

filhos e de seus netos, o pai possuía ainda o pátrio poder, sendo o responsável pelas finanças, pois não existia o patrimônio da família, mas sim o patrimônio do “pater famílias” (DANTAS, 1991).

No Direito Romano não há nenhuma importância quanto ao afeto natural entre membros da família, como traz Coulanges (2006, p. 34): "O pai pode amar do fundo do coração que nada representa em direito. O pai pode amar a filha, mas não pode legar-lhe os bens", não existia qualquer maneira da filha herdar qualquer bem que fosse do pai, apenas os filhos homens eram aptos perante a lei para administrar os bens, mesmo que a menina fosse mais velha, os bens seriam do filho homem.

Desse modo, o homem mais velho da família era quem possuía o *pater familias*, sendo que este era uma espécie de poder exercido pelo ancestral comum masculino mais velho, tanto na questão religiosa, devendo toda a família seguir a mesma religião, quanto na questão econômica, política e jurídica, sendo que o senado romano era composto pelos chefes familiares e todos os bens da família eram de propriedade do homem que possuía o *pater familias*. (WALD, 1990)

Assim sendo, nessa época tinha-se a ideia de que a família devia perpetuar-se para sempre e que os mortos tinham a necessidade de que toda sua descendência não se extinguisse, uma vez que cabia aos descendentes levarem oferendas ao túmulo de seus antepassados para satisfazer aos desejos do falecido.

Coulanges (2006, p. 46) conclui ainda que:

O casamento, portanto, era obrigatório. Não tinha por finalidade o prazer; seu objetivo principal não era a união de duas criaturas que se convinhassem, e que desejavam unir-se para a felicidade ou sofrimentos da vida. O efeito do casamento, aos olhos da religião e das leis, era, unindo dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto.

Desta maneira, jamais poderia extinguir a família, essa era a regra absoluta, independente de todo afeto ou companheirismo, ou seja, qualquer sentimento jamais poderia ultrapassar essa regra. Assim sendo, se a mulher fosse estéril o casamento era desfeito, e, se caso o homem não pudesse ter filhos, o irmão ou outro parente o substituía e mantinha relações sexuais com sua mulher, sendo que a criança nascida era considerada filho do marido e a mulher era impedida de se divorciar.

A partir do Império Romano, a família começa a enfrentar mudanças, onde a mulher passou a ser mais autônoma e participativa na vida social e política, e caso ocorresse o abuso de poder do pater, a mãe passava a substituir o pai, podendo ficar com a guarda dos

filhos para si. Outra mudança significativa foi a passagem à mulher ao direito na herança dos filhos, se este não tivesse descendentes e irmãos. (WALD, 1990).

Neste sentido, ensina Dantas (1991, p. 30-31):

A posição da mulher na família do marido era muito diversa. Ela continuava a pertencer à sua primitiva família e a estar sob a autoridade do seu pater originário, não obstante o convívio na casa do marido, onde tinha sua posição social de esposa. Se tinha filhos, estes eram *liberi legitimi*. Morto o seu pater, ela lhe sucedia como filha, mas, por outro lado, não tinha nenhum direito na sucessão da família marital. É o regime do casamento *sine manu*.

Deste modo, a mulher ganha certa flexibilidade na relação com seu cônjuge que até então era de submissão, passando a ter legitimidade para suceder ao pai em caso de sua morte, mudando a antiga ideia de que somente os homens poderiam ter autonomia perante os bens da família.

Noutro giro, durante a idade média o direito Canônico regeu de maneira absoluta e segundo este direito, apenas se aceitaria o casamento se fosse realizado na igreja, considerado por eles um sacramento que só seria celebrado se houvesse o consentimento das partes. Contudo, com o passar dos tempos, a própria igreja começou a estabelecer impedimentos como o “consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias” (WALD, 1990).

Com base no direito Canônico, o casamento não poderia ser desfeito, uma vez que seria a vontade de Deus, e, neste sentido, Dantas (1991, p. 45) enfatiza que “por causa do casamento o homem deixara pai e mãe e se unirá à mulher, e serão dois em uma só carne. Portanto, aquilo que Deus uniu o homem não separa”.

Após o direito Canônico, surgem no Brasil, em 1595 durante o reinado de Filipe I, as Ordenações Filipinas, que se tratavam das junções das leis portuguesas e das leis extravagantes que vigoram na época. No entanto, as ordenações só entraram em vigor efetivamente em 1603, trazendo a consolidação das leis mais próximas do caso concreto. Entre outras leis, passa-se a admitir o casamento religioso ou com licença especial quando já houvesse cópula, ou ainda, se o marido e mulher são assim publicamente reconhecidos, ou seja, morando juntos há muito tempo.

Assim sendo, mesmo com as ordenações Filipinas o casamento continua a ser indissolúvel, com o regime de bens da comunhão universal de bens, ou seja, aquele em que o patrimônio do homem e o patrimônio da mulher vêm a formar um só patrimônio, sendo este cinquenta por cento para cada um. (WALD, 1990).

Por fim, com a proclamação da república do Brasil em 1889 desvinculou-se a igreja e o Estado, instituindo o casamento civil, no entanto, este ainda era indissolúvel, não havendo qualquer modo de separação entre os cônjuges.

Neste sentido, Diniz (2008, p. 52) compreende:

Com o advento da República, o poder temporal foi separado do poder espiritual, e o casamento veio a perder seu caráter confessional; com o Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil em nosso país, no seu art. 108 não mais era atribuído qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso. Uma circular do Ministério da Justiça, de 11 de junho de 1890, chegou a determinar que "nenhuma solenidade religiosa, ainda que sob a forma de sacramento do matrimônio, celebrada nos Estados Unidos do Brasil, constituiria, perante a lei civil, vínculo conjugal ou impedimento para livremente casarem com outra pessoa os que houverem daquela data em diante esse ou outro sacramento, enquanto não fosse celebrado o casamento civil". Houve até um decreto que estatuiu a precedência do casamento civil, punindo com 6 meses de prisão e multa correspondente à meta do tempo o 11 ministro de qualquer religião que celebrasse cerimônia religiosa antes do ato nupcial civil (Dec.n. 521 de 26-6-1890 [...]).

Diante o exposto, mesmo que o casamento não fosse necessariamente religioso, o vínculo indissolúvel conferia aos cônjuges efeitos eternos, e estes não poderiam se separar nem mesmo se casarem novamente.

Já no Código Civil de 1916 o casamento era a parte central do direito de família, no entanto, só recebia a proteção do Estado as famílias constituídas por meio do casamento, constituindo ainda vínculo indissolúvel, conforme o parágrafo único do artigo 315: "O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte".

Ruggiero (1958, p. 74) afirma que:

O instituto fundamental de todo o direito familiar é o casamento, visto que o próprio conceito de família repousa nele, como e pressuposto necessário. É dele que derivam todas as relações, direitos e poderes, e quando falta, só por benigna concessão tais relações, direitos e poderes se podem ter, mas, mesmo assim, de ordem inferior e apenas assimilados aqueles que o casamento gera. A união entre o homem e a mulher, sem casamento, é reprovada pelo direito, degenerando em concubinato, quando por ventura não seja adultério ou incesto; o filho nascido fora das justas núpcias é ilegítimo, o poder do pai sobre o filho natural não é pátrio poder e fora do casamento não há parentesco, nem afinidade, nem sucessão hereditária, exceto entre pai e filho.

Deste modo, as relações fora do casamento eram consideradas adúlteras, e os filhos frutos desses relacionamentos eram adúlterinos, considerados diferentes dos filhos concebidos no casamento, que eram os filhos legítimos. Conforme o artigo 358 do Código Civil de 1916, o pai não poderia reconhecer a paternidade do filho adúlterino ou incestuoso.

Após algum tempo, graças à evolução jurídica, criou-se a lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 regulando a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, revogando os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916. Referida lei rege que a sociedade conjugal ou casamento poderão ser desfeitos de quatro formas: com morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio (MONTEIRO, 1978).

No Código Civil de 1916, o Livro I da Parte Especial regia sobre o direito de família, e em seu Capítulo I constavam todas as formalidades para celebração do casamento, não havendo em nenhum dos artigos desde Capítulo qualquer menção sobre a união estável ou relações homoafetivas.

Consequentemente, com a Constituição Federal de 1988 veio o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres e a proibição da discriminação entre os filhos legítimos e adulterinos, e, com isso, revogaram-se vários artigos do Código Civil de 1916, permanecendo as mudanças Constitucionais no novo Código Civil que passou a regulamentar também sobre a união estável, reconhecendo-a como entidade familiar, que apesar de não ter a mesma forma, poderá ser facilmente convertida em casamento.

