



UNILASALLE
CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE



ANDREI MUNCHEN

**EUTANÁSIA E ORTOTANÁSIA. AUTONOMIA PRIVADA E O
DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE**

CANOAS, 2017

ANDREI MUNCHEN

**EUTANÁSIA E ORTOTANÁSIA. AUTONOMIA PRIVADA E O
DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle – Unilasalle, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Sociedade.

Orientadora: Professora Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz

Coorientadora: Professora Dra. Selma Rodrigues Petterle

CANOAS, 2017



UNILASALLE

CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE



Credenciamento: Decreto de 29/12/98 - D.O.U. de 30/12/98
Recredenciamento: Portaria 626 de 17/05/12 - D.O.U. de 18/05/12

Programa de Pós-Graduação em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof.ª Dr.ª Maria Cláudia Mércio Cachapuz
UNILASALLE, Orientadora e Presidente da
Banca

Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro
UNILASALLE

Prof.ª Dr.ª Selma Rodrigues Petterle
UNILASALLE

Prof.ª Dr.ª Simone Tassinari Cardoso
UFRGS

Área de Concentração: Direito e Sociedade

Curso: Mestrado Acadêmico em Direito

Canoas, 21 de fevereiro de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, que desde cedo me mostraram a importância do estudo, dando-me apoio em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os amigos e pessoas que, de uma ou de outra forma me ajudaram nessa caminhada, à Professora Maria Cláudia Mércio Cachapuz, por toda a orientação e paciência que teve durante todo esse período.

RESUMO

A eutanásia/ortotanásia é um tema de muita polêmica e discussão, pois seguidamente é trazido a tona para debates e discussões, seja no âmbito nacional, seja no âmbito internacional. Uma das principais razões desse assunto causar polêmicas e discussões é o fato de haver pouca positividade em relação ao mesmo, assim, em inúmeros casos é necessário aplicar princípios para tomar uma decisão em relação ao caso concreto. Buscou-se através da aplicação do princípio da autonomia da vontade/privada, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, fortalecer a ideia de que o ser humano possui a liberdade de decidir quanto à sua morte, seja em relação à forma que ela ocorra, seja em relação ao tempo. É possível perceber que desde os primórdios as pessoas buscavam uma boa morte, ou seja, uma morte digna, tendo em vista seus preceitos e ideologias. É possível perceber melhor esse conceito em relação aos guerreiros medievais, pois esses procuravam uma morte digna, muitas vezes, no campo de batalha. Atualmente, boa parte da população tem encarado a morte como algo a ser combatido e enfrentado, ou como algo ruim, mas é possível perceber que a morte não precisa ser vista e trabalhada dessa maneira, pois desde o nosso nascimento a única certeza que temos é a da morte. Claro que é salutar tentar adiar essa morte ao máximo, desde que em condições dignas, de acordo com a concepção de dignidade de cada pessoa. A morte é algo iminente ao ser humano, então é dever do ser humano fazer com que ela ocorra de maneira mais digna possível. Alguns instrumentos estão sendo usados em outros países, como é o caso das diretivas antecipativas, que podem ser divididas em testamento vital e mandato duradouro. Já existe um movimento no Brasil que está procurando incorporar esses institutos ao ordenamento jurídico brasileiro. São institutos bem complexos, assim como a discussão da eutanásia e da ortotanásia, mas seria interessante e pertinente que esses dois assuntos virassem pauta do legislativo, para que seja possível a positividade dos institutos, rompendo-se o limbo legal existente. Ademais, seria importante essa positividade antes de acontecer um caso de repercussão nacional em que possivelmente um juiz tenha que tomar uma decisão com base nas suas convicções e em princípios. Seria pertinente um aprofundado estudo sobre o assunto para haver uma positividade do mesmo, até como uma forma de dar aos profissionais da saúde uma maior segurança quanto aos procedimentos a serem adotados em pacientes em estado terminal vegetativo e irreversível. Em caso de positividade, essa deveria levar em conta os interesses particulares de cada paciente ao caso concreto.

Palavras-chave: Autonomia. Dignidade. Diretivas. Eutanásia. Liberdade. Ortotanásia.

ABSTRACT

Euthanasia / Orthothanasia is a subject of much controversy and discussion, since it is subsequently brought to the fore for debates and discussions, both nationally and internationally. One of the main reasons for this issue to cause controversy and discussion is the fact that there is little positivation in relation to it, so in many cases it is necessary to apply principles to make a decision in relation to the concrete case. It was sought through the application of the principle of autonomy of the will / private, the dignity of the human person, of freedom, to strengthen the idea that the human being has the freedom to decide as to his death, whether in relation to the form that it occurs, or in relation to time. It is possible to perceive that from the beginnings people looked for a good death, that is, a dignified death, in view of its precepts and ideologies. It is possible to perceive this concept better in relation to the medieval warriors, who sought a worthy death, often on the battlefield. Nowadays, a large part of the population has seen death as something to be combated and confronted, or as something bad, but it is possible to realize that death does not have to be seen and worked in this way, since from our birth the only certainty we have is that of death. Of course it is salutary to try to postpone this death to the maximum, provided that in dignified conditions, according to the conception of dignity of each person. Death is something imminent to the human being, so it is the duty of the human being to make it occur in the most dignified possible way. Some instruments are being used in other countries, as is the case with the pre-emptive directives, which can be divided into a living will and a long-term mandate. There is already a movement in Brazil that is seeking to incorporate these institutes into the Brazilian legal system. They are very complex institutes, as well as the discussion of euthanasia and orthothanasia, but it would be interesting and pertinent that these two subjects should become part of the legislature, so that it is possible to positivate the institutes, breaking the existing legal limbo. In addition, it would be important to be positive before a case of national repercussion occurs in which a judge may have to make a decision based on his convictions and principles. It would be pertinent an in-depth study on the subject to have a positivation of the same, as a way to give health professionals a greater certainty as to the procedures to be adopted in patients in a terminal and irreversible vegetative state. In case of positivation, this should take into account the particular interests of each patient in the specific case.

Keywords: Autonomy. Dignity. Policies. Euthanasia. Freedom. Orthothanasia.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 EUTANÁSIA E SUAS DERIVAÇÕES.....	16
2.1 Contexto histórico da eutanásia.....	23
2.1.1 Aspectos históricos e religiosos.....	24
2.1.2 Eutanásia/ortotanásia no âmbito internacional.....	29
2.1.3 A eutanásia e o Código Penal brasileiro.....	32
2.1.4 Contexto histórico da eutanásia/ortotanásia no Brasil.....	34
2.2 Cuidados paliativos.....	43
2.2.1 Princípios de direito.....	58
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
3.1 Dignidade da pessoa humana.....	66
3.2 Direitos da personalidade.....	75
3.3 Capacidade e disposição do próprio corpo.....	84
4 AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DE LIBERDADE.....	90
4.1 Liberdade.....	95
4.2 Diretivas antecipativas.....	103
4.2.1 Diretivas antecipativas no âmbito internacional e sua possibilidade no Brasil.....	109
4.2.2 Testamento vital.....	124
4.2.3 Mandato duradouro.....	130
5 ANÁLISE DE ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	132
5.1 Apelação Cível nº. 70054988266, do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul.....	132
5.2 Apelação Cível nº. 70042509562, do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul.....	138
6 CONCLUSÕES FINAIS.....	147
REFERÊNCIAS.....	150

1 INTRODUÇÃO

Se qualquer um pode tirar a vida de um homem, se ninguém pode lhe tirar a morte porque todos os caminhos nos levam a ela, há uma pergunta a ser respondida: – Há um direito fundamental à imortalidade? Se a resposta for sim, devemos criar todos os mecanismos possíveis e impossíveis contra a morte. E estamos criando. Se a resposta for não, devemos compreender a morte como a única certeza da consciência humana. Neste caso, viver e morrer serão pedaços de uma mesma vida, de um mesmo ser, de uma mesma pessoa. Haveremos, pois, de respeitar o seu último direito: o direito à dignidade, à autonomia, à autodeterminação. (RIBEIRO, 2006, n. 13).

É possível aferir que o ser humano possui algumas peculiaridades quando comparado aos demais seres vivos, pelo fato da condição de ser humano.

A condição humana poderia ser entendida como a simples condição de ser humano, mas se trata de algo bem mais complexo. Vejamos:

As condições da existência humana, a vida, a natalidade e a mortalidade, a mundanidade, a pluralidade e a Terra, jamais podem “explicar” o que somos ou responder à pergunta sobre quem somos, pela simples razão de que jamais nos condicionam de modo absoluto. Essa sempre foi a opinião da Filosofia, em contraposição às ciências (Antropologia, Psicologia, Biologia, etc.) que também se ocupam do homem. Mas hoje podemos dizer que já demonstramos, mesmo cientificamente, que, embora vivamos sempre, não somos meras criaturas terrenas. A moderna ciência natural deve os seus maiores triunfos ao fato de ter condicionado e tratado a natureza terrena de um ponto de vista verdadeiramente universal, isto é, de um ponto de vista arquimediano escolhido voluntária e explicitamente, fora da Terra. (ARENDRT, 2014, p.13).

O ser humano é um ser complexo, seja na sua estrutura ou no seu modo de agir e pensar. Existem inúmeros questionamentos sobre o ser humano, a começar pela forma como se originou. Discute-se na religião e na ciência a forma de origem do ser humano.

O ser humano é um ser que evolui e modifica o seu modo de agir rapidamente. Consequentemente, possui uma grande capacidade de provocar mudanças na sociedade.

Existe uma grande complexidade no ser humano, que jamais poderá ser explicada de modo absoluto, pois a sua forma de agir e pensar anda em constante transformação, de acordo com a sociedade na qual se encontra, bem como em função das necessidades que possui.

A principal diferença do ser humano para os animais se deve a liberdade que o ser humano encontra para se desapegar da natureza, ou seja, ter uma vida independente, não tendo a necessidade de viver tão constantemente em meio à natureza, diferentemente daquilo que ocorre com os animais. (FERRY, 2009).

As atividades humanas fundamentais podem ser vistas da seguinte forma:

[...]pretendo designar três atividades humanas fundamentais, quais sejam: trabalho, obra e ação. São através dessas condições básicas sob as quais a vida foi dada ao homem na terra. O trabalho é atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, e o crescimento, o espontâneo, o metabolismo e o resultante declínio estão ligados às necessidades vitais produzidas e fornecidas ao processo vital pelo trabalho, sendo a condição humana do trabalho a própria vida. A obra é a atividade correspondente à não naturalidade da existência humana, que não está engastada no sempre recorrente ciclo virtual da espécie cuja mortalidade não é compensada por este último. A obra proporciona um mundo “artificial” de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural[...].(ARENDT, 2014, p. 8).

Assim, “dentro de suas fronteiras é obrigada cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a transcender a todas elas. A condição humana da obra é a mundanidade”. (ARENDT, 2014, p. 8). Existe uma ideia de intersubjetividade. Ou seja, reconhecer o outro. É nesse sentido a ideia de pertencimento ao mundo e em relação à interação com o outro.

A forma com que o ser humano cria algo é através da ação, é a

“única atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na terra e habitam o mundo”.(ARENDT, 2014, p. 8).

Os homens podem ser semelhantes genética ou fisicamente, mas jamais serão iguais em relação ao pensamento ou à forma de agir. Tal diferenciação é definida como pluralidade. A pluralidade “é a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá”. (ARENDT, 2014, p. 9/10).