No entanto, mesmo reconhecendo de forma abrangente as diversas relações familiares, a Constituição Federal reconhece apenas as entidades monoparentais, casamento entre homem e mulher e a união estável entre homem e mulher, conforme segue abaixo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo **homem e pela mulher**.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
(grifo nosso)

Ao analisar o artigo, nota-se que há uma maior compreensão sobre a constituição do núcleo familiar, no entanto, observa-se que seus incisos trazem expressamente o

reconhecimento das relações entre homem e mulher, ficando este omissos quanto à união de pessoas do mesmo sexo.

Nesse contexto, o Livro IV do atual Código Civil (2002) aborda o direito de família dividindo-o em quatro assuntos, sendo o primeiro relativo ao direito pessoal, que trata dos assuntos referentes às relações familiares em si, como casamento e filiação, enquanto o segundo reza sobre o direito patrimonial, que vem a cuidar de assuntos referentes ao patrimônio, tais como regime de bens, bens dos filhos alimentos e bem de família. Há ainda mais dois capítulos na parte de direito de família, um tratando da união estável, e outro da tutela e curatela (DIAS, 2011).

Apesar do Livro IV tratar de todos os assuntos relacionados ao Direito de Família, os Títulos I e III que versam sobre o direito pessoal são de maiores relevâncias para este trabalho por protegerem e disciplinarem as relações entre cônjuges, enquanto os outros Títulos regem o direito patrimonial, regime de bens, tutela e curatela, sendo que estes ultrapassariam ao assunto proposto neste trabalho de conclusão de curso.

Perante o avanço da configuração da família ao longo dos anos, pode-se perceber que as transformações foram no sentido de se buscar maior igualdade jurídica e efetivo reconhecimento das famílias dentro dos lares, passando a valorizar mais a afetividade e não a consanguinidade.

Conforme Groeninga (2004, p. 259-262),

O afeto entra no direito por meio daquilo que lhe era excluído: nas relações de filiação e as homoafetivas. Busca-se a humanização do sujeito e tenta-se compreender as relações entre sentimento, pensamento e a ação dirige-se em busca do ser ético, levando em conta o individual sem perder o coletivo tendo sempre como norteador o conceito de dignidade da pessoa humana.

Diante o ensinamento, nota-se como o afeto passa a tomar importância nas relações pessoais, trocando-se a ideia de que só há parentesco se houver o vínculo sanguíneo e passando-se a valorizar mais o sentimento do ser humano, mostrando que pode haver elo sólido baseado em afeto, tanto quanto no vínculo genético.

Com todas essas mudanças, o que antes necessitava de vínculo sanguíneo, nos dias de hoje busca-se a afetividade. A família atual não está baseada em tabus e formas como antes, mas sim na afetividade, considerando-se como família qualquer relação de afeto (DIAS, 2011).

2.3 Princípios Constitucionais Aplicáveis à Família

As normas constitucionais possuem força normativa própria, que podem ser classificadas em regras e princípios, diferenciando-se pelo conteúdo semântico e pela aplicação.

Alexy (p. 86, *apud* CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 155) conceitua o princípio como a "norma ordenadora de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes", neste sentido, a aplicação deve ser ponderada entre a possibilidade jurídica e o caso concreto havendo uma adequação do fato à norma.

Os princípios nunca entrarão em conflito entre si, devendo-se valer do prevalectimento de um sobre os outros para que chegue a uma solução, ainda, não há hierarquia entre eles muito menos exceção, eles fornecem razões provisórias, deste modo aquele com maior peso ou valor irá prevalecer frente ao caso concreto.

Já a regra, conforme Alexy (p. 86, *apud* CUNHA JUNIOR, 2012, p. 155) caracteriza por sua totalidade, "se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos", deste modo, deve questionar-se se a determinada regra se aplica ou não ao caso concreto.

Alexy (*apud* CUNHA JUNIOR, 2012) explana ainda que, havendo o conflito de regras declara-se a invalidez de uma das regras ou a inclusão de uma cláusula de exceção que elimina o conflito.

Na declaração de invalidez de uma regra, observam-se critérios de resolução de conflitos, sendo eles, hierárquico, pelo qual a regra hierarquicamente superior derroga a inferior; o cronológico, pelo qual a regra posterior derroga a regra anterior; e, o critério da especificidade, pela qual a regra especial prevalece sobre a regra geral.

Pode ocorrer ainda a colisão entre princípios e regras, e, neste caso, deve-se observar que há dois tipos de regras, aquelas que não se baseia num Princípio Constitucional e as que se baseiam. Sendo o conflito entre Princípio e regra não baseada em Princípio constitucional, prevalece o Princípio e a regra é considerada inconstitucional. Havendo discordância entre regra e Princípio Constitucional, a regra será interpretada segundo a Constituição, e caso não seja possível, prevalecerá o Princípio, uma vez que toda regra deve ser interpretada conforme a Constituição, e a regra inconstitucional não poderá prevalecer sobre um Princípio Constitucional.

Assim, a regra aponta um fato hipotético que se concretiza na realidade da vida que a leva à sua incidência. Nesse sentido, o princípio indica também um fato hipotético, porém visa à adaptação do direito à evolução dos valores na esfera social.

Em face ao Direito de família, Lôbo (2002) afirma que os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família subdividem-se em princípios fundamentais - abrangendo a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, e princípios gerais, onde se inserem a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o princípio de melhor interesse da criança.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana vislumbra infinitas situações, irradiando os princípios inerentes à liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade.

Garantindo como princípio fundamental, a Constituição Federal de 1988 traz, expressamente, em seu artigo 1º, III:

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;

Ainda assim, o artigo 5º em diversos de seus incisos denotam a dignidade da pessoa humana, sendo eles:

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:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

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;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

- d) de banimento;
 - e) cruéis;
- XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Há ainda, diversos outros artigos que têm por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo a todo ser humano tratamento de forma digna, independente de cor, raça, religião ou sexo, cabendo a todos os sujeitos respeito mútuo, ainda que haja diferenças entre si.

Sarlet (2001, p. 60) define a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Diante da definição, respeitar a dignidade da pessoa humana vai além de um dever do Estado, passa a ser obrigação de todo cidadão, havendo punições a qualquer um que desrespeite o preceito fundamental. Resguardam-se a todos as condições consideradas mínimas para que qualquer pessoa possa ter uma vida digna, sem sofrer qualquer tipo de agressão ou discriminação seja por diferenças físicas ou ideológicas.

Dias (2009, p. 61-63) assegura que:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Deste modo, o Estado possui o dever de abolir práticas que ferem a dignidade humana e promover condutas ativas para que se efetive essa dignidade garantindo o mínimo existencial para cada ser humano.

Posto isso, o direito de família liga-se ao princípio da dignidade humana na busca pela igualdade de todas as entidades familiares, não devendo sofrer nenhum tipo de preconceito ou discriminação, defendendo que todas as formas de filiação e familiares sejam tratadas igualmente perante a lei e a sociedade.

Na prática, busca-se a igualdade de condições para que todas as famílias possuam educação de qualidade, alimentação adequada, moradia e crescimento saudável, diferente do

que se observa dos dias atuais, onde a desigualdade social leva famílias a ruínas e desampara milhares de crianças.

O afeto se relaciona ao princípio da dignidade humana por meio do direito de personalidade, sendo que este não se encontra explicitamente na Constituição Federal, no entanto, implicitamente, doutrinadores o conceituam como valor inerente à pessoa. Para Rodrigues (2003, p. 61), os direitos da personalidade são aqueles que “fazem parte da pessoa humana, e como tal, estão ligados de forma eterna e constante, não sendo possível existir um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade e àquilo que ele crê ser sua honra”.

Gonçalves (2003, p. 153) observa que “os direitos da personalidade são prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, que foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, e também são direitos inalienáveis e merecem a proteção legal”.

O artigo 11 do Código Civil dispõe que: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."

Diante todo exposto, os direitos da personalidade são inerentes ao ser humano, já nascem com ele, não podendo ser transmitidos ou renunciados. Contudo, conclui-se que o afeto é um aspecto humano, podendo ser concebido como um direito da personalidade.

2.3.2 Princípio da solidariedade

A Solidariedade é reconhecida constitucionalmente como preceito fundamental, e em seu artigo 3º, inciso I, a Constituição Federal garante o princípio objetivando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, implicando em respeito e consideração mútuos nas relações sociais e familiares.

No mesmo sentido, o Código Civil também traz em seus artigos a solidariedade como base do direito de família, como, entre outros, a obrigação do pagamento de alimentos no caso de necessidade, conforme o artigo 1.694. No entanto, essa solidariedade não deve ser somente patrimonial, ele também é psicológica e afetiva. Deste modo, a Constituição Federal em seu artigo 266, § 8º defende que: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, trazendo a solidariedade social perante o núcleo familiar.

Gonçalves (2005, p. 441) leciona que:

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente,

não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural`.

Conforme o autor, a solidariedade deve ser um dever moral e ético entre os membros da família, no entanto, nem sempre é o que acontece, cabendo ao Estado cobrar e assegurar o princípio fundamental frente a essas relações, ainda que a assistência devesse fazer parte dos sentimentos, do dever de cuidado e proteção.

Contudo, a solidariedade não é um dever apenas do Estado, importando, ainda, deveres recíprocos no núcleo familiar. Ressalta-se que este dever não é apenas patrimonial, devendo ser afetiva e psicológica.

Por fim, sustenta-se que essa solidariedade diz respeito ainda à reciprocidade entre cônjuges, companheiros ou conviventes, de modo moral e material, e também aos filhos, os quais se exige cuidados até a vida adulta, necessitando de instrução e educação para formação social. Reitera-se que o afeto é a coluna essencial da solidariedade, se desenvolvendo por meio dele a vontade de cuidar, proteger e garantir que toda a família possua o mínimo de sua dignidade.

2.3.3 Princípio da afetividade

A afetividade pode ser caracterizada como a capacidade de experimentar sentimentos e emoções. No conceito de afetividade está implícita a existência de um conteúdo relacional, isto é, somos afetivos em relação a nós mesmos, ao outro ou a algum fato ou contexto ambiental (VALLE, 2005).

Neste sentido, Madaleno (2008, p.66) explica a afetividade como:

A mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. Nos vínculos de filiação e parentesco a afetividade deve estar sempre presente, pois os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, ao contrário, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos.

Perante o exposto, a afetividade possui um vínculo tão forte como qualquer outro, independente do sexo ou dos laços sanguíneos, sendo em relação a descendentes ou não, pois, mesmo que haja vínculo biológico, se não houver o afeto, a relação se torna difícil, ficando ligados apenas pelos laços genéticos.

Assim sendo, nota-se que a afetividade é fundamental para que exista o reconhecimento pleno da família, possuindo a capacidade de gerar laços entre os familiares ainda que não haja a descendência sanguínea, sendo que esses laços são tão imponentes que geram vínculos jurídicos como, por exemplo, a adoção de crianças.

Vastos núcleos familiares foram reconhecidos desde então, uniões livres (tanto homo quanto heterossexuais) e parentescos conectados apenas pelos laços afetivos passaram a ser respeitados e tratados com dignidade.

Nesta senda, os princípios constitucionais da igualdade e liberdade foram aos poucos reconhecidos aos relacionamentos e revolucionaram o quadro de 'estabilidade' anterior, passando a ter análises constantes sobre os vínculos familiares. Com isso, o casamento que antes era considerado 'seguro e estável', passa a se 'desestabilizar', permitindo diversas uniões, separações e novas uniões entre pessoas, inclusive do mesmo sexo.

Atualmente, na família, de forma geral, não há mais um grande interesse patrimonial como antes, ainda que estes nunca deixassem de fazer parte dela nota-se que esse fascínio encontra-se mais suavizado.

Posto isso, observa-se que a Afetividade explana a família tutelada pela Constituição, trazendo nova personalidade à mesma, sendo imperioso que o jurista consiga enxergar a pessoa humana em toda sua dimensão e não como simples e abstrato sujeito de relações jurídicas, onde o indivíduo moderno prioriza muito mais seu bem estar e suas relações afetivas, cabendo ao Estado e também ao Direito se adaptar a essa nova tendência. (LÔBO, 2012)

Sustenta-se que a igualdade e a dignidade da pessoa humana possuem um elo muito forte nas relações afetivas, uma vez que respeitar ao próximo, e tratá-lo de maneira digna é fundamental para que esse vínculo se fortifique.

2.3.4 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade sustenta que homens e mulheres recebam tratamento igualitário perante o matrimônio. Assim sendo, referido princípio encontra-se de maneira expressa na Constituição Federal, em seu artigo 226, §5º: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Nesse ínterim, tal princípio defende todos os modelos de família, buscando a isonomia constitucional e defendendo a dignidade da pessoa humana, não importando se o matrimônio seja entre homem e mulher ou entre pessoas do mesmo sexo.

Carvalho (2015 p. 102, grifo nosso) reflete que:

O princípio da igualdade, além da absoluta igualdade entre homem e mulher, importa no mesmo tratamento e isonomia dos filhos, respeitando as diferenças, pouco importando a origem, sepultando definitivamente a velha concepção de ilegitimidade da prole. O princípio da afetividade, decorrente dos princípios adotados na Constituição, rompeu a formalidade para constituição do vínculo familiar, tornando-se o afeto o elemento formador da família e desbiologizando a paternidade.

Diante o exposto, a Constituição Federal em seu artigo 227, §6º garante que todos devem ser tratados da mesma maneira, não admitindo distinções entre os filhos biológicos, adotivos ou havidos fora do casamento. Tal princípio vai além do campo material, englobando o campo pessoal e afetivo.

A igualdade no poder familiar encontra-se no artigo 226 §5º defendendo que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", certifica ainda o artigo 1.634 do Código Civil que defende a igualdade do poder familiar entre ambos os pais.

Gonçalves (2005) argumenta que por meio do princípio da igualdade desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Assim, o próximo capítulo do presente trabalho buscará evidenciar o parentesco por efetividade e sua equiparação ao biológico junto ao ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que, demonstrar-se-á que a afetividade deverá ser adotada em caso de autorização da ortotanásia no Brasil, se, por ventura, o Projeto do Novo Código Penal for aprovado.

3 O RECONHECIMENTO DO PARENTESCO POR AFETIVIDADE

3.1 O Afeto Como Valor Jurídico

O afeto vai além da ideia de sexualidade e procriação, conforme Klein (2005, p.7) o afeto é composto por "núcleos internos atribuidores de significado às vivências e às relações enquanto estas estão ocorrendo", ou seja, traz significância à sua existência, é fundamento para construir psicologicamente o ser humano, baseando-se nos vínculos entre indivíduos.

De origem latina, a palavra afeto vem de *ad*, com significado de "para" e *fectus*, com significado de fato ou feito, resultando em feito um para o outro. (LOBO, 2008)

Groeninga (2010, p. 2004), psicanalista, explica que:

Os afetos constituem a energia psíquica, baseada no prazer e desprazer, que investe pessoas ou representações, que valora as relações, e que se transforma em sentimento – dando um sentido aos relacionamentos. Como dito, os afetos não existem puros – só de amor ou só de ódio, e em função desta nossa natureza um tanto ambivalente, uma dose de conflito é inerente à vida. Várias são as combinações dos afetos, e enquanto o amor prevalecer as famílias continuam a se constituir, por meio da solidariedade e da cooperação, o mesmo se dando nas relações sociais e mesmo entre os países.

Segundo a autora os afetos podem ser bons ou ruins, havendo ainda combinações entre os sentimentos. No entanto, nas relações familiares, mesmo que haja momentos de ódio o amor sempre prevalece, formando famílias com bases afetivas. (GROENINGA, 2010)

Com as mudanças sociais e religiosas visando a uma sociedade mais tolerante e livre, as pessoas se viram mais à vontade para formar suas famílias baseadas no afeto, buscando atingir a felicidade e se desprendendo das estruturas familiares conservadoras que até então eram impostas pelas igrejas e seguidas pelo Estado ao editarem e aplicarem as normas.

Ao se desvincular do modelo familiar da antiguidade baseado em casamento, sexo e procriação, as mulheres da sociedade contemporânea do século XX, puderam optar por métodos contraceptivos e a utilização de técnicas de inseminação caso possuam problemas para gerarem seus filhos, havendo certa aceitação social do sexo sem o casamento, sem a finalidade de procriação, apenas para satisfação dos desejos sexuais.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana abrange toda a evolução social, protegendo a família, base da sociedade, e não apenas o casamento, que hoje é constituído por formalidades. Deste modo, valoriza-se a pessoa humana garantindo direitos existenciais e não se restringindo a padrões pré-estabelecidos de comportamento.