Isso corrobora o fato que, se todas as pessoas pensassem da mesma forma, tivessem os mesmos objetivos e realizações, a vida poderia se tornar ainda mais complexa e difícil, quem sabe impossível. Além disso, as pessoas se associam por grupos, de acordo com os seus interesses comuns na esfera social, bem como com sociedades e grupos que melhor os representam ou se identificam.

Existe uma diferença entre condição humana e natureza humana:

A condição humana não é o mesmo que a natureza humana, e a soma total das atividades e capacidades humanas que correspondem à condição humana não constitui algo equivalente à natureza humana. A mudança mais radical da condição humana que podemos imaginar seria uma emigração dos homens da Terra para algum outro planeta. Tal evento já não é inteiramente impossível,

implicaria que o homem teria de viver sob condições produzidas por ele mesmo radicalmente diferentes daquelas que a Terra lhe oferece. O trabalho, a obra, a ação e, na verdade, mesmo o pensamento, como o conhecemos, deixariam de ter sentido. No entanto, até esses hipotéticos viajadores da Terra ainda seriam humanos; mas a única afirmativa que poderíamos fazer quanto à sua “natureza” é que são ainda seres condicionados, embora sua condição seja agora, em grande parte, produzida por eles mesmos. (ARENDDT, 2014, p. 11/12).

O ser humano pode ser visto como um ser diferenciado, sendo possível alterar e modificar o ambiente em que vive, bem como relacionar-se com os demais, provido de habilidades diferenciadas e evoluídas, quando comparado com os demais seres vivos.

A necessidade é outro fator responsável por fazer com que o ser humano aprimore a sua forma de vida, pois busca a todo o momento torná-la mais confortável e menos complexa, o que atualmente é muito difícil, pois a cada alteração surgem novos conflitos.

Dessa forma, para conseguir tornar a vida mais confortável, é preciso inteligência para entender as necessidades através de um contexto histórico e social, e criar alternativas que possibilitem uma melhor organização e otimização dos afazeres. Além de todos esses aspectos, é necessário outro fator, qual seja: a liberdade.

O ser humano, assim como os demais seres vivos, precisa de liberdade para inovar e buscar novos horizontes, no momento que é tratada a liberdade. Entende-se a liberdade de forma geral, podendo classificá-la de inúmeras formas: física, intelectual, social, entre outras.

A necessidade de evolução gerou avanços tecnológicos que proporcionaram à humanidade muitos benefícios, procedimentos médicos, cirúrgicos, drogas, entres outros, pontuais e com grande eficácia no tratamento e na cura de doenças, que há pouco tempo eram consideradas fatais e incuráveis.

Os avanços tecnológicos quando aplicados na medicina, proporcionaram a cura de muitas doenças, além de trazer a pacientes enfermos condições mais dignas de vida. No entanto, trouxeram também algumas consequências, como o fato de muitas pessoas morrerem sozinhas e solitárias em leitos de hospitais e de certa forma uma “escravização”, muitas vezes não sendo permitido a algumas pessoas o direito ao fim do sofrimento através da morte. Conforme descreve Möller:

Hoje assistimos à morte tecnificada: morre-se em hospitais, em meio a máquinas e especialistas, e não mais no ambiente familiar, em companhia das pessoas próximas. Os próprios parentes muitas vezes desejam esquivar-se de um envolvimento com o moribundo “protegendo-se” de presenciar a morte. Reduzem-se os ritos familiares quando da proximidade da morte. Entregamos

nosso direito de presidir nossa vida e nossa morte aos técnicos, à medicina, renunciando à reflexão e à tomada de decisão. Até mesmo o luto medicalizar-se: quem perde um ente querido deve sedar-se, alienar-se através de ansiolíticos. (MÖLLER, 2012, p. 32).

As pessoas acabam tendo muitas vezes, como última estadia, o leito de hospitais, sozinhos sem a presença de amigos e familiares. Enquanto que, algum tempo atrás, essa morte ocorria dentro de casa, com a presença de amigos e familiares.

Para sobreviver usa-se de todo o aparato tecnológico:

na luta pela vida contra a morte usa-se de todo um arsenal tecnológico que na prática se traduz como a prática da distanásia, que nega a mortalidade humana, tratando a morte como se fosse uma doença para a qual tivéssemos que encontrar a cura a todo e qualquer custo. (PESSINI, 2004, p. 29).

A morte, na maioria das vezes, é vista como um fim, algo terrível de ser evitado a qualquer tempo e custo. No entanto, é de se saber que “a morte é vista hoje como processo e não como evento e, portanto, não pode ser determinada como ocorrendo num momento específico.” (PESSINI, 2004, p. 52). Nessa ideia, o homem não deve se preocupar tanto em prolongar a vida a qualquer custo, mas sim zelar por uma vida com dignidade e qualidade.

Com todos esses avanços tecnológicos é necessário impor alguns limites. Possivelmente, por tais razões, a partir do final dos anos quarenta, início dos anos cinquenta, surge a Bioética (SÁ, 2015). Bioética que pode ser entendida como “a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre homens e entre esses e outros seres vivos”. (SÁ 2015, p. 8). Além disso, preocupada com os conflitos existentes entre a vida, a saúde, e a morte. A obstinação terapêutica, no final da vida, pode ser considerada um grande problema nesses conflitos. Como forma de tentar solucionar esse conflito, é viável trazer a autonomia privada do paciente.

É necessário frisar que deve haver uma preocupação também quanto à qualidade da vida e não apenas em relação à longevidade de uma vida. O ser humano não deve apenas ter medo da morte, mas, do mesmo modo, temer um final de vida sem o mínimo de dignidade,

ontem como hoje, a morte assusta, mas a razão do medo e da angústia é diversa. Nos séculos XVIII e XIX, o grande medo era da morte aparente: um pânico geral tomava conta das pessoas à ideia de ser sepultadas vivas e de acordar no fundo da sepultura. Num passado mais remoto, o crente tinha medo do que acontecia após a morte, do juízo de Deus e da sorte eterna a que era destinado. Hoje, o medo predominante é outro: o homem teme mais os

tormentos da agonia, o medo de ser transformado “num vegetal”, que jazeria por um tempo indefinido naquela terra de ninguém que a terapia intensiva criou entre a vida e a morte, entre o mundo dos vivos e dos mortos, e de tornar-se um corpo vegetando que não acaba mais de morrer. (PESSINI, 2004, p. 56).

Dadas algumas circunstâncias, é possível a pessoa mesmo estando em vida, estar morta para o mundo. Para a pessoa enferma, assim como para as pessoas ao seu redor, continuar a viver perdeu o sentido, tal situação é possível perceber conforme referência feita. Um exemplo pode ser a pessoa que está em estado vegetativo permanente. Conforme menciona Pessini, é uma morte que não acaba mais de morrer, sendo necessária certa ponderação, para não incorrer em pensamento eugenista. É provável aferir que os valores morais também acabam sendo modificados. Por exemplo, eutanásia/ortotanásia, que hoje em dia ainda é uma incógnita, e condenada por muitos.

Far-se-á uma abordagem entre conflitos em relação à eutanásia/ortotanásia, pois trata-se de um direito que vem sendo discutido ao longo dos anos em praticamente todo o mundo. Apesar de tratar-se de uma discussão de longa data, até o presente momento não se chegou a um consenso universal sobre o assunto, e possivelmente nunca se chegue a isso. Nesse sentido: “a eutanásia é um tema milenar, mas adquire sempre uma atualidade surpreendente.” (PESSINI, 2004, p. 27). É um tema que está bem presente na atualidade, pois inúmeros casos trazem a discussão à tona.

Existe certo receio quanto à autorização da eutanásia ou da ortotanásia no sentido de que pessoas poderão ser mortas indevidamente, principalmente em relação às pessoas mais fracas e menos favorecidas, ou aquelas que possuem menos meios para se defender, como, em algumas oportunidades, é o caso dos idosos. Nesse sentido:

A presença dos idosos é sempre mais numerosa numa sociedade que cultiva o mito da eterna juventude. [...] Em muitas instâncias, a vida do idoso é abreviada ao colocá-lo à margem da sociedade. Um outro dado importante para a questão ética da eutanásia é a ideologia da eliminação da dor e do sofrimento, e do sem-sentido de viver essa situação, por vezes facilitando a opção pelo morrer antes que pelo viver. (PESSINI, 2004, p. 283).

É necessário muito cuidado nesse aspecto, pois se poderia buscar, de certa forma, eliminar parte da população idosa que estaria à margem da sociedade. No entanto, é importante reforçar que o procedimento da eutanásia ou ortotanásia deve ser utilizado apenas como forma de aliviar o sofrimento de uma pessoa que esteja em estado terminal, irreversível, sendo que a pessoa que está acometida por tal enfermidade não consegue mais ver dignidade em sua vida.

Essa discussão pode tomar proporções ainda maiores devido à constante busca do ser humano por inovações e avanços tecnológicos e biotecnológicos. Graças a essa inquietude, hoje em dia torna-se possível manter uma vida humana ligada a aparelhos por vários anos. No entanto, é discutível existir qualidade de vida quando esta depende exclusivamente de aparelhos, sem perspectiva de cura ou melhora.

Existem inúmeros conflitos quanto ao direito à eutanásia. Os que defendem a sua realização trazem à tona o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade de escolha, a autonomia privada, entre outros. Já os contrários à legalização da eutanásia acreditam que o direito à vida deve prevalecer frente a qualquer outro direito.

Surgiram formas para tentar minimizar ou dar algum direcionamento mais pacífico a esse tipo de discussão, mas não foi possível, pois existe um conflito de direitos. Entre as tentativas de solução, pode-se citar as diretivas antecipativas (testamento vital e mandato duradouro), já utilizado em inúmeros países e estados, inclusive no Rio Grande do Sul¹, apesar de não haver nenhuma regulamentação em relação aos institutos.

O Brasil está caminhando a passos lentos², pois até o presente momento o legislativo em âmbito federal, não conseguiu positivar a eutanásia/ortotanásia. Existem dois Projetos de Lei que buscam legalizar a ortotanásia, sendo um deles o do Novo Código Penal, que ainda não foi votado.

O direito da realização da eutanásia/ortotanásia é complexo, já que não se trata apenas do fato de realizar ou deixar de realizar esse procedimento. Tal conflito existe, principalmente, quando há divergência de interesses, seja do próprio paciente, seja de seus familiares e representantes.

Além disso, tentaremos definir de que forma a liberdade de escolha, a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade e privada podem influenciar na tomada de uma decisão pela realização ou não do procedimento da eutanásia/ortotanásia.

Apesar de ser um direito bastante discutido, existem muitas dificuldades na sua conceituação e entendimento. O direito à eutanásia/ortotanásia engloba vários aspectos humanos, assim, “diante da questão da eutanásia é muito difícil manter-se indiferente ou permanecer olímpicamente no nível meramente racional, sem se envolver emocionalmente.” (PESSINI, 2004, p. 27).

¹ROSA, Eduardo. Testamento vital relata como pessoa quer ser tratada no fim da vida. Clicrbs, RS, 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2014/11/testamento-vital-relata-como-pessoa-quer-ser-tratada-no-fim-da-vida-4645795.html>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

²Uruguai, Holanda, EUA e Bélgica tiveram alguma positividade em relação ao direito. (PESSINI, 2004).

A presente pesquisa irá procurar deixar mais claras as diversas conceituações dadas ao direito, abrangerá um contexto histórico em âmbito nacional e internacional. A eutanásia/ortotanásia será estudada sob o prisma dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada, da liberdade em relação aos direitos de personalidade, entre outros.

As diretivas antecipativas, quais sejam: testamento vital e mandato duradouro, também serão trabalhados, com o intuito de analisar a possibilidade da aplicação desses institutos de maneira clara e objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, para que possam ser meios que possibilitem uma morte digna ao ser humano.