Com a reinvenção da família perante a visão pluralista das relações interpessoais presente no artigo 226 da Constituição Federal, fez-se necessário a identificação de um elemento que definisse a família, este que é o afeto. Enlaçando sentimentos e comprometendo vidas, o afeto se transformou no vínculo da nova entidade familiar. (DIAS, 2017)

O referido artigo (grifo nosso) traz que:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Deste modo, diz-se visão pluralista pelos vários tipos de famílias reconhecidas pela Constituição Federal, formadas ou não por meio do casamento civil, protegendo também aquelas formadas por um dos pais e seus descendentes. Fontanella (2006, p. 53) explica ainda que "antes da Constituição Federal de 1988, a família era caracterizada tão somente por aquelas uniões que seguiam as regras estabelecidas no Código Civil, que instituíam o casamento".

Após a Constituição Federal de 1988, para se ter uma noção do que é Família é necessário contextualizar na sociedade e no tempo, por ser uma realidade dinâmica (NAHAS, 2008)

Apesar de todo avanço, as famílias homoafetivas ainda encontram resistência para seu conhecimento, a sociedade ainda possui resquícios conservadores que condenam esse tipo de união e se fazem intolerantes às escolhas afetivas dos homossexuais. O legislativo se mostrava omissivo sobre essas relações, sendo que apenas no ano de 2011 através da ADI 4277 reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo aos casais homoafetivos a mesma proteção da união estável presentes no Código Civil e na Constituição. Em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, durante a 169ª Sessão Plenária aprovou a Resolução de n. 175, que proíbe as autoridades competentes de recusarem a celebração de casamentos civis de casais homoafetivos, ou ainda, que neguem a conversão da união estável de pessoas do mesmo sexo em casamento.

O afeto, qualificador dos vínculos familiares, não discrimina sexo, não possui idade, cor ou limites, objetiva a felicidade que se encontra nas relações pessoais levando ao mútuo comprometimento, obrigações, direitos e prerrogativas do Direito de Família.

A afetividade é um princípio constitucional implícito, ou seja, não vem descrito expressamente na Constituição Federal, Pereira (2004) explica que a afetividade é um reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, refletindo no desenvolvimento da personalidade de cada membro familiar buscando a felicidade.

Neste sentido, Lôbo (2009, p. 48-49) defende a afetividade como princípio que:

Dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles [e dos parentes entre si], ainda que haja desamor ou desafeição entre eles [...] No caso dos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos), pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada.

Assim, o princípio da afetividade vai além do sentimento em relação aos familiares, abrangendo, também, o dever de assistência ao parente, incluindo ajuda financeira e o cuidado, não podendo simplesmente suspender o vínculo.

O princípio da afetividade possui ainda extrema importância nas relações de filiação, vedando qualquer distinção entre os filhos biológicos e os adotivos tanto patrimonial quanto afetiva. A paternidade biológica não garante uma paternidade verdadeira e integral, ressaltando dessa forma, a importância do afeto nos vínculos familiares, sendo indispensável para reconhecer as relações de filiação, em alguns casos inclusive, as relações afetivas podem sobrepor às biológicas. (SAMPAIO, 2017)

O artigo 1.593 do Código Civil, na expressão "outra origem", complementado pelo Enunciado 103 da Jornada de Direito Civil do STJ de 2002 reconhece a paternidade socioafetiva que vai além da consanguinidade e da adoção, prevalecendo o afeto diante da convivência familiar, não é um dever, e sim uma opção do pai. (COSTA, 2009)

Esse tipo de paternidade é comum nos casos em que o homem registra a criança como sendo seu filho, geralmente por possuir laços afetivos com a genitora da criança. Possui os mesmos efeitos da adoção e da filiação biológica, possuindo direito de guarda, de visitas, dever de educar e sustentar, cabendo-lhe ainda prestar alimentos e sendo reconhecido perante os direitos sucessórios.

3.1.1 Do poder familiar

O poder familiar não seria um "poder" e sim simultâneos direitos e deveres que devem ser exercidos pelos pais em relação aos filhos. Miranda (2012. p. 183) conceitua como "conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou a mãe, sobre a pessoa e bens dos filhos, até a maioridade, ou emancipação deste, e de deveres em relação ao filho". Neste sentido, estão sujeitos à proteção do poder familiar todos os filhos menores, sejam eles de relações matrimoniais reconhecidas ou adotivos.

Conforme o artigo 1.634 do Código Civil o poder familiar compete a ambos os genitores, não se extinguindo com o fim da vida conjugal, de modo que, mesmo separados, possuem deveres para com os filhos.

Assim, o poder familiar passou a constituir uma relação de obrigatoriedade de diversos deveres para com os filhos, sendo-os fundamentais para criar, educar e formar a criança. Contudo, se o genitor faltar com suas obrigações, poderá ter a suspensão e até a perda do poder familiar.

O Código Civil em seu artigo 1.653 assegura que a extinção do poder familiar ocorre por: "I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638".

Deste modo, a extinção do poder familiar ocorrerá quando houver a morte dos pais ou do filho, no entanto, se morrer o pai, a mãe continuará exercendo o poder familiar, uma vez que se extingue somente para o falecido. Outro caso de extinção é com a emancipação ou maioridade do filho, tornando-se o mesmo responsável por si mesmo. Outra situação que coloca fim ao poder familiar é a decisão judicial, ocorrendo em casos, por exemplo, de a criança ou adolescente encontrar-se em situação de risco, maus tratos ou perigo de morte, podendo ou não o mesmo ser encaminhado à adoção ou transferida a guarda a outra pessoa que não os pais destituídos do poder. Na adoção, os pais perdem o poder familiar sobre os filhos e estes ficam disponíveis a adoção, transferindo o poder familiar para a família adotiva.

Poderá ocorrer ainda a suspensão do poder familiar, regulado pelo artigo 1.637 do Código Civil, o qual dispõe:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo Único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Assegura-se, portanto, a suspensão do poder familiar quando houver abuso de autoridade dos pais sobre os filhos ou causando-lhes danos materiais. O parágrafo único assegura ainda que, haverá a suspensão do poder familiar dos pais se estes forem condenados por sentença irrecorrível com pena maior que dois anos de prisão.

Neste sentido, Rodrigues (*apud* NUNES, 2002. p. 545) explica que "suspende-se o exercício do pátrio poder do progenitor que, por maus-tratos ou privação de alimentos ou de cuidados indispensáveis, puser em perigo a saúde do filho". Assim, violando o dever de cuidado com o filho, poderá este ter seu poder familiar suspenso. Ao alterar os fatos que provocaram a suspensão, o juiz pode revisar e modificar a suspensão do poder familiar.

Em recentes julgados, houve a destituição do poder familiar motivado pelo abandono afetivo, os laços paterno-filiais são intermináveis e mesmo que com a separação conjugal dos genitores, nenhum deles poderão abandonar seus filhos.

Visando a continuidade do poder familiar e o desenvolvimento dos filhos diante da separação, criou-se normas que buscam diminuir as consequências da dissolução perante os filhos, como, por exemplo, a criação da "Ação de Regulamentação de Visitas" e a "Guarda Compartilhada". (SKAF, 2011, p. 07)

O artigo 7º do ECA traz que: "A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência". Conforme o artigo, o "desenvolvimento sadio e harmonioso" vai além de somente permanecer na companhia dos genitores, necessita do respeito para formar sua personalidade e da afetividade para criar laços com seus familiares.

Neste sentido, Machado (*apud* SILVA, 2013, p. 03) explica que:

Sob essa perspectiva, depreende-se que a convivência familiar decorre do cuidado, do afeto, da atenção proporcionada pelo pai ao filho, sobretudo nos momentos em que ele se sente mais carente, como em datas comemorativas. Portanto, convivência familiar não implica em coabitação, mas no dever que o pai tem de continuar presente na vida do filho não apenas fisicamente, mas também moralmente. Diante disso, a distância não pode ser utilizada como desculpa para justificar a falta de assistência moral do pai para com o seu filho.

Diante o exposto, a falta de convivência entre os genitores não é motivo para que deixe de dar atenção e afeto aos filhos. O desenvolvimento da criança e do adolescente vai além dos bens materiais, necessitando de valores afetivos para sua formação.

No entanto, o poder familiar são direitos e deveres dos pais para com seus filhos, para garantir-lhes um desenvolvimento saudável, cuidar de sua criação, educação, alimentação e toda a assistência necessária até que alcance a maioridade.

Tomizawa e Moreira (2011, p. 17) refletem que, a “justificativa para o então ‘poder familiar’ é que uma criança não possui condições de se desenvolver e crescer sem um auxílio que lhe ajude na sua formação moral e material”. Deste modo, cabe aos pais estruturar o desenvolvimento dos filhos.

Se os pais, responsáveis pela formação moral dos filhos, não estão cumprindo seus deveres seja expondo-os em situação de risco ou abandonando-os moral e materialmente, o Estado deve intervir para proteger essa criança ou adolescente. (TOMIZAWA; MOREIRA, 2011).

Deste modo, a destituição do poder familiar é motivado pelo abandono afetivo, visando resguardar o desenvolvimento da criança ou adolescente. Todavia o "juiz que destitui o poder da família deve ser muito criterioso, por ser uma sanção grave, que além de punir os pais (seja um dos genitores ou ambos), também pode causar traumas à criança". (TORRES, et. al., 2013, p. 4)

3.1.2 O abandono afetivo

As relações de filiação não se caracterizam apenas pelos laços biológicos, se destacam pelo afeto, “para a criança, sua simples origem fisiológica não a leva a ter vínculo com seus pais; a figura dos pais, para ela, são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção”. (MACHADO *apud* SILVA, 2013, p. 01)

O Artigo 1.634 do Código Civil de 2002 traz os deveres dos pais perante aos filhos:

Art. 1634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Ao examinar o artigo, nota-se que o afeto não aparece como um dever imposto aos pais, pois ele só existirá com a convivência e com o tempo. No entanto, existem alguns deveres regulamentados pelo artigo supracitado, tais como cuidar, educar, guardá-los e defendê-los de quem possa causar-lhes algum mal.

Segundo Dias (2009, p. 388):

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

Ante ao exposto, reconhece-se a importância da convivência para que nasçam sentimentos de amor e carinho, os deveres dos pais vão além dos bens materiais para com os filhos, exige-se o afeto para fortalecer os vínculos da convivência familiar.

O abandono afetivo ainda não possui previsão legal e vem gerando diversas discussões no sentido do cabimento ou não indenização, por exemplo, ao filho lesado. Alguns doutrinadores buscam conceituar o termo. Comel (*apud* FERREIRA, 2013, p.03) explica que

O abandono do filho é ato que implica desatendimento direto do dever de guarda, bem como do de criação e educação. Revela falta de aptidão para o exercício e justifica plenamente a privação, tendo em vista que coloca o filho em situação de grave perigo, seja quanto à segurança e integridade pessoal, seja quanto à saúde e à moralidade. É o ato que afronta um dos direitos mais caros dos filhos: o de estar sob os cuidados e vigilância dos pais. Traduz-se o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. O abandono que justifica a perda do poder familiar há que ser aquele em que o pai deixa o filho à mercê da própria sorte, ainda que com terceira pessoa ou com o outro pai, mas que não tenha condição alguma de atendê-lo. O abandono pode ser de aspecto material, intelectual e afetivo.

Conforme o autor, o abandono pode causar diversos reflexos negativos na vida da criança, a falta de carinho e amor faz com que a criança se expresse de maneira negativa, não sabendo controlar sua frustração. Desse modo, pode acabar sendo influenciada por sentimentos negativos, e até mesmo se tornando mais frágil diante dos perigos da sociedade, como abuso sexual e as drogas.

Normalmente este abandono acontece após a separação dos pais, onde a guarda dos filhos é concedida a somente um dos genitores. Deste modo, o genitor que não possui a guarda passa a se distanciar do filho até que se ausenta por completo, sendo que em muitos casos deixa de cumprir os deveres e obrigações para com o filho e constitui nova família, criando outros vínculos afetivos e gerando descendentes.

Como consequência desse abandono afetivo, o filho poderá apresentar a longo prazo diversos transtornos psicológicos, Dias (2007, p. 407) esclarece que:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. (...) A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais mercedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo de vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes.

Diante o exposto, compreende-se quão traumático pode ser para o filho a falta de um dos genitores, causando danos imediatos e de longo prazo, comprometendo seu desenvolvimento e desestabilizando seu psicológico.

Apesar de não constar no ordenamento jurídico, já houve decisões condenando genitores ao pagamento de indenização pelos danos causados por abandonar afetivamente seus filhos:

DECISÃO: Acordam os integrantes da 10ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar parcial provimento ao presente recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR - VALOR DA CAUSA QUE DEVE CORRESPONDER AO QUANTUM INDICADO NA INICIAL A TÍTULO DE PRETENSÃO REPARATÓRIA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. (TJPR - 10ª C.Cível - AI - 1294418-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Horácio Ribas Teixeira - Unânime - - J. 06.08.2015)

(TJ-PR - AI: 12944180 PR 1294418-0 (Acórdão), Relator: Horácio Ribas Teixeira, Data de Julgamento: 06/08/2015, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1649 16/09/2015)

Contudo, devido às lacunas da lei, faz-se necessário a criação de normas reguladoras sobre o abandono afetivo, visando assegurar o direito daqueles que necessitam ser ressarcidos perante a ausência do afeto e todo abalo psicológico sofrido.

O abandono afetivo surge com o descaso do genitor perante o filho. Cabendo inclusive indenização por dano moral pelas perdas afetivas que o menor pode sofrer, neste sentido, Groeninga (2005, p. 427) assevera que:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. Concluindo que a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Contudo, nota-se como a ausência e o abandono afetivo refletem no crescimento e nas escolhas do menor. A rejeição do genitor para com o filho afetam sua honra e sua imagem, causando-lhes danos muitas vezes irreversíveis.

Várias circunstâncias caracterizam o abandono: ao efetuar o pagamento mensal da pensão alimentícia, alguns genitores acreditam que eximem-se de sua responsabilidade, no entanto não visitam seus filhos, não os educa e nem mesmo demonstram afeto. Algumas vezes, por não terem convivido com o outro genitor da criança, supõe que se não tiver contato com o filho, não lhe será cobrado a obrigação alimentar (BRAGA, 2011).

Há ainda, diversos casos em que o genitor que não possui a guarda do filho descumpra o direito de visitas com intuito de vingar-se do genitor guardião, refletindo nos filhos sentimentos de rejeição e ódio, diminuindo até mesmo sua autoestima, deste modo, essa indiferença afetiva pode configurar abandono afetivo.

Por fim, conforme o artigo 927 do Código Civil: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Portanto, comprovado o abandono, por meio da responsabilidade civil, haverá a necessidade de reparar o dano causado a outrem, neste caso, o genitor para com os filhos.

3.2 Projetos de Lei

Com a diversidade dos núcleos familiares, o atual Código Civil de 2002 que regula as relações familiares encontra-se defasado, surgindo a necessidade de normas que reconheça a pluralidade familiar e guarde seus direitos e deveres. Por conseguinte, tramita na Senado diversos Projetos de Lei no sentido de adequar as normas às realidades das famílias brasileiras.

3.2.1 Projeto de Lei nº 4.294 de 2008

O Projeto de Lei nº 4.294 foi apresentado em 12 de novembro de 2008 pelo Deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), com ele, pretende-se acrescentar parágrafo único ao artigo 1.632 ao Código Civil Brasileiro, e ainda, altera o artigo 3º da Lei 10.741/2003 o chamado Estatuto do Idoso para que se inclua o parágrafo 2º, estabelecendo indenização por dano moral motivado por abandono afetivo. Deste modo, com as alterações, o artigo 1.632 do Código Civil atualizaria: “Art. 1632Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral. (NR)”

Enquanto o artigo 3º do Estatuto do Idoso, alteraria de modo que:

Art. 3º
 § 1º
 § 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.

A alteração do artigo 1.632 reconhece a indenização aos filhos menores em razão de que o trauma e as consequências do abandono afetivo deixa reflexos negativos muitas vezes irreversíveis no comportamento dos filhos abandonados, cria-se expectativas frustradas à espera da companhia e da atenção de um genitor omissos que vê suas obrigações esgotadas apenas ao realizar o pagamento mensal da pensão alimentícia, disseminando um sentimento de rejeição e indiferença afetivamente.

Aos idosos, ao ser abandonado a tristeza e a solidão refletem em agravamentos de doenças funcionais e ainda contribui para a depressão e o isolamento social, causando grandes danos psicológicos.

O Projeto se encontra em andamento, o último ato de sua tramitação foi em 25 de junho de 2015, encontra-se aguardando o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) desde então.

3.2.2 Projeto de Lei 470/2013 - Estatuto das famílias

O projeto de Lei 470 de 2013 apresentado pela senadora Lídice da Mata (PSB-BA) e elaborado pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro do Direito de Família institui o Estatuto das Famílias. Trazendo regras materiais e processuais visa possibilitar às famílias brasileiras mais rapidez aos litígios e ampara todas as estruturas familiares existentes.

A Senadora, Lídice da Mata explica que “A exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nossa proposta de Estatuto das Famílias compreende todas as modernas e reais formas de composição familiar e suas implicações”, de modo a complementar o Código Civil, a proposta inova ao trazer Leis mais próximas da realidade familiar no Brasil.