Ainda será pesquisado de que forma a área médica enxerga esse direito, bem como analisar quais medidas já se tomou em relação ao direito. Por fim, uma análise jurisprudencial sobre o direito à eutanásia/ortotanásia, tendo como base os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2 EUTANÁSIA E SUAS DERIVAÇÕES

O ser humano procura viver de maneira digna, “antes de se preocupar prioritariamente com a morte como um dado da natureza humana, urge resgatar o direito à vida, expresso no direito de gozar de saúde plena.” (PESSINI, 2004, p. 286). Dessa forma, é necessário assegurar uma vida plena ao indivíduo, com gozo de todos os direitos. Para, em uma segunda instância, também procurar garantir uma morte digna.

A discussão em relação à eutanásia/ortotanásia e morte digna é um assunto amplamente discutido, entre outros, principalmente

graças aos extraordinários progressos da medicina, hoje se vive mais tempo e com melhor qualidade de vida que antes, aos menos nos países industrializados, mas infelizmente se morre com mais sofrimento. Ontem se morria de forma rápida rodeado pelos familiares. Hoje, muitos doentes se despedem da vida entre estranhos num hospital ou instituição de saúde em que medidas de manutenção de vida permitem prolongar indevidamente o momento final ao preço elevadíssimo de sofrimentos físicos e morais (PESSINI, 2004, p. 289).

Além disso, “argumenta-se que determinados pacientes que consideram não ter qualidade de vida mínima para poder continuar existindo dignamente como seres humanos solicitam que se pratique a eutanásia ativa.” (PESSINI, 2004, p. 288/289). Esses e outros aspectos fazem com que esse assunto esteja seguidamente sendo manchete em inúmeros jornais e noticiários, como o caso da atleta paraolímpica belga “Marieke Vervoort”³.

Além do mais,

mormente nos países em que a medicina se encontra mais desenvolvida, numerosos casos têm sido registrados nos quais as pessoas que se tomam portadoras de graves doenças, ou são vítimas de acidentes, diante de ausência de perspectivas de cura, despertam acesso debate sobre as opções a tomar, em direção à vida ou à morte. (SERTÁ, 2005, p. 19).

Inicialmente, cabe ressaltar que, muitas vezes, é feita uma confusão no momento de conceituar e classificar os tipos possíveis de eutanásia⁴. Sendo assim, tentar-se-á entender um pouco melhor esses conceitos.

³Atleta paralímpica com grave doença degenerativa planeja eutanásia. G1, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/09/atleta-paralimpica-com-grave-doenca-degenerativa-planeja-eutanasia.html>>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁴Não se consegue distinguir claramente se a ortotanásia pode ser equivalente à eutanásia passiva, bem como se a eutanásia pode ser comparada com o homicídio piedoso. (PESSINI, 2004).

A palavra eutanásia tem a seguinte origem: *eu* - que significa boa; *ethanatos* - que significa morte; tratar-se-ia, assim, de uma morte sem sofrimentos. Ainda, significa matar uma pessoa por razões de benevolência. Francis Bacon foi o responsável pela criação do que denominou eutanásia, processo em que o médico possibilitaria uma boa morte ao doente que não tivesse mais possibilidade de cura, ou seja, quando o doente optasse por tirar a vida depois que ela já tenha terminado. (SÁ, 2015).

O procedimento pode ser visto de duas formas,

distingue-se entre eutanásia direta, positiva e ativa de um lado, sempre condenável, e denominada também "suicídio assistido", e de outro eutanásia passiva, indireta ou negativa, comumente aceita. (PESSINI, 2004, p. 285).

É possível mencionar outras distinções,

Há dois elementos envolvidos na eutanásia, que são a intenção e o efeito da ação. A intenção de realizar a eutanásia pode gerar uma ação, daí tem-se eutanásia ativa, que se divide em eutanásia ativa direta e indireta. A eutanásia ativa direta é caracterizada pela intenção de encurtar a vida do paciente, por exemplo, com injeção letal. A eutanásia ativa indireta ter por objetivo aliviar o sofrimento do paciente e, ao mesmo tempo, abreviar o curso vital, o que se produz como efeito daquele primeiro objetivo principal (assim, por exemplo, a aplicação de morfina prejudica a função respiratória e em altas doses pode acelerar a morte). (SÁ, 2015, p. 376).

Alguns doutrinadores como Pessini, defendem que a eutanásia apenas poderá ser realizada por médicos:

Para ajudar na clarificação terminológica, nesta fase da discussão, sugerimos que o termo eutanásia seja reservado apenas para o ato médico que, por compaixão, abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de eliminar a dor e que outros procedimentos sejam identificados como expressões de assassinato por misericórdia, mistanásia, distanásia, ou ortotanásia conforme seus resultados, a intencionalidade, sua natureza e as circunstâncias. (PESSINI, 2004, p. 205).

Tal ideia não é pacífica, mas pode ser considerada majoritária, pois no momento que uma pessoa, que não seja médico, realizar tal procedimento poderia ser considerado homicídio ou até mesmo auxílio ao suicídio. Além do mais defende que seja realizado apenas para evitar a dor. (PESSINI, 2004). “Mais ainda, proponho que se reserve a palavra eutanásia exclusivamente para denotar atos médicos que, motivados por compaixão, provocam precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor.” (PESSINI, 2004, p. 206). Também, “nos dias atuais, a nomenclatura eutanásia vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas”. (SÁ, 2015, p. 375).

Na linha para Pessini, eutanásia são “[...]atos médicos que, motivados por compaixão, provocam precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor [...]” (PESSINI, 2004, p. 209). Assim, não seria possível qualquer pessoa realizar o procedimento da eutanásia, mas sim apenas o médico.

Já a mistanásia pode ser vista como a morte antes da hora, morte miserável ou morte infeliz. Morte essa que pode ocorrer de inúmeras maneiras como, por exemplo, pela falta de vagas em um hospital, ou ainda por meio de um acidente automobilístico. (DADALTO, 2015).

Ao contrário do procedimento da eutanásia e da ortotanásia, é possível mencionar a mistanásia,

o termo mistanásia para substituir uma expressão que se usa com certa frequência: eutanásia social. Fazemos isso por considerar este um uso totalmente inapropriado da palavra eutanásia e por achar mais apropriado o termo mistanásia: a morte miserável fora e antes do seu tempo. A eutanásia, em sua origem etimológica (“boa morte”) e em sua intenção, quer ser um ato de misericórdia, quer propiciar ao doente que está sofrendo uma morte boa, suave e indolor. As situações a que se referem os termos eutanásia social e mistanásia, porém, nada têm de bom, suave ou indolor. (PESSINI, 2004, p. 210).

Nessa mesma linha,

A eutanásia, pelo menos em sua intenção, quer ser uma morte boa, suave, indolor, enquanto a situação chamada eutanásia social nada tem de boa, suave ou indolor. Dentro da grande categoria de mistanásia quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana. (MARTIN, 1998).

Existe muita discussão quando é trazido o assunto da mistanásia que, em algumas oportunidades, pode ser chamada de eutanásia social, podendo ser um grande problema, pois poderia causar a morte de pessoas que ainda conseguem viver dignamente. Essa seria, de certa forma, um risco que as populações mundiais poderiam correr quando da autorização da eutanásia ou da ortotanásia.

Em relação à mistanásia, é possível perceber uma diferença de riscos,

da grande categoria de mistanásia quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que

conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana. (MARTIN, 1998).

Tratar-se-ia de uma forma legalizada de acabar com alguns grupos populacionais, seja por interesses políticos ou por interesses econômicos. Existiria o risco de se fazer um descarte populacional, ou seja, eliminar aquelas pessoas que não conseguem mais trazer benefícios significativos à sociedade, que são considerados um “fardo” carregado pelos cofres públicos.

Nesse sentido, “a essa morte infeliz no contexto da globalização excludente na parte sul do planeta não denominaremos “eutanásia social” como muitos o fazem, mas sim mistanásia, de mis = infeliz, e thanatos = morte – morte infeliz em nível coletivo.” (PESSINI, 2004, p. 30).

A mistanásia pode ser conceituada como:

morte miserável, infeliz, fora e antes da hora. Trata-se de um grito não somente pela dignidade de morrer, uma vez que morrer tão precocemente é uma indignidade, mas pela dignidade de viver plenamente. A morte infeliz evoca o viver infeliz, o viver sofrido. Falar disso é falar da vida abreviada. Não seria uma hipocrisia gritar somente pela dignidade no adeus, se a vida toda, teimosamente levada adiante numa sobrevivência sofrida, foi uma indignidade? (PESSINI, 2004, p. 287).

A diferença entre eutanásia e a mistanásia pode ser entendida como

o resultado. Enquanto a mistanásia provoca a morte antes da hora de uma maneira dolorosa e miserável, a eutanásia provoca a morte antes da hora de uma maneira suave e sem dor. É justamente esse resultado que torna a eutanásia tão atraente para tantas pessoas. (PESSINI, 2004, p. 202).

Apesar de haver essa diferença, elas são, conseqüentemente, confundidas, principalmente num plano conceitual. A eutanásia trata de proporcionar ao paciente uma morte boa e tranquila. Pode-se dizer que existem dois tipos de eutanásia, quais sejam: a ativa e a passiva. A ativa, provocada por ação de terceiro, já a passiva, provocada por omissão de terceiro. (DADALTO, 2015).

A eutanásia ativa, entre outras formas, ocorre quando os aparelhos do paciente ou doente são desligados com a finalidade de causar a morte, evitando maiores sofrimentos.

Já a eutanásia passiva ou por omissão, mais conhecida por ortotanásia, que significa morte correta, trabalha com a ideia de não dar mais seguimento ao tratamento,

que acabaria por ocasionar a morte do paciente, evitando, assim, os excessos terapêuticos.

A eutanásia passiva também é conhecida por ortotanásia que, para Pessini, é conhecida como a arte de bem morrer. Garay trabalha com a ideia de que é uma morte que não se busca e sim uma forma de humanizar a morte. (DADALTO, 2015).

Já para outros doutrinadores, como Villas-Bôas, eutanásia passiva e ortotanásia não podem ser vistas como sinônimos, sendo que a eutanásia passiva consistiria na suspensão ou omissão deliberada de medicamentos que seriam indicadas naquele caso, sendo medidas úteis e benéficas ao paciente, com intuito de antecipar-lhe a morte, já na ortotanásia haveria a omissão ou suspensão inúteis para o caso concreto. (DADALTO, 2015). Tal diferenciação não é aceita pela corrente majoritária dos doutrinadores, como Pessini e Dadalto. Assim, [...] “a ortotanásia, a arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia sem cair em ciladas da eutanásia nem da distanásia.” (PESSINI, 2004, p. 225).

Para a realização do procedimento de eutanásia/ortotanásia, além de outros, é necessária uma assistência multidisciplinar,

para a Organização Mundial da Saúde, consistem na assistência multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais. (DADALTO, 2015, p. 54).

Trata-se de um vasto acompanhamento em relação ao paciente, objetivando não incorrer em erro com relação aos interesses do mesmo. Para isso o ideal é que haja uma manifestação de vontade, conforme ressalta Dadalto:

para assegurar o cumprimento da vontade do paciente, é ideal que haja prévia manifestação de vontade deste, enquanto capa - comumente chamada de diretivas antecipativas, acompanhada de consentimento informado do mesmo. (DADALTO, 2015, p. 55).