O Projeto assegura situações importantes como, por exemplo, a alienação parental, paternidade socioafetiva e a recomposição das famílias, entre outros. Cabe destacar os artigos 108 e 109 que regem sobre o abandono afetivo:

Art. 108. Considera-se conduta ilícita o abandono afetivo, assim entendido a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente.

Art. 109. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos estabelecidos em lei especial de proteção à criança e ao adolescente, prestar-lhes assistência afetiva, que permita o acompanhamento da formação da pessoa em desenvolvimento. Parágrafo único. Compreende-se por assistência afetiva: I – orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; II – solidariedade e apoio nos momentos de necessidade ou dificuldade; III – cuidado, responsabilização e envolvimento com o filho. (BRASIL, Projeto de lei do senado nº 470 de 2013, Art. 108 e 109)

Logo, traz expressamente sobre a ilicitude do abandono afetivo e ainda, à luz do artigo 109 impõe, de forma clara, seus deveres diante dos filhos, devendo à eles cuidados e mais importante, zelar pelos seus direitos e garantir o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes.

O Projeto de Lei aguarda audiência pública, requerida pelo relator João Capiberibe (PSB), após, será encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) para ser julgada terminativamente.

3.3 Entendimentos sobre a morte

Todos os seres vivos nascem, alguns crescem e se reproduzem, e todos morrem. Esse é o processo natural e inevitável de todos, inclusive dos seres humanos. A morte apesar

de ser o final do ciclo da vida, reflete a dor, sofrimento e tristeza para todos aqueles que possuíam um elo afetivo com a pessoa que se foi.

Pode-se dizer que a preocupação e o entendimento sobre a morte vão se transformando conforme a idade, e nesse sentido, as crianças mesmo que não compreendem o que seria a morte sofrem quando não têm suporte necessário para enfrentar a perda. Assim, necessita-se um esclarecimento a respeito para que não se sinta confusa e desamparada em sua dor. (NUNES, CARRARO, JOU & SPERB, et. al, 1998).

Na adolescência, os jovens pensam ser insuscetíveis de morrer, Rodriguez (2005) explica ainda que, nesta fase, preferem não pensar na eventualidade de perder alguém próximo, chegando a acreditar que morte não seria possível, guiados por seus pensamentos da imortalidade. Rodriguez e Kovács (2005) refletem que na adolescência os jovens estão buscando seu lugar no mundo e constituindo sua personalidade, não tendo tempo para se preocupar com o fim da vida.

Ao se tornar adulto, a morte passa a ter um significado social, neste sentido, a morte de um ente familiar envolve mudanças documentais e relações familiares. Quando uma pessoa idosa falece, a família cria uma nova etapa no sistema de gerações (BEE, 1997).

Com a chegada da velhice, percebe-se uma maior incidência de morte, fazendo com que o idoso comece a assimilar e refletir sobre a mesma. Nessa fase, passam a ser corriqueiras as perdas, aceitando-se a morte como algo natural. Há ainda o afastamento profissional, pode ocorrer a viuvez com a perda do cônjuge, seus genitores já faleceram e não possui mais o mesmo papel na sociedade que ocupava antes (RABELO & NÉRI, 2005).

Assim, com o passar dos anos, as pessoas tendem a aceitar o fim da vida, o que para a criança é algo assustador, passa a ser visto com naturalidade pelos idosos. Ao longo da vida, é como se fosse um processo natural o reconhecimento e a aceitação da morte.

Durante a vida, os seres humanos constituem vínculos entre sí, essas ligações vão além da procriação, busca-se a felicidade e o bem-estar pessoal. Ao ser gerado, já possui o vínculo biológico, ao nascer com vida e ao longo de sua vida desenvolve vínculos afetivos e também gera descendentes. Esses elos vão fortificando e gerando obrigações e deveres, constituindo assim membros familiares.

3.4 Vínculo consanguíneo, por afinidade e afetivo

O vínculo consanguíneo ou natural é aquele entre pessoas que descendem de um tronco comum, ligadas pelo mesmo sangue. Tartuce (2014, p. 926-927), reafirma,

conceituando o parentesco como "sendo o vínculo jurídico estabelecido entre pessoas que têm mesma origem biológica (mesmo tronco comum); entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro; e entre as pessoas que têm entre si um vínculo civil".

A consanguinidade pode ser definida pelo parentesco em linha reta e pela linha colateral. Na linha reta as pessoas estão ligadas umas às outras como ascendentes e descendentes, como, por exemplo, avô, pai, filho, neto, etc, conforme estabelecido pelo artigo 1.591 do Código Civil. Já a linha colateral é aquela em que pessoas fazem parte de um só tronco, sem descender uma das outras, onde este é contado somente até o quarto grau, como por exemplo, os irmãos, tios, sobrinhos, etc., conforme artigo 1.592 do Código Civil.

O parentesco por afinidade é conceituado, por Diniz (2009, p. 442), como "o liame jurídico estabelecido entre um consorte, companheiro e os parentes consanguíneos, ou civis, do outro nos limites estabelecidos na lei, desde que decorra de matrimônio válido, e união estável".

O vínculo por afinidade se constitui por determinação legal, e não pelo consanguíneo (VENOSA, 2009), e ainda, são reconhecidos mesmo que suceder a nulidade do casamento ou com a dissolução da união estável, conforme artigo 1.595, §2º do Código Civil.

Em relação aos cônjuges ou companheiros inexistente o parentesco por afinidade (TARTUCE; SIMÃO, 2010), no entanto, nas relações de filiação Lôbo (2002) argumenta que nos parentescos afins não se equipara aos consanguíneos, uma vez que o parentesco com o enteado não é igual para com o filho, sendo que não surge "para o primeiro, em virtude de tal situação, direitos e deveres que são próprios do estado de filiação (LOBO, 2002, p. 192).

O parentesco por afetividade constitui-se pela manifestação de afeto e cuidados próprios das demais espécies de filiação entre aquele que sabidamente não é genitor ou genitora e a pessoa tratada como se fosse seu filho (DINIZ, 2009 *apud* RIVA).

Para Dias (2007, p. 320) "Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica".

Diante o exposto, o vínculo da afetividade não é biológico, mas nasce com o afeto e se mantém tão forte quanto aos laços sanguíneos, recebendo inclusive a proteção jurídica, sobrepondo-se o vínculo afetivo ao consanguíneo.

3.5 Vínculo consanguíneo x afetivo e o entendimento dos tribunais

O Direito Brasileiro vem reconhecendo a importância da afetividade nas relações familiares, em recentes julgados defende a prevalência do vínculo afetivo sobre o biológico.

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp: 878941 DF 2006/0086284-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/08/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.09.2007 p. 267)

Em vista disso, reconhece-se a filiação ainda que comprovada a inexistência de vínculo biológico, uma vez que a relação de afetividade persistiu e foi base para a relação. O dever de cuidado, amor e o afeto não se podem obrigar, visto que esses nascem naturalmente com o dia a dia e a convivência.

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretenso pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não

pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 17.9.2007). 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral portanto, jurídica, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 709608 MS 2004/0174616-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 23/11/2009).

Desta maneira, por exemplo, o pai que assume a paternidade não poderá alegar a ausência de vínculo biológico para com o filho como fator para declarar a falsidade de documento, no caso a certidão de nascimento do menor, uma vez que, mesmo não possuindo ligação consanguínea sempre destinou cuidados e afeto se seu filho biológico fosse.

Podem-se encontrar diversos julgados neste sentido, reforçando ainda mais a necessidade da criação de normas jurídicas que amparem os casos concretos. Há ainda, o reconhecimento da dupla paternidade, onde uma só pessoa terá dois pais, sendo um biológico e outro afetivo. A decisão se deu ao STF negar o provimento do Recurso Extraordinário 898060, recurso este que o pai biológico recorria contra o acórdão que reconheceu sua paternidade juntamente com os efeitos patrimoniais mesmo que houvesse vínculo da filha com o pai socioafetivo.

Entre os Ministros, Dias Toffoli se posicionou no sentido que, "Se teve o filho, tem obrigação, ainda que filho tenha sido criado por outra pessoa"¹¹, ou seja, ainda que a criança tenha sido criada por um pai afetivo isso não exime o pai biológico de arcar com suas responsabilidades. Desta forma, por oito votos a dois, o STF reconheceu a possibilidade da dupla paternidade.

3.6 O parentesco por afetividade frente à autorização da ortotanásia

Nota-se a importância jurídica do vínculo afetivo, este que já se encontra em diversos casos comparados ao vínculo consanguíneo. O princípio da afetividade se tornou a base das famílias modernas, englobando desde relações entre ascendentes e descendentes, até mesmo na constituição da família, sendo ela homo ou heterossexual.