A discussão em relação à manifestação de vontade e as diretivas antecipativas serão trabalhados com mais profundidade no decorrer do trabalho. Em relação à distanásia pode ser entendida como a forma de prolongar a vida ao máximo, combatendo a morte como um grande inimigo. Ou ainda, pode ser considerada a morte difícil, ou seja, tenta-se, a todo custo, fugir da morte prolongando a vida ao máximo, mesmo que, muitas vezes, à custa de muita dor e sofrimento.

Em que pese haja uma diferenciação entre *distanásia*, *mistanásia* e *ortotanásia*⁵, é necessário compreender também que

rejeitar a eutanásia não significa necessariamente cair no outro extremo, a *distanásia*, onde a tecnologia médica é usada para prolongar penosa e inutilmente o processo de agonizar e morrer. Mais uma vez, neste caso, a clareza terminológica é indispensável para fundamentar juízos éticos consistentes. (MARTIN, 1998).

Sob o prisma ético⁶, é possível que termos como *mistanásia* e *distanásia* causem confusão, além do mais as palavras são de grande representatividade para as pessoas. Por essas razões que são criados novos termos, para não terem um impacto tão negativo e representativo na sociedade. Assim, mencionar termos como *eutanásia*, *distanásia* e *mistanásia*, podem ser termos muito fortes e impactantes na sociedade. Nesse sentido,

a grande preocupação dos partidários da eutanásia é justamente tirar da morte o sofrimento e a dor, e a grande crítica que eles fazem aos que rejeitam a eutanásia é que são desumanos, dispostos a sacrificar seres humanos no altar dos sistemas morais autoritários que valorizam mais princípios frios e restritivos que a autonomia das pessoas e a liberdade que as dignifica. (PESSINI, 2004, p. 202)

Por exemplo, a *distanásia*⁷, de maneira mais agressiva, pode ser caracterizada como inútil, utilizando o exemplo de Zesus,

é que Zeus teria imposto severo castigo às filhas do rei de Argos, que haviam atraído seus maridos, matando-os com uma faca oculta sob as vestes. O castigo consistia em condená-las a eternamente encherem de água um balde furado, o que corresponde evidentemente a uma tarefa inglória e inútil. Inútil, porém insistente, dadas as dimensões perenes do castigo, o que vem ao encontro do que hoje atribuímos ao vocábulo *fútil*. A conduta *fútil* vai além da simples inutilidade. Trata-se de ato que alguém persiste em adotar, malgrado não trazer benefício algum. (SERTÃ, 2005, p. 33).

A realidade do hemisfério Sul⁸ é tida como preocupante, principalmente por uma quantidade significativa de mortes precoces, podendo ser considerado, por vezes, a realização da *mistanásia*.

⁵Distanásia: a obstinação terapêutica em que a tecnologia médica é usada para prolongar penosa e inutilmente o processo de agonizar e morrer; *mistanásia*: a chamada eutanásia social, a morte miserável, fora e antes da hora; e *ortotanásia*: a arte de morrer bem, com os direitos e a dignidade das pessoas respeitados na fase final do seu viver. (PESSINI, 2004, p. 201).

⁶Na avaliação ética da eutanásia e dos contextos em que chega a ser praticada é importante não confundir com *mistanásia*, que muitas vezes choca profundamente a sensibilidade das pessoas, nem imaginar que a rejeição da eutanásia necessariamente implica a aprovação da *distanásia*. (PESSINI, 2004, p. 201).

⁷Fenômeno típico da sociedade atual, e decorrente da evolução da medicina, a *distanásia* ainda não foi bem compreendida, tampouco suficientemente referida e considerada pelos estudiosos ligados à Medicina ou ao Direito. No sentido vernacular, *distanásia* significa morte lenta, com grande sofrimento. (SERTÃ, 2005, p. 32).

Em relação à conceituação: ao contrário à distanásia, pode-se citar a adistanásia que é uma forma de negação da distanásia, onde não se utiliza excessos terapêuticos para prolongar a vida do paciente. Ainda, contrariamente ao termo eutanásia, é possível mencionar o termo cacotanásia, que significa morte feia. (JUNGES, 1995).

É possível afirmar que a eutanásia ativa e passiva, a ortotanásia, a distanásia, a mistanásia, o suicídio assistido, no campo da ciência jurídica, podem ser considerados como práticas do chamado de direito de morrer. (DADALTO, 2015). No entanto, é necessário saber distinguir esses termos para dar maior profundidade ao estudo desse direito.

Embora boa parte dos vocábulos acima mencionados serem oriundos do termo maior que é eutanásia, muitas são as suas complexidades. Por exemplo, em vários casos, os termos acima citados podem acabar se confundindo com o termo suicídio assistido.

O suicídio assistido é o resultado da própria ação do paciente que, com a ajuda de terceiros, a consegue, seja esse auxílio ou ajuda psicológico ou instrumental. Já na eutanásia, a morte do paciente é causada diretamente por uma ação de terceiro. (DADALTO, 2015).

Eutanásia/ortotanásia ou distanásia?

A obstinação terapêutica ou distanásia é criticável do ponto de vista ético, pois implica uma violação da dignidade e da autonomia da pessoa. Porém, a crítica da distanásia não significa a defesa da eutanásia. Não concordar eticamente com o prolongamento artificial da vida humana, para além de limites proporcionados, não significa afirmar que a vida humana possa ser eliminada. Não se deve esquecer que na eutanásia intervêm no mínimo dois atores, o profissional e o paciente, e que cada um é sujeito de direitos, de tal modo que não se pode cair na coisificação nem de um nem de outro. (PESSINI, 2004, p. 290).

No aspecto conceitual é possível se questionar quais desses dois conceitos seriam mais interessantes para a sociedade, ou ainda, poderia se mencionar um terceiro, uma morte digna. Mesmo com esse terceiro, não se chega a um caminho mais fácil e claro. Existe muita dificuldade quanto a essas escolhas.

Morte digna pode ser entendida como:

⁸[...] perguntamo-nos sobre o sentido ético da eutanásia no hemisfério Sul do planeta, onde nos deparamos com a globalização excludente, realidade de morte de não apenas alguns poucos no contexto médico-hospitalar, mas de milhões de seres humanos que encontram uma morte precoce perfeitamente evitável por falta de condições mínimas de vida. É o que chamamos de mistanásia. (PESSINI, 2004, p. 285).

O direito do paciente terminal de poder definir os rumos de seu tratamento médico, de não ser excluído do processo decisório acerca do final da sua vida e de poder optar por um modo de morrer que esteja em harmonia com os seus valores, crenças e convicções, possa ser identificado como protegido da categoria dos direitos fundamentais. (MÖLLER, 2012, p. 115).

Não se pode dizer que

defender a qualidade de vida não significa defender diretamente a eutanásia ativa, mas cuidar que o processo de morte tenha qualidade assistencial e humana, comunicação empática, com a dor tratada e o sofrimento cuidado em todas as suas dimensões. (PESSINI, 2004, p. 289).

Não é viável se alinhar a uma visão radical, ou seja, é preciso haver uma ponderação e uma análise criteriosa. Quando se defende uma morte digna, não necessariamente se defende a eutanásia. Existe

A opinião pública confunde com frequência a crítica da distanásia com a defesa da eutanásia. Ninguém quer morrer num universo tecnológico e anônimo. Ninguém quer morrer numa sala fria de hospital. Queremos morrer junto aos nossos entes queridos e sem sofrer inutilmente, e para isso não se requer necessariamente a prática da eutanásia. Quando as pessoas são assistidas desse modo, em geral não temem a morte, não desejam morrer é claro, mas quando é necessário enfrentá-la se aproximam dela com serenidade e paz, visão que compartilhamos com muitos especialistas. (PESSINI, 2004, p. 290).

Além do mais, apesar das diferenças aparentes e evidentes, os termos, por inúmeras vezes, são confundidos ou até mesmo usados como sinônimos, o que deixa clara a profundidade e complexidade do tema.

2.1 Contexto Histórico da Eutanásia

Ao longo da história foram muitas as menções feitas aos procedimentos, muitas vezes não de maneira direta, mas indiretamente. Dessa forma, possivelmente, foram utilizados sinônimos, que, na realidade, representavam a eutanásia.

Nesse contexto se buscará trazer alguns aspectos históricos considerados marcantes sobre o tema. Seja em relação a aspectos históricos das eras primórdios, seja em face de aspectos religiosos.

Ainda se buscará uma análise comparativa de como alguns países tem tratado o direito à eutanásia/ortotanásia, seja quanto à sua legalização ou proibição, bem como em relação aos casos mais marcantes e de maior repercussão.

2.1.1 Aspectos históricos e religiosos

A morte, desde sempre, não foi algo fácil a ser encarado, mas se tem percebido que a cada dia que passa a morte tem sido encarada com mais dificuldade, e, por vezes, como algo praticamente impossível de querer tolerar. Nesse sentido:

A morte não se encontra à margem da vida, mas, ao contrário, ocupa posição central na vida. O homem é internamente cultura, da mesma forma que é internamente natureza. Contudo, embora a morte faça parte da vida, as pessoas, de maneira geral, não parecem psicologicamente aptas a lidar com o pensamento do estado de morte, aquela ideia de inconsciência permanente, e essa é uma razão para negá-la. (SÁ, 2015, p. 373/374).

A morte já é algo difícil de ser compreendido, aceito, por si só, quando ocorre na ordem lógica e temporal. Quando ocorre fora dessa ordem se torna ainda mais difícil de ser aceita, como, por exemplo, quando um filho morre antes do pai e de forma prematura, pois, segundo uma ordem lógica temporal, quem deveria falecer antes seria o pai e não o filho. Assim, “toda sociedade tem um direito de preservar a sua própria existência e, por consequência, o direito de instituir na manutenção de tal conformidade”. (DWORKIN, 2011, p. 376).

Os espartanos lançavam recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto. Essas crianças nem chegavam a ser inseridas dentro daquele grupo ou sociedade, pois, para os espartanos, todos deveriam ser perfeitos, principalmente por serem um grupo formado por guerreiros, e não poderiam aceitar uma pessoa que apresentasse deficiências dentro do seu exército, já que comprometeria o grupo e não conseguiria fazer defender de maneira hábil e eficiente seus companheiros de luta. Queriam mostrar para o mundo que eram um grupo perfeito, sem imperfeições naturais, homens criados e moldados para a batalha. (SÁ, 2015).

Em Hipócrates de Cós (460-377 a. C), cita-se o juramento que até hoje é feito pelos médicos, qual seja: “A ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que induza à perdição”. Percebe-se que um dos primeiros juramentos do médico é de que ele não tem o direito de ser o responsável pela morte de ninguém, mesmo que o paciente a solicite por piedade.

Na antiguidade, pessoas velhas, doentes e débeis eram mortas publicamente e de maneira muito desumana. Era uma forma de demonstrar que aquelas pessoas não

tinham mais utilidade/serventia para aquela sociedade, tratavam-se de pesos mortos que não conseguiriam fazer aquele grupo prosperar. (SÁ, 2015).

A história de Antígona também pode ser trabalhada nesse sentido. Nos primórdios, quem se rebelasse contra a cidade ou fosse contrário às leis daquele povoado ou região não tinha o direito de morrer dignamente, muitas vezes sequer sendo enterrado. Esse exemplo é trazido de forma clara na peça Antígona de Sófocles.

Antígona era filha de Édipo, que se revolta contra o decreto do rei Creonte, rei de Tebas, que fizera com que seu irmão Polinice, que se voltou contra a cidade, não fosse enterrado e que o corpo ficasse a céu aberto. Já seu outro irmão Etéocles, que lutou bravamente pela cidade, foi enterrado dignamente. (MÖLLER, 2012).

Antígona resolveu enterrar seu irmão mesmo sabendo que a pena para tal crime era a morte por apedrejamento, mesmo assim o fez, pois, caso ela morresse, ao menos teria uma morte digna. Ao fim, quando estava presa em uma tumba rochosa, acabou se enforcando. (MÖLLER, 2012).

Existe, no caso de Antígona uma oposição entre o direito natural a um direito construído. A morte digna naquela época poderia comparado aos direitos fundamentais que se tem na atualidade, direitos fundamentais que serão aprofundados adiante.

As pessoas procuravam por uma morte digna antigamente, seja ela, muitas vezes, em guerra ou em tempos de paz. E a morte digna dependia daquilo que estivesse no consciente de cada pessoa.

Tendo em vista a imprevisibilidade do futuro, a morte é uma luta que não se pode vencer, por isso é necessário viver um presente feliz e prazeroso. Assim, morrer cedo ou tarde não importa, mas o que importa é morrer bem. (MÖLLER, 2012).

Assim como as discussões sobre a vida, as discussões sobre a eutanásia também são antigas,

a eutanásia já existia na Grécia e em Roma. Platão e Aristóteles admitiam a prática da eutanásia ou o abandono à própria sorte dos recém nascidos com anomalias ou más-formações, sancionado a prática existente em Esparta de jogar tais crianças nas rochas. Em muitas culturas, a prática da eutanásia tem uma forte vigência. (PESSINI, 2004, p. 104).

Na Grécia e em Roma se tratava de uma forma de matar crianças com deformações que pudessem vir a sofrer oportunamente dentro da sociedade. No entanto, sabe-se que no tangente a Esparta e para demonstrar que todas as pessoas que ali

nasciam eram perfeitas, tentando mostrar para o mundo que sua genética era diferente das demais partes do mundo.

Sêneca, um filósofo estoico romano, (4-65), responde a Hipócrates de Cós da seguinte forma: “Assim como escolho o navio no qual viajarei ou a casa na qual habitarei, assim escolherei a morte pela qual deixaria a vida”. Sêneca trabalha com a ideia de que se em praticamente toda a vida se esteve livre e com liberdade de escolhas porque agora, no final da vida, não se tem o direito de morrer quando e da forma que se bem entender.

Ainda,

Sêneca afirma em suas cartas: O sábio se separará da vida por motivos bem fundados: para salvar a pátria ou os amigos, porém igualmente quando está agoniado por dores demasiado cruéis, em caso de mutilações ou de uma enfermidade incurável [...] não se dará a morte, caso se trate de uma enfermidade que pode ser curada e não danifica a alma; não se matará por causa das dores, mas quando a dor impede aquilo pelo que se vive, prefiro matar-me a ver como se vive, prefiro matar-me a ver como se perdem as forças estando morto em vida. (PESSINI, 2004, p. 105).

À maioria dos guerreiros da Idade Média era dado um punhal afiado, com o nome de misericórdia. Caso caíssem nas mãos do inimigo poderiam cometer suicídio para evitar maiores sofrimentos nas mãos dos oponentes. Além disso, no período da Idade Média, “o homem temia morrer subitamente, sem o devido preparo espiritual que lhe era recomendado pela doutrina cristã”. (SERTÃ, 2005, p. 19). Quanto a manifestações de cunho religioso, é possível mencionar Tomás Morus⁹.

Na Índia, há muitos anos atrás, as pessoas que tinham doenças incuráveis tinham suas narinas e boca fechadas por lama e eram atiradas em Ganges. Além de serem mortos, eram mortes com crueldade, pois, pelo que se percebe, não havia uma preocupação com o quanto essas pessoas poderiam sofrer. (SÁ, 2015).

Conforme anteriormente mencionado, o termo eutanásia foi criado por volta do século XXVII, pelo filósofo inglês chamado Francis Bacon. A palavra, que deriva do grego “*eu*” (boa), “*thanatos*” (morte), sendo que é traduzida de inúmeras formas: boa

⁹Nada menos que Tomás Morus (1478-1535), um santo da Igreja Católica, defende a eutanásia em sua obra Utopia. Depois de ter insistido na necessidade de que em sua sociedade ideal, utópica, se atenda aos enfermos com grande solicitude e se lute por aliviar as dores: se a enfermidade não é somente incurável, mas significa um tormento e um martírio contínuo, os sacerdotes e as autoridades devem dizer a tal enfermo que, dado que não é capaz de assumir as exigências da vida e é um peso para os outros insuportável para si próprio [...], não se deve obstinar em alimentar a epidemia e o mal não deve titubear em morrer, pois a vida para ele é um tormento. (PESSINI, 2004, p. 106).

morte, morte apropriada, morte piedosa, morte benéfica, direito de matar, morte fácil, crime caritativo, entre outros. (SÁ, 2015). Além disso,

o filósofo inglês Francis Bacon (1661-1626) afirma: o ofício do médico não é somente restaurar a saúde, mas também mitigar as dores e tormentos das enfermidades; e não somente quando tal mitigação da dor [...] ajuda e conduz à recuperação, mas também quando, esvaindo-se toda esperança de recuperação, serve somente para conseguir uma saída da vida mais fácil e equitativa [...]. Em nossos tempos, os médicos fazem questão de escrúpulo e religião o estar junto ao paciente quando está morrendo [...], devem adquirir habilidades e prestar atenção em como o moribundo pode deixar a vida mais fácil e silenciosamente. A isso eu chamo a pesquisa sobre a “eutanásia externa” ou morte fácil do corpo. (PESSINI, 2004, p. 105).

Pode-se citar ainda o fato de Napoleão Bonaparte ter solicitado aos seus médicos que ministrassem veneno para que seus soldados que estavam com a peste morressem e não contaminassem os demais do pelotão. Napoleão justificava a ideia de ministrar o veneno como uma forma de aliviar a dor.

Para os Samurais no Japão:

nas situações em que se exige songenshi (morte com dignidade), o fato de uma pessoa estar enfrentando uma morte eminente é que faz com que seja moralmente aceitável assisti-la em seu suicídio, em particular se o motivo for à compaixão. (PESSINI, 2004, p. 235).

Trata-se, para os Samurais, de um ritual sagrado, que poderia ser a única chance de morrer com dignidade, tendo em vista o que possam ter feito em vida na terra,

é importante assinalar que o código samurai do suicídio incluía uma disposição para a eutanásia: kaishakunin (assistente). O simples corte do hara (abdome) era muito doloroso e não provocava a morte rápida. Depois de cortar o hara, poucos samurais tinham forças suficientes para degolar-se ou cortar a espinha dorsal. Mas sem cortar o pescoço a dor do hara aberto continuaria durante minutos e até horas antes que sobreviesse a morte. Portanto, o samurai combinava com um ou mais kaishakunin para que o assistissem em seu suicídio. Enquanto o samurai tranquilizava a sua mente e se preparava para morrer em paz, o kaishakunin permanecia ao seu lado. Se o samurai falasse ao kaishakunin antes ou durante a cerimônia seppuku, a resposta padrão era “go anshin” (mantém tua mente em paz). Todas as interações e conversões que rodeavam um seppuku ordenado oficialmente também estavam fixadas pela tradição, de modo que o suicida pudesse morrer com a menor tensão e a maior paz mental. Depois que o samurai terminasse de abrir o ponto preestabelecido ou desse qualquer outro sinal, o kaishakunin tinha o dever de cortar-lhe o pescoço para terminar com sua dor, dando-lhe o golpe de misericórdia. (PESSINI, 2004, p. 236).

Buscava-se fugir da dor e do sofrimento, em que pese à morte nesses casos era inevitável, mas demorada. Assim,

muitos suicídios samurai eram de fato o equivalente moral da eutanásia. As razões para o suicídio do samurai eram: evitar a morte inevitável por mãos de outros; escapar de um período mais prolongado de dor insuportável ou sofrimento psicológico, pois não podiam continuar a ser membros ativos e úteis para a sociedade. (...) São justamente estas as situações em que atualmente se deseja a eutanásia: para evitar uma morte inevitável por mãos de outros; para evitar um longo período de dor ou de sofrimento por não poder ser mais um membro ativo e útil para a sociedade. (PESSINI, 2004, p. 236).

Após guerras e conflitos se criou uma imagem negativa da eutanásia/ortotanásia, “entendida como a ajuda do médico atencioso prestada ao moribundo proporcionando-lhe uma “boa morte”, a partir da Segunda Guerra Mundial adquire um significado negativo de abreviar direta e intencionalmente a vida humana”. (PESSINI, 2004, p. 285).

Acredita-se que a eutanásia era realizada, inclusive, no Clero da Igreja Católica. No entanto, a Igreja Católica sempre mostrou sua contrariedade em face da realização da prática da eutanásia. É reforçada a contrariedade à realização da eutanásia com a seguinte declaração do então Papa João Paulo II (março, 1995) “... confirmo que a eutanásia é uma violação grave da lei de Deus, enquanto morte deliberada moralmente inaceitável de uma pessoa humana”. (PAULO II, 1995).

Contudo, em alguns momentos, a Igreja entrou em contradição quando o assunto é a prática da eutanásia. Acredita-se que a Igreja seja contrária à distanásia e a favor da ortotanásia, o que seria algo bem significativo e radical sob a análise de um contexto histórico. O texto que traz a possível ideia de autorização da ortotanásia trata sobre evitar excessos terapêuticos com o seguinte teor: “... A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana de frente à morte”. (PAULO II, 1995).

Ainda, nesse sentido

É que neste caso, a morte não é querida ou procurada, embora por motivos razoáveis se corra o risco dela: pretende-se simplesmente aliviar a dor de maneira eficaz, recorrendo aos analgésicos postos à disposição pela medicina. Contudo, não se deve privar o moribundo da consciência de si mesmo, sem motivo grave. (PAULO II, 1995).

Assim, apesar da Igreja Católica não afirmar categoricamente, pelos transcritos acima ela é favorável à realização da ortotanásia, que busca diminuir o sofrimento dos doentes e acamados por meio da omissão na continuidade de tratamentos. Alguns doutrinadores, inclusive, arriscam a chamar a ortotanásia de “eutanásia católica”.

A Igreja Católica também é contrária a qualquer tratamento cruel ou degradante, sempre procurando defender a integridade física e psíquica dos indivíduos.

Um dos fatores que ocorreu ao longo desse período foi que

passamos historicamente da convivência pacífica, da aceitação para a negação sistemática da morte.[...] A recusa de reconhecer a morte como parte da vida traz como consequência a marginalização dos pacientes em estado terminal. (PESSINI, 2004, p. 282).

Apesar de a eutanásia estar muitas vezes no centro das discussões e embates em muitos países, sua origem não é recente, conforme se pode perceber.

Atualmente,

a dificuldade de enfrentar a finitude humana, aliada aos crescentes avanços tecnológicos no âmbito das ciências da saúde, que propiciam tantos e tão variados tipos de intervenções, procedimentos e tratamentos, resulta em nossos dias uma tendência à prática da obstinação terapêutica, de modo a evitar ou adiar a morte – nossa grande inimiga – ao máximo. (MÖLLER, 2012, p. 24).

Essa mudança de pensamento, muitas vezes, é a causa de manter muitas pessoas vivas em hospitais, sem a mínima dignidade. Além do mais, sucessivamente não pode ser provocada a sua morte, mesmo que ela a quera, por falta de positivação.

2.1.2 Eutanásia/ortotanásia no âmbito internacional

Nesse tópico será visto de que forma a eutanásia/ortotanásia é tratada em alguns países, se o procedimento é legalizado ou não, caso positivo quais os requisitos adotados para a positivação. Alguns desses países, que serão mencionados, podem ser considerados grandes potências mundiais, seja em relação aos aspectos econômicos ou em relação à tecnologia avançada. Ademais, poderão ser vistos mais adiante quais países que adotam algum tipo diretiva antecipativa.