Reconhecido esse vínculo, o projeto de Lei nº 236/2012 que prevê o novo Código Penal, em seu artigo 122, § 2º traz a exclusão da ilicitude, no caso a ortotanásia, de forma que:

¹¹ <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>> Acesso em 14/10/17 às 11:56

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:

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

No entanto, percebe-se que entre os parentescos legitimados: ascendentes, descendentes, cônjuge, companheiro ou irmão, não se fala no parentesco por afetividade, o que acontece no parágrafo 1º que trata da eutanásia: “§ 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”.

O artigo 122 traz ainda em seu §2º a possibilidade de exclusão de ilicitude:

[...]

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

[...]

Conforme o exposto, se aprovado o projeto de Lei, a autorização da eutanásia não prevê a possibilidade de ser consentida pelo parentesco por afetividade, uma vez que o parágrafo traz de forma expressa que, caso impossibilitado, o aval deve ser dado pelos descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro ou irmão.

Atualmente, no Direito Brasileiro, a ortotanásia e a eutanásia são práticas ilícitas. Com a possível aprovação do Projeto de Lei 236/2012 ambas passarão a ser legalizadas obedecendo critérios para que se tornem lícitas, como por exemplo, em casos de doenças terminais, ser atestada por dois médicos e ter consentimento do paciente ou dos ascendentes, descendentes, cônjuge, companheiro ou irmãos.

No entanto, o parentesco por vínculo afetivo não vem expresso no parágrafo como os demais parentescos, as relações afetivas, apesar de não constarem em lei, já possui diversos julgados reconhecendo como vínculo tanto quanto consanguíneo, desse modo, com o reconhecimento do parentesco afetivo, deverá considerar a possibilidade dos parentes socioafetivos consentirem a realização do procedimento da ortotanásia e eutanásia.

Por se tratar de uma inovação jurídica e de um projeto de Lei em andamento, não há julgados sobre a matéria. Não se encontram ainda posicionamentos jurídicos sobre o fato, o que deixa à margem de conclusões que, se o vínculo por afetividade já foi reconhecido em

outros casos, é possível equipará-lo aos vínculos parentais descritos pelo parágrafo acima citado.

A filiação gera direitos e deveres, seja ela biológica ou afetiva, entre esses direitos há o direito à sucessão. O artigo 227 §6º da Constituição Federal traz que: "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

A filiação socioafetiva retém ampla importância que o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça já reconheceu em alguns casos a sobreposição dos laços afetivos sobre os biológicos. Neste sentido, Dias (2011, p. 46) traz que a filiação socioafetiva "é definida quando se está presente o que se chama de posse de estado de filho: é reconhecido como filho de quem sempre se considerou seu pai".

Em se tratando do reconhecimento do vínculo afetivo diante do direito à sucessão, encontra-se certa dificuldade em pacificação de posicionamentos, pois ainda não é reconhecida legalmente, cabendo ao pai ter o zelo de deixar parcela dos seus bens ao filho socioafetivo, a menos que o pai regularize a situação antes de sua morte, legalizando sua paternidade.

Após reconhecido judicialmente, o filho socioafetivo concorre igualmente perante aos filhos biológicos, conforme explica Diniz (2007, p. 476):

Para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza são equiparados, havendo, assim, direito sucessório recíproco entre pais e filhos reconhecidos, pois tanto os ascendentes como os descendentes são herdeiros necessários. Deste modo, o filho reconhecido concorre em pé de igualdade com os irmãos havidos na constância do casamento, herdando quinhão igual ao que couber aos demais filhos.

Diante disso, não haverá distinção, no direito sucessório, entre os filhos, sejam eles biológicos ou não concorrem igualmente entre si, herdando quinhão igual a cada filho.

Com o reconhecimento da filiação socioafetiva em relação ao direito sucessório, estende-se o entendimento de que inclui-se o filho socioafetivo para que decida pela ortotanásia de seu genitor. Uma vez que o vínculo da afetividade vem cada vez mais ganhando destaque no direito de Família, sendo considerado de maior relevância até mesmo nas relações consanguíneas.

Nos casos em que o paciente não puder responder por si só, e houver a necessidade da autorização dos familiares, sucedendo-se conflitos entre o consentimento do parentesco consanguíneo e a negativa do parentesco por afetividade, ou vice e versa, a divergência deverá ser levada ao judiciário, para que o juiz analise o caso, averiguando se há

algum benefício material em torno da discórdia e os fatos trazidos pelas partes, verificando ainda a situação do paciente, com base nas provas, decidirá se concorda ou não com o procedimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à vida é defendido fielmente pela Constituição Federal, juntamente com os princípios basilares que garantem a Dignidade da Pessoa Humana. No entanto, em alguns casos de pacientes terminais, manter-se vivo é pior que a própria morte, já que, por vezes, são empregados tratamentos inúteis os quais não trazem nenhuma melhora podendo causar, inclusive, efeitos colaterais piores que os sintomas da doença.

Na medicina e no direito, a morte se consuma no momento em que o cérebro cessa suas atividades, pois, a partir do momento em que o mesmo paralisa suas funções vitais, não há o que se falar em meios de recuperação na medicina, estando diante da chamada "morte cerebral". Na maioria dos casos os outros órgãos continuam suas funções, por meio de equipamentos hospitalares, todavia, considera-se a pessoa morta pelo fato de o cérebro não possuir sintomas funcionais.

Nesse ínterim, os pacientes que sofrem com as doenças terminais ou se encontram em estado vegetativo são, por vezes, submetidos a diversos procedimentos extraordinários em busca da reversão das enfermidades, porém, apesar disso, em alguns casos, apresentam leve melhora do quadro, o que pode causar maior frustração ao paciente e aos seus familiares.

Na busca incansável por cura da patologia terminal apresentada, muitos pacientes acabam desestimulados, e, por vivenciarem seus dias em leitos dos hospitais e com sua dignidade ferida, optam por deixar a doença prosseguir seu curso, recebendo no conforto de sua casa, cuidados paliativos que aliviem a dor e o sofrimento, entretanto, renunciam a tratamentos inúteis que prolonguem artificialmente suas vidas.

Nesse sentido, a ortotanásia consiste em suspender meios extraordinários que mantenham a vida de paciente terminal, sendo que a mesma reconhecida como conduta lícita em diversos países. Porém, no Brasil é uma prática polêmica e que não possui regulamentação no direito, se tratando de prática ilícita, enquadrando-se no delito de homicídio tipificado no artigo 121 do Código Penal.

Se aprovado o novo Código Penal (Projeto de Lei 236 de 2012) passará a ortotanásia a ser reconhecida como excludente de ilicitude. No entanto, o artigo que a regulamentará legítima as pessoas que poderão decidir sobre suspender ou não os cuidados extraordinários nos casos em que o paciente não puder mais responder por si só.

Seguindo essa linha de pensamento, o artigo em comento, qual seja artigo 122, parágrafo 2º, do PLS nº 236 de 2012, não reconhece o parentesco por afetividade como legitimado a decidir acerca da conduta decorrente da ortotanásia, o que vai à contramão de

todo o ordenamento jurídico, o qual, por seu turno, reconhece a importância da afetividade para as relações familiares.

Assim sendo, considera-se a afetividade como um dos princípios basilares da família, se sobrepondo em alguns casos em relação ao vínculo consanguíneo, desconstruindo a ideia de que o parentesco só se constitui se houver o mesmo sangue ou até mesmo um mesmo tronco ancestral genético.

Posto isso, com as mudanças nos reconhecimentos nas constituições das famílias, os quais antes objetivavam apenas à procriação, hoje o que se busca é a felicidade e a comunhão plena de vida, completando-se como pessoa. Nesse sentido, observa-se que hodiernamente a constituição das famílias tem como espinha dorsal a questão da afetividade, não restando como requisito necessário à configuração familiar existência do vínculo biológico apenas, como outrora se exigia.

Prosseguindo, sustenta-se que a Constituição Federal de 1988 garante em seu artigo 227, § 6º, a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, e, como prova da concretização desses ditames normativo existem julgados reconhecendo o direito, por exemplo, sucessório, dos filhos adotivos/afetivos idêntico aos biológicos, posto que a diferenciação se dá apenas em relação à criação do parentesco, e não em razão do desenvolvimento e fortificação dos laços afetivos.

Nesta senda, o parentesco por afetividade, apesar de não ser reconhecido legalmente, possui incontáveis julgados favoráveis, os quais equiparam-no ao vínculo consanguíneo, sendo que em alguns casos, possui maior importância que os laços de sangue. O que irá determinar o parentesco não reside no DNA que envolve os sujeitos, mas no afeto que os une.