Inicia-se com o Uruguai, que, apesar de ser um país da América do Sul, foi o pioneiro em autorizar o procedimento da eutanásia em 1934. O Código Penal uruguaio, no artigo 37, disciplinou o homicídio piedoso, que trata da autorização da eutanásia. (GOLDIM, 2016).

A eutanásia é autorizada no Uruguai por médico que não tenha sido condenado, tenha currículo notável, o ato de possuir justificativa por piedade, e, por fim, que o

paciente tenha manifestado o desejo de morrer mais de uma vez. (CARDIN; CAMILO 2009).

Em relação à Colômbia, inicialmente, havia se criado uma ideia de que a eutanásia havia sido autorizada pela Corte Colombiana, mas, na verdade, o que ocorreu foi a legalização da ortotanásia (eutanásia passiva) ou ainda eutanásia piedosa, em que não são utilizados meios extraordinários para manutenção da vida quando a mesma já se encontra em estado debilitado. Sobre o histórico,

em 15 de maio de 1997, a Corte Constitucional da Colômbia julgou uma demanda judicial contra o artigo 326 do Código Penal Colombiano. Esta demanda queria considerar a possibilidade de ser realizado homicídio por misericórdia, retomando a proposta do jurista Jiménez de Asúa. A Colômbia é o único país da América Latina, ao que se tem conhecimento, a possuir um forte Movimento pelo Direito a Morrer com Dignidade, criado em 1979 por Beatriz Kopp de Gomez. Esta senhora teve como motivação a morte de um parente com câncer cerebral. O seu movimento já auxiliou mais de 10000 pessoas na Colômbia a elaborarem documentos de vontades antecipadas ("living will") sobre o uso ou não de terapias de suporte vital. (GOLDIM, 2016).

Percebe-se que foi a partir da presente demanda que começaram a ser tomados novos rumos em relação ao direito à eutanásia/ortotanásia na Colômbia. Destaca-se um fato muito importante, que foi a preocupação e criação de vontades antecipativas.

A eutanásia é autorizada desde que a pessoa tenha doença incurrável e depressão decorrente da avançada idade, autodeclarando-se cansada do viver. Isso ocorre na Dinamarca. (CARDIN; CAMILO, 2009).

Na Austrália,

nos Territórios do Norte esteve em vigor, de 1º de julho de 1996 a 24 de março de 1997, a primeira lei que autorizou a eutanásia ativa, que recebeu a denominação de Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais. A lei foi derrubada por uma pequena diferença de votos (38 a 34), apesar das pesquisas de opinião referirem que 74% dos australianos serem contra esta revogação. Esta lei estabelecia inúmeros critérios e precauções até permitir a realização do procedimento. Estas medidas, na prática, inibiam as solicitações intempestivas ou sem base em evidências clinicamente comprováveis. Isto foi possível de ser comprovado no primeiro paciente a obter autorização foi Robert Dent, que morreu em 22/09/96. (GOLDIM, 2016).

No dia 28 de maio de 2002, a Bélgica oficialmente legalizou a eutanásia, pois 72% da população aprovou a legalização da eutanásia, razão pela qual a eutanásia se encontra autorizada nesse país, sendo o segundo país europeu a legalizar a prática. Tendo como critérios: informar ao paciente o estado de saúde e expectativa de vida;

presente sofrimento físico; consultar outro médico; o médico deverá discutir o assunto com sua equipe médica; dar a oportunidade do paciente discutir a possibilidade com outras pessoas. (PESSINI, 2004).

Já na Espanha, “o art. 143 do Código Penal prevê a redução da pena imposta à pessoa que incorrer na cooperação necessária ao suicídio ou homicídio-suicídio”. (CARDIN; CAMILO 2009, p. 3655). Nesse sentido, é de se questionar até que ponto o homicídio-suicídio pode ser considerado eutanásia ou ortotanásia, se é que pode ser considerado dessa forma.

Na Holanda,¹⁰ a eutanásia foi autorizada no dia 1º de abril de 2002, momento em que começou a vigorar a Lei sobre a cessão da vida a pedido e o suicídio assistido, ocasião em que foi legalizada e amplamente difundida no país. Os requisitos são: convicção que o pedido do paciente é voluntário; dor intolerável; ciência das suas perspectivas; consulta a mais de um médico; abreviação com cuidados adequados. Maior de 16 anos que estiver incapacitado de fazer o pedido e não o tiver feito antes da incapacidade, ou após os 16 anos, não poderá ser submetido ao procedimento (PESSINI, 2004).

Após o holocausto na Alemanha, termos como eutanásia, distanásia são evitados, atualmente,

a eutanásia é considerada homicídio solicitado e é prevista no art. 216 do Código Penal, que estabelece pena de seis meses a cinco anos a quem praticá-la. Dependendo da gravidade da doença, a pena poderá ser aplicada no mínimo ou substituída pela suspensão condicional. E o médico, que teve apenas a intenção de reduzir o sofrimento do paciente, ministrando-lhe droga mortal, não estará cometendo crime. (CARDIN; CAMILO, 2009, p. 3655).

A eutanásia é considerada crime, conhecido como homicídio voluntário, até o presente momento não se tem conhecimento de nenhum julgado que tenha sido a favor da realização da mesma, na França. (CARDIN; CAMILO, 2009). Percebe-se que alguns países usam nomes diversos da eutanásia/ortotanásia para identificar o direito ao procedimento, utiliza-se homicídio-suicídio; homicídio voluntário; suicídio assistido; homicídio por misericórdia, seriam formas para não usar um termo tão representativo?

Nos Estados Unidos o assunto sobre a eutanásia ainda não é pacífico, pois alguns Estados autorizam a realização da mesma e outros não. Destaca-se entre os Estados que autorizam a realização da eutanásia o Estado de Oregon, em que os

¹⁰Foi primeiro país do mundo a criar um laboratório para estudar a eutanásia, no ano de 1991. (PESSINI, 2004).

médicos podem realizar a eutanásia nos pacientes maiores de 18 anos em que três médicos terão que atestar o estágio final do paciente, bem como firmado perante duas testemunhas. (PESSINI, 2004).

É possível trazer um caso recente nos EUA, que a mídia trouxe à tona. Trata-se da jovem de 29 anos, Brittany Maynard¹¹, que estava com câncer em estágio terminal e queria realizar a eutanásia. No entanto, no Estado da Califórnia, onde residia, a eutanásia não era permitida, razão pela qual se mudou para Oregon e realizou o procedimento da eutanásia. É possível que os médicos prescrevam doses letais de medicação, além de Oregon, nos Estados de Washington, Vermont, Montana e Novo México.

A contextualização histórica ajudará a compreender se os países que têm alguma positividade em relação ao direito também procuraram trazer aos ordenamentos jurídicos as diretivas antecipativas, como forma de auxiliar a tomada de decisões na realização do procedimento.

Feita a breve contextualização histórica no âmbito internacional, a mesma será feita no âmbito nacional, procurando trabalhar, principalmente, o que já foi positivado e o que foi proposto de positividade sobre o direito.

2.1.3 A eutanásia e o Código Penal brasileiro

O Código Penal brasileiro é claro em penalizar todo e qualquer tipo de morte humana, salvo em caso de excludente de ilicitude.

O art. 121¹², do Código Penal traz as penas, motivos para diminuição e aumento das mesmas.

¹¹Morre americana com câncer que lutou por suicídio assistido. Terra, 2014. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/morre-americana-com-cancer-que-lutou-por-suicidio-assistido,ab5d5f610d379410VgnCLD200000b2bf46d0RCRD.html>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹²Art. 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.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

A pessoa que cometeu ou realizou o procedimento da eutanásia/ortotanásia em outra, segundo análise fria do Código Penal brasileiro, caso julgada, será condenada, pois tal fato é considerado crime. Assim,

o ato continua a ser crime, mas as pessoas que o praticam, em determinadas circunstâncias específicas não são punidas, não porque a eutanásia em si não seja um mal, mas porque outros fatores entram na elaboração do juízo ético-jurídico. (PESSINI, 2004, p. 209).

Seria possível discutir uma diminuição dessa pena de um sexto a um terço, conforme parágrafo primeiro do artigo 121, tendo em vista o crime ter sido cometido por motivo de relevante valor social ou moral, ou seja, poderia se mencionar nesse caso a beneficência. A pessoa acamada, em estado vegetativo ou terminal poderia estar sofrendo ou suplicando para morrer, e o sofrimento poderia ser inconcebível para o agente que realizou o procedimento da eutanásia/ortotanásia, assim sendo, tal morte poderia ter sido realizada sob relevante valor moral.

Nesse sentido,

A eutanásia nas suas diversas formas vem sendo tratada pelo Direito Penal pátrio como homicídio, ainda que privilegiado. Do conteúdo do artigo 121, § 1, do Código Penal, depreende-se que o ato de tirar a vida de outrem que se encontre em grande sofrimento pode ser considerado motivo de relevante valor moral, e por isso, o agente que praticar o delito terá sua pena reduzida de um sexto a um terço. (SÁ, 2015, p. 388).

Existira também um risco da pena pela eutanásia/ortotanásia ser aumentada, mas esse risco é bem remoto. Seria no caso do agente que cometer o procedimento da eutanásia/ortotanásia se utilizar de veneno para pôr fim a vida do paciente. Porém, é claro, através desse exemplo é relatado um exemplo da eutanásia ativa e não mais da ortotanásia.

Não existe, “no Direito brasileiro, a exigência de que a eutanásia seja praticada por médico, como, tecnicamente, é entendida.” (SÁ, 2015, p. 388). Nesse sentido, seria questionável o enquadramento no induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Foram

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 23 de nov. de 2015.

trazidas hipóteses/possibilidades, no entanto, para tomar uma decisão concreta seria necessária a análise de um caso concreto.

Quanto à ilicitude, não é possível enquadrar a eutanásia/ortotanásia em nenhuma das excludentes de ilicitude do Código Penal. As excludentes de ilicitude são as seguintes, segundo o diploma legal referido: em estado de necessidade, em legítima defesa e em estrito cumprimento de dever legal, do artigo 23¹³ do Código Penal.

É possível perceber que a eutanásia/ortotanásia não se enquadra em nenhuma dessas excludentes. Assim sendo, é considerada crime pelo Código Penal brasileiro. Caberia uma interpretação no inciso III, do artigo 23, mas se trataria de uma interpretação bem forçada, que precisaria de mais alguma regulamentação para ter validade. Seria no sentido de que o médico ou o profissional da saúde, no cumprimento de seu dever, como profissional, devesse se preocupar com a dor e sentimentos de seus pacientes.

No entanto, fazer tal analogia é muito perigoso, pois, conforme anteriormente informado, não existe uma legislação clara e precisa a qual o profissional da saúde possa se apegar de maneira indiscutível para realizar o procedimento da eutanásia/ortotanásia.

Sob a perspectiva do Código Penal brasileiro, a eutanásia/ortotanásia é considerada crime, não havendo a possibilidade de uma análise ou analogia que possa autorizar o procedimento. Assim, para que a eutanásia/ortotanásia seja autorizada legalmente no Brasil, é necessária a alteração do Código Penal ou a criação de uma lei com poder para tanto, que autorize tal procedimento, caso contrário tal procedimento corre o risco de ser penalizado criminalmente.