Neste sentido, apesar de o Projeto de Lei 236/2012, o chamado Projeto para o Novo Código Penal, não trazer expressamente o parentesco por afetividade como legitimado a autorizar a ortotanásia e /ou eutanásia de pacientes em estado terminal e sem possibilidade de reversão da doença, o presente trabalho de conclusão de curso sustenta a equiparação dos parentescos biológicos e afetivos, ao passo que ambos os vínculos possuem reconhecimento análogo em vários segmentos jurídicos, tal como quanto à sucessão hereditária, o que, por sua vez, não autoriza tratamento diferente ao se abordar a ortotanásia como excludente de ilicitude.

Por fim, ressalta-se que para que seja aprovado o Projeto em comento, deverá o mesmo sofrer reformulação em seu texto do artigo 122, § 2º, inserido o termo parentesco de qualquer espécie, o que englobará não somente os vínculos consanguíneos, como se denota da

leitura do mesmo, posto que, a relação afetiva, por vezes, se sobrepõe, inclusive, aos laços sanguíneos em determinadas formas de constituições familiares.

REFERÊNCIAS

BACON, Francis. **Historia vitae et mortis**, 1623, *apud* L. Jiménez de Asúa. *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de um criminalista sobre eugenesia y eutanásia*.

BEE, Helen. **O ciclo vital**. Trad. De R. P. Garcez. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

Bélgica é o 1º país a eliminar limite de idade para eutanásia. 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1411689-belgica-aprova-eutanasia-para-menores-de-idade.shtml>> Acesso em 18 de mai. de 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917.

BRAGA, Denise Menezes. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>> Acesso em 10 de set. de 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 524**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em 10 de jun. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 11 de set. de 2017.

_____. **Resolução 1931/CFM**. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122> Acesso em 15 de jul. de 2017.

_____. **Projeto de lei do senado nº 470 de 2013**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>> Acesso em 3 de jun. de 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 24 de set. de 2017.

_____. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 30 de set. de 2017.

_____. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 15 de jul. de 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 236**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 15 de jul. de 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4ª ed. Minas Gerais: Saraiva; 2015.

CHAVES, José Humberto Belmiro et al. **Cuidados paliativos na prática médica: contexto bioético**, In: Rev. Dor {online}. 2011, vol.12, n.3, p. 250-255.

CNJ. **Resolução nº 175/2013**. Disponível em <
http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf> Acesso em 10 de set. de 2017.

Código Penal Paraguai. Disponível em <
http://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf> Acesso em 13 de ago. de 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.805 DE 28 de Novembro de 2006**. Publicado no D.O.U, Seção I. Disponível em <
http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em 15 de jul. de 2017.

COSTA, Juraci. Paternidade Socioafetiva. **Revista Jurídica** – CCJ/FURB, v. 13, nº 26. p.127-140, 2009. Disponível em: . Acesso em: 12 out. 2017.

COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 2006. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>> Acesso em 05 de ago. de 2017.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <
https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em 10 de ago. de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Maria Berenice. **Paternidade Homoparental**. Disponível em <
www.mariaberenice.com.br>. Acesso em 03 de Outubro de 2017.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias - Princípios do Direito de Família**. 5ª Edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

FABRIS, Sérgio Antônio. **A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica**. Porto Alegre, 1999.

FERREIRA, Luiz A. Miguel. **A destituição do poder familiar pelo abandono**. 2013. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/20.pdf>> Acesso em: 07 de out. De 2017.

FERNANDES, Ana Luisa. **Droga anticâncer criada na USP é proibida pela Justiça**. 2016. Disponível em <<http://super.abril.com.br/saude/droga-anticancer-criada-na-usp-e-proibida-pela-justica/>> Acesso em 15 de jul. de 2017.

FONTANELLA, Patrícia. **União Homossexual no Direito Brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

FRUMI, C; CELICH, K. L. S. O olhar do idoso frente ao envelhecimento e à morte. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, Passo Fundo, p. 92-100, jul-dez. 2006 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PREVAL%C3%80NCIA+DA+PATERNIDADE+S%C3%93CIO-AFETIVA+SOBRE+A+BIOL%C3%93GICA>
<https://oglobo.globo.com/sociedade/supremo-tribunal-federal-reconhece-dupla-paternidade-20152483>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. VI, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. I: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOLDIN, José Roberto. **Eutanásia** – Uruguai. UFRGS. Rio Grande do Sul. 1997. Disponível em <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanuru.htm>> Acesso em 18.05.2017.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo: a interdisciplina sintoniza o direito de família como o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.) **A outra face do poder judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 426-429;

_____, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

IBGE lança estatísticas do Século XXI. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtm>> Acesso em 12 de out. de 2017.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudo em homenagem a J. J. Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. 2.tiragem: Saraiva, 2012.

_____, Paulo Luiz Netto. A família enquanto estrutura de afeto. In: BASTOS, Eliene Ferreiras; DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____, Paulo. **Direito civil: família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, Gabriela S. Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao#ixzz3noNvk0sh>> Acesso em: 06 de out. de 2017

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral: fundamentos da responsabilidade civil. **Revista de IOB de Direito de Família**, ano. 10, n. 46, fev./mar. 2008, p. 08-09.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRANDA, F. C. P. de. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Pontes. **Direito de Família: direito parental: Direito Protectivo. Parte especial 9**. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 17 São Paulo: Saraiva, 1978.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual – Proteção Constitucional**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

NARLOCH, Leandro. **Uma nova morte**. 2005. Disponível em <<https://super.abril.com.br/ciencia/uma-nova-morte>> Acesso em 12 de out. de 2017.

NUNES, D. C.; CARRARO, L.; JOU, G. I. (et. al). As crianças e o conceito de morte. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, 11(3), 579-590, 1998.

NUNES, Luís Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In.; DIAS, M. B.; (coord). **Direito de Família e o novo código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Curitiba, UFPR, 2004, p.157. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) Universidade Federal do Paraná, 2004.

PESSINI, Leo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. 5. ed. São Paulo: Loyola/Centro Universitário São Camilo, 2000.

PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**: Rio de Janeiro: Forense, 1961.

RABELO, D. F., & NÉRI, A. L. Recursos psicológicos e ajustamento pessoal frente à incapacidade funcional na velhice. **Psicologia em Estudo**, 10(3), 2005, 403-412.

RODRIGUEZ, C. F. **O que os jovens têm a dizer sobre a adolescência e o tema da morte?** 2005. 258 p. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo. São Paulo, SP.

_____, C. F., & KOVÁCS, M. J. (2005). Falando de morte com o adolescente. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, v. 5, n. 1, p. 127-143, jan-jun. 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil: volume II, direitos de família direitos reais e posse**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1958.

RUPRECHT, Theo. **Cientistas decidem frear testes com a “pílula do câncer”**. 2017. Disponível em <<http://super.abril.com.br/ciencia/cientistas-decidem-frear-testes-com-a-pilula-do-cancer/>> Acesso em 09 jun. de 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. Ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

SAMPAIO, Vanessa. **A filiação entre a verdade biológica e afetiva**. Disponível em: . Acesso em: 12 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SKAF, Samira. **Responsabilidade Civil decorrentes de Abandono afetivo paterno filial**. 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf> Acesso em Out de 2017.

STJ. **REsp: 878941 DF 2006/0086284-0**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/08/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.09.2007 p. 267.

_____. **REsp: 709608 MS 2004/0174616-7**, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 23/11/2009.

STF. **ADI 4277**. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 14 de set. de 2017.

_____. **ADPF 132**. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 14 de set. de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

_____, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. Vol. 6. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: GEN/Método, 2010.

TJ-PR - AI: 12944180 PR 1294418-0 (Acórdão), Relator: Horácio Ribas Teixeira, Data de Julgamento: 06/08/2015, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1649 16/09/2015)

TOMIZAWA, Guilherme; MOREIRA, J. **Destituição do poder familiar: punição ou garantia de direitos?** 2011. Anima Revista Eletrônica. Disponível em: < http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima6/Destituicao_do_poder_familiar.pdf > Acesso em: 02 de out de 2017.

TORRES, A. C. F.; COSTA, C. L. N. A, SILVA, B. V. O, (et. al). **Destituição do poder familiar**. Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT, 2013, p.215. Disponível em < <https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/view/536> > Acesso em 12 de out. de 2017.

VALLE, A. R. Afeto no trabalho: o que se discute na literatura nacional. **Revista Psicologia para América Latina**, n.3, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VILLAS BOAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.73.

VILANOVA, Rolo. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Vol. 34. São Paulo: Saraiva, 1977

WALD, Arnaldo. **Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990.