2.1.4 Contexto histórico da eutanásia/ortotanásia no Brasil

Pouco conhecimento se teve, ou pouca notoriedade foi dada aos projetos de lei no Brasil que trouxeram a eutanásia/ortotanásia, mas não foram poucos, apesar de não ter sido aprovado nenhum projeto que versasse sobre o tema.

¹³Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 23 de nov. de 2015.

O primeiro Projeto de Lei objetivando a realização da eutanásia foi criado pelo Deputado Inocêncio Oliveira, em 1981. Ele criou a PL nº. 4.662-A¹⁴ visando a realização da eutanásia/ortotanásia.

Embora o projeto tenha deixado claro seu objetivo, acredita-se que tenha sido muito sucinto, pois trouxe apenas a legalização da eutanásia ativa e da ortotanásia, sem muitos procedimentos ou requisitos. Teve-se como único requisito oficial o Conselho Regional de Medicina. Não houve qualquer menção à opinião de mais de um tipo de médico, procurar saber qual o real interesse do paciente, entre outros, que normalmente acabam sendo uma preocupação eminente.

A justificativa apresentada para a criação do projeto foi de que a discussão sobre a eutanásia estaria diariamente presente na vida das pessoas. O fato da eutanásia/ortotanásia não estar autorizada não representa somente problemas aos médicos e as suas classes sociais, mas também aos hospitais, familiares e principalmente do paciente.

O médico tem como objetivos manter a saúde das pessoas, prolongar-lhes a vida, bem como evitar dores e sofrimentos, no entanto existem alguns momentos em que se poderia pensar em acabar com o sofrimento de um paciente terminal. Entende que, em alguns casos, está claro o diagnóstico de que o paciente jamais sairá do quadro vegetativo ou terminal em que se encontra, assim, não havendo razão para a não realização da eutanásia/ortotanásia.

Em relação ao aspecto religioso, o Deputado Inocêncio Gomes de Oliveira selecionou uma passagem do Padre Jaime Snock, falando sobre o caso de Anne Kathreen, com a seguinte declaração:

"Os pais tinham o direito de reivindicar para sua filha o direito de morrer tranquilamente ou de sobreviver se fosse vontade de Deus. Os médicos é que estavam abusando pressionados, ao que parece, pela justiça. No do seu poder, plano ético, não - existe aqui, pelo menos em princípio, maior problema. Pio XII já foi muito explícito em admitir esta forma de "eutanásia".' Tampouco

¹⁴Art. 1 É permitido ao médico assistente o desligamento dos aparelhos médicos de um paciente em estado de coma terminal ou na omissão de uma medicação que iria prolongar inutilmente uma vida vegetativa, sem possibilidade de recuperar condições de vida sofrível, em comum acordo com os familiares.

§ único - O médico assistente deve oficializar o fato ao Conselho Regional de Medicina, descrevendo o quadro clínico do paciente.

Art. 2 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3 Revogam-se as disposições em contrário. BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=786B08D8C8DDD98677341AC5968F96A0.proposicoesWeb1?codteor=1169661&filename=Dossie+-PL+4662/1981>. Acesso em: 28 out. de 2015.

se pode censurar o uso criterioso de analgésicos que visem aliviaras dores insuportáveis, ainda que isto acelere o momento do desenlace. E continua: Quanto à eutanásia ativa - só esta deveria ser chamada de eutanásia - que visa acabar ' com uma vida, julgada "inútil", seja no caso de um doente incurável, na fase final, a seu próprio pedido, seja no caso de um aborto provocado por motivos de eugenia, outros decidindo que esta vida, não pode ser vivida, contra ela sempre houve uma forte resistência na tradição' ética, sobretudo na inspiração cristã.¹⁵

Na época, além da necessidade de realização da eutanásia/ortotanásia em alguns casos, era necessário também trazer e fazer um apelo do lado religioso, pois a religião desde sempre foi um aspecto muito forte e relevante na tomada de decisões, razão pela qual foi trazido na justificativa o depoimento do Padre Jaime Snoeck, como forma de mostrar que até religiosos concordavam com o procedimento.

Por fim, é reforçada a ideia de que com a autorização da eutanásia o médico também teria melhores condições de exercer a sua profissão. O presente Projeto não obteve sucesso, pois, no mesmo ano de sua criação, foi votado como inconstitucional por se opor ao direito à vida e, conseqüentemente, foi arquivado.

Decorridos dois anos da criação e votação do primeiro projeto de lei que versava sobre a eutanásia/ortotanásia, foi criado o segundo, em 1983, o Projeto de Lei nº. 732/1983, de autoria também do Deputado Inocêncio Gomes de Oliveira, que objetivava a permissão da eutanásia através do desligamento dos aparelhos, e ortotanásia na omissão de medicação, nos mesmos termos da PL nº. 4.662-A.

O Projeto também não obteve sucesso, já que, no mesmo ano de sua criação, também foi votado como inconstitucional, por ser contrário ao direito à vida e foi arquivado.

Oito anos após o segundo projeto, surge o terceiro projeto. Em 1991, foi criado o Projeto de Lei nº 1989/1991,¹⁶ de autoria do Deputado Gilmar Borges, que objetivava a autorização da eutanásia/ortotanásia.

¹⁵BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=786B08D8C8DDD98677341AC5968F96A0.proposicoesWeb1?codteor=1169661&filename=Dossie+-PL+4662/1981>. Acesso em: 28 out. de 2015.

¹⁶Art. 1º - A família do doente em fase terminal, diagnosticada a total impossibilidade de recuperação das funções neurocerebrais, poderá pedir a um médico a adoção da eutanásia.

Parágrafo Único - Para cumprir-se o permissivo deste artigo, é exigível o laudo de junta médica, composta, por um cirurgião, um clínico e um neurologista, afirmando a cessação da vida anímica, de maneira irreversível, configurada a morte clínica.

Art. 2. Poderão pedir a adoção da eutanásia, nas condições artigo anterior, respectivamente:

I - cônjuge ou quem coabite com o paciente;

II- filhos, naturais ou adotivos;

III- os ascendentes;

IV - o paciente.

Trata-se do projeto mais completo já apresentado até então sobre o assunto, pois havia a preocupação com o interesse do paciente, o laudo de mais de um médico, bem como uma ordem hierárquica de quem dos familiares poderia tomar a decisão em caso de impossibilidade do paciente.

A PL nº. 1989/1991 previa que os familiares com pessoas em estado terminal ou irreversível, principalmente, quando comprometido o sistema neurocerebral do paciente, pudessem solicitar a realização da eutanásia. Além de realizar o pedido, deveria haver um laudo médico que atestasse que o quadro do paciente era irreversível.

Ademais, conforme exposto no artigo 2º do Projeto, era necessário a toda uma linha hierárquica de quem poderia solicitar a realização da eutanásia no paciente. Além disso, é apresentada a hipótese do paciente ter menos de seis meses de vida, testemunho de dois não parentes e estar consciente para solicitar a execução da eutanásia.

Ao final do projeto, o que chama a atenção é de que o médico não estará obrigado a realizar a eutanásia no paciente, mas, no entanto, caso se recusar a realizá-la, deverá encaminhar o paciente a algum colega que a realize. Já havia uma preocupação no momento da criação do projeto que os médicos poderiam se negar a realizar o procedimento, mas, aparentemente, tal problema estaria sanado.

A justificativa apresentada para a criação da mesma foi de que a eutanásia já existe desde os primórdios, em que muitas pessoas não queriam recorrer ao suicídio e acabam por solicitar a realização da eutanásia. Em algumas oportunidades eram os próprios parentes que faziam a solicitação da mesma. Ainda foi trabalhada a ideia de que existem inúmeros especialistas da área médica capazes de prolongar a vida vegetativa, vida esta que não pode ser considerada uma vida.

O fato da autorização da realização da eutanásia desoneraria os hospitais e os familiares dos pacientes, sem contar que poderia haver um crescente número de órgãos

§ 1º - Nos casos previstos nos itens II e III deste artigo, é necessária a concordância, se vivos, dos dois ascendentes em primeiro grau ou de todos, havendo mais de um filho.

§ 2º - Quando não haja ascendentes em primeiro grau, o pedido será feito pelos avós e, inexistentes filhos do paciente, a decisão caberá aos netos de maioridade.

§ 3º - Quando a solicitação for efetuada pelo paciente o mesmo será submetido a uma junta médica avaliação do quadro.

Art. 3º - Pacientes em plena consciência, com atestado de dois médicos de que têm menos de seis meses de vida e testemunho de dois não-parentes, podem requerer que lhes sejam administradas drogas para pôr fim às suas vidas.

§ 1º - O médico pode se recusar a cumprir o desejo do paciente, mas deve remetê-lo a um colega que concorde em fazê-lo. BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141853&filename=Dossie+-PL+1989/1991>. Acesso em: 28 de out. de 2015.

a serem doados, o que possibilitaria a salvação de muitas vidas. No entanto, tal ideia deve ser trabalhada com ponderação para não incorrer numa visão utilitarista, pois não é esse o objetivo, e sim, possibilitar uma morte digna sem sofrimentos ao enfermo.

Contudo, o PL nº. 1989/1991, foi arquivado em 1992 por ser considerado inconstitucional, por se opor ao direito à vida e, conseqüentemente, foi arquivado.

Em 1993, o então Deputado Gilvam Borges propôs um Decreto Legislativo para convocar a população para votarem no plebiscito em favor da eutanásia, no mês de janeiro do ano subsequente, plebiscito que estava representado através da PDL 244/1993, no entanto, tal Decreto foi declarado inconstitucional, sendo arquivado em 1994.

Após algumas PL's terem sido criadas objetivando legalizar a eutanásia/ortotanásia, surge o primeiro projeto de lei visando criminalizá-la e torna-la um crime hediondo. O Deputado Osmânio Pereira criou o Projeto de Lei nº. 190/1994¹⁷, onde pretendia tornar hediondas algumas condutas, entre elas a eutanásia.

A justificativa apresentada foi de que a vida é o primeiro direito fundamental inviolável devendo ser assegurado ao nascituro e à pessoa incapacitada física e/ou mentalmente o direito à vida. Razão pela qual não pode ser descriminalizado ou legalizado.

O principal argumento é de que esses crimes seriam cometidos contra incapazes e indefesos, que não podem ou não conseguem expressar seus interesses, razão pela qual deveriam ser elencados no rol de crimes hediondos. Segundo justificativa apresentada, as principais vítimas seriam os fetos, no caso do aborto, e os idosos, no caso da eutanásia.

É possível perceber que a eutanásia/ortotanásia foi incluída nesse projeto, devido à proteção de eventuais indefesos, nesse caso incapazes, pois o principal objetivo desse

¹⁷Art. 1 A inviolabilidade do direito à vida, garantida pelo artigo 5º da Constituição Federal, estendesse, sem exceções, a todos os seres humanos, em todas as fases da vida, desde a concepção.

§ único - Por serem perpetrados contra seres humanos sem condições de se defender, a interrupção voluntária da gravidez e a eutanásia são crimes hediondos contra a vida, em todos os casos, não sendo permitida a apresentação de proposições que visem legalizá-las ou descriminalizá-las.

Art. 2º - O planejamento familiar de que trata o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal é entendido, para os efeitos de sua regulamentação e aplicação, como o conjunto de medidas que viabilizam a decisão livre e consciente do casal sobre quando começar a ter filhos, quantos filhos ter, qual o intervalo entre eles e quando parar, vedado o recurso à esterilização voluntária, exceto por necessidade médica comprovada, bem como a quaisquer medidas que ocasionem a interrupção de gravidez já iniciada. BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE6B18AB2DA3E8AC5480714149AFC77A.proposicoesWeb1?codteor=1232749&filename=Avulso+-PLP+190/1994>. Acesso em: 28 out. 2015.

projeto de lei é aumentar a pena para o crime de aborto, bem como trabalhar uma melhor organização familiar da população brasileira.

Assim como os projetos anteriores, este restou arquivado em 1995, por ser considerado inconstitucional.

Em 1996, Gilvam Borges propôs novo Projeto, desta vez a PL nº. 125/1996¹⁸, na qual seria autorizada a morte sem dor. A ementa do Projeto era a seguinte: “autoriza a prática a morte sem dor nos casos em que especifica e dá outras providências.”¹⁹

O presente projeto previa a realização da eutanásia no caso de morte cerebral, desde que houvesse manifestação do paciente ou autorização da família, e, ainda na ausência de família ou conhecidos, o procedimento a ser tomado. Ademais, definia quem poderia ser considerado parente; como seria constatada a morte cerebral; quais laudos médicos que deveriam ser juntados; a busca da solução quando houvesse divergência entre os parentes; a forma pela qual a autorização deveria ser feita, entre outros.

Percebe-se que houve preocupação com as formalidades e com os procedimentos a serem seguidos para a realização da eutanásia, ainda, houve uma

¹⁸O art. 1º define o objetivo da lei.

O art. 2º permite a eutanásia nos casos de morte cerebral, desde que haja manifestação de vontade do paciente para tanto; seu §1º, dispõe que a manifestação de vontade deve ser expressa e feita como se fosse uma manifestação de última vontade; e §2º dispõe sobre a forma de constatação da morte cerebral.

O art. 3º aborda a eutanásia nos casos de morte cerebral quando a autorização é dada expressamente pela família. O §1º define quem é considerado familiar para efeito da lei. O §2º levanta a hipótese do paciente não ter familiares e a autorização, neste caso, será pedida ao juiz pelo médico ou pessoa que mantenha alguma relação de afetividade com o paciente.

O art. 4º dispõe que nos casos do art. 3º, §2º, o juiz deverá ouvir o Ministério Público e mandar publicar citação por edital para que dê ciência aos possíveis familiares. O parágrafo único deste artigo determina que a petição inicial venha obrigatoriamente acompanhada das conclusões da Junta Médica.

O art. 7º permite a eutanásia por omissão. Seu § 1º dispõe sobre a avaliação do estado do paciente por uma Junta Médica e exige o consentimento expresso do paciente. O § 2º aborda a forma pela qual deverá ser dado o consentimento do paciente, que é a mesma prevista no § 1º do art. 2º. O art. 3º permite que a família ou pessoa que mantém laços de afetividade com o paciente requeira autorização judicial para a prática da eutanásia, mas só nos casos de não haver consentimento prévio do paciente e este estar impossibilitado de se manifestar.

O art. 8º dispõe que, nos casos do art. 7º, §3º, se não houver concordância de todos os familiares, deverá ser instaurado um processo judicial por iniciativa de qualquer familiar.

O art. 9º aborda a providência de citação pessoal de todos os familiares do paciente no caso de ocorrer a hipótese do art. 8º. O parágrafo único do art. 8º. O parágrafo único do art. 9º dispõe que a petição inicial deve ser instruída das conclusões da Junta Médica.

O art. 10 e seus parágrafos dispõem sobre a oitiva do Ministério público e a formação da Junta Médica.

O art. 11 expõe que após todas as diligências o juiz deve proferir sentença, decidindo sobre a manutenção da vida ou pela consecução da morte sem dor.

O art. 12 dispõe que da sentença cabe apelação e da decisão pela consecução da morte sem dor o recurso é ex officio para o Tribunal de Justiça. (ALMEIDA, 2000, p. 156).

¹⁹BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>>. Acesso em: 28 de out. de 2015.

hierarquização de pessoas e procedimentos objetivando evitar qualquer conflito que pudesse vir a surgir no momento da autorização para realização da eutanásia. Em caso de conflito, seria instaurado um processo judicial com intervenção do Ministério Público, inclusive, haveria um duplo grau de jurisdição obrigatório.

Assim, primeiramente, se tentaria resolver o caso de acordo com os interesses do paciente, caso não fosse possível por meio dos interesses dos familiares seria procurada a esfera judicial. Em termos de resolução de conflitos, trata-se do projeto de lei mais completo sobre o assunto, até então criado. O Projeto também se encontra arquivado por ter sido considerado inconstitucional, por se contrário ao direito à vida.

Juntamente com os projetos de lei já mencionados, foi criada uma lei no Estado de São Paulo, pelo então governador do Estado Mario Covas, que autoriza o procedimento da ortotanásia. Trata-se da Lei Estadual nº. 10.241, de 17 de março de 1999, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências

A analogia, quanto ao procedimento da ortotanásia, pode ser feita na disposição do artigo 2, incisos XXIII e XXIV²⁰. Trata-se de uma legislação Estadual que até o presente momento não foi revogada, estando assim em vigor.

Em 2005, o Deputado Osmânio Pereira criou a PL nº. 5058/2005²¹, semelhante a PL nº. 190/1994, em que definia a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso.

²⁰ Artigo 1º - A prestação dos serviços e ações de saúde aos usuários, de qualquer natureza ou condição, no âmbito do Estado de São Paulo, será universal e igualitária, nos termos do artigo 2º da Lei Complementar n. 791, de 9 de março de 1995.

Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

I - ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso;

II - ser identificado e tratado pelo seu nome ou sobrenome;

III - não ser identificado ou tratado por:

(...)

f) a segurança do procedimento;

(...)

XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; e

XXIV - optar pelo local de morte. SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelai10241.htm>>.

Acesso em: 30 de maio de 2016.

²¹ Art. 1º esta Lei regulamenta o art. 226, 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso.

Art. 2º. O art. 122 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art.

122.....

.....

Parágrafo único. Incorre na mesma pena aquele que de algum modo contribuir para a realização de eutanásia.”

A ideia foi a mesma daquela apresentada na PL nº. 190/1994, qual seja tornar a interrupção da gravidez (aborto) e a realização da eutanásia como crimes hediondos, em qualquer situação. Buscou alterar com o presente projeto o Código Penal, objetivando incluir a eutanásia no texto do art. 122, deste diploma legal. O Projeto também foi arquivado pelo fato de ter sido considerado inconstitucional em 2005.

Em 2009, foi criada a PL nº. 6715/2009²², de autoria do Senador Federal Gerson Camata²³, a qual objetiva a exclusão da ilicitude da ortotanásia.

O presente Projeto procura alterar o Código Penal brasileiro, incluindo o artigo 136-A a seu texto legal, com o intuito de excluir a ilicitude da ortotanásia, sendo observados alguns critérios, quais sejam: no paciente terminal, deixar de fazer uso de meios extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, ainda, a morte eminente ou inevitável precisa ser atestada por dois médicos.

Por fim, o Projeto do Novo Código Penal de autoria de José Sarney, qual seja PL nº. 236/2012²⁴. É possível destacar que no artigo 122²⁵, do Novo Código Penal está positivada a eutanásia no *caput*, e no § 2º a ortotanásia.

Art. 3º. Fica revogado o art. 128, caput e incisos I e II, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 4º. O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar acrescidos dos seguintes incisos VIII, IX e X: 2º

Art. 1º.....

VIII – aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 do Código Penal); IX – aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126 do Código Penal);

X – eutanásia (art. 122, parágrafo único, do Código Penal). BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=295399&filename=PL+5058/2005>. Acesso em 28 out. de 2015.

²²Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 136-A: “Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal. BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>>. Acesso em 28 de out. de 2015.

²³O presente Projeto está aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), ou seja, ainda não foi votado.

²⁴O presente Projeto ainda não foi votado, a situação do projeto é a seguinte: “Relator atual: Antonio Anastasia Último local: 15/09/2016 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania)”

De acordo com o que dispõe o artigo 122, do Novo Código Penal, qualquer pessoa poderia realizar o procedimento da eutanásia, não apenas o médico. Destaca-se, ainda, que não seja mencionado sofrimento psicológico, apenas sofrimento físico. Sendo realizada a eutanásia vai caber exclusivamente ao juiz decidir se vai ou não aplicar a pena, salienta-se que não é uma pena significativa se comparada com a do homicídio.

Pretende-se excluir a ilicitude da ortotanásia, desde que preencha os requisitos dispostos no § 2º, do artigo 122, do Novo Código Penal. Existe um problema inicial nessa disposição: caso o paciente não consiga expressar a sua vontade e não tenha parentes próximos, poderiam os médicos realizar o procedimento da ortotanásia? Ao que tudo indica, não, pois é necessário o consentimento do paciente. Caso for aprovado o Novo Código Penal, os casos concretos irão mostrar quais as linhas de entendimento que serão seguidas quanto ao disposto no artigo 122, do Novo Código Penal.

Assim, existem esperanças de que a ortotanásia possa vir a ser legalizada/positivada, seja pelo PL nº. 6715/09, que alteraria o Código Penal brasileiro ou pelo PL nº. 236/2012, que instituiria um Novo Código Penal. Em ambos, os projetos o objetivo é excluir a ilicitude do procedimento da ortotanásia.

É possível aferir que não foram poucos os projetos que buscaram e buscam legalizar o procedimento da eutanásia/ortotanásia, alguns mais completos, outros menos completos e mais enxutos. Inclusive, dois que procuraram tornar a eutanásia um crime hediondo. É possível perceber uma evolução significativa desses projetos, pois, no primeiro, o único objetivo era legalizar a eutanásia/ortotanásia, os seguintes, já mais completos, preocuparam-se em solucionar eventuais conflitos que pudessem ser oriundos dessa legalização.

²⁵ 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 estreitos 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. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Senado Federal. Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº. 236, 2012 (Projeto do Novo Código Penal). Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Quadro-Comparativo-CP.pdf>> Acesso em: 24 dez. 2016.

Os dois últimos projetos que versam sobre o assunto que, inclusive, ainda estão em votação, tiveram boa parte do seu teor oriundo de legislações estrangeiras, que já legalizaram o procedimento, inclusive, das resoluções do Conselho Federal de Medicina que versam sobre o direito.

Na área da medicina, assim como no direito, a eutanásia/ortotanásia é muito discutida. Porém, essa discussão vai além, traz-se também à tona os cuidados paliativos com doentes.

2.2 Cuidados Paliativos

Os cuidados paliativos²⁶ podem ser conceituados como:

a denominação mais utilizada na ciência médica para se referir aos cuidados com o paciente que objetivam melhorar a qualidade de vida desse e de sua família diante de uma doença ameaçadora da vida. (DADALTO, 2015, p. 37).

No conceito trazido, existe a preocupação com o bem-estar da pessoa, ou seja, trata-se de formas e procedimentos que fazem com que a pessoa se sinta bem, estima-se ao máximo a sua qualidade de vida. Trata-se de procedimentos que visam aliviar a dor do paciente em todos os sentidos. É uma forma de gerar um pouco de conforto à pessoa que está enferma.

Os cuidados paliativos são os cuidados que garantem ao paciente terminal qualidade de vida até o momento da morte, assegurando que essa passagem ocorra de forma digna, objetivando o menor sofrimento possível aos enfermos. Tratando-se assim, de certa forma, como uma missão aos que cuidam dos doentes em fase terminal. (DADALTO, 2015).

Por muito tempo, os cuidados paliativos eram chamados de tratamentos ordinários²⁷, no entanto se percebeu que eram utilizados, também, procedimentos extraordinários, como é de saber, que a prática da obstinação terapêutica resulta no prolongamento do processo de morrer, conseqüentemente acarretando mais dores e sofrimentos aos doentes que já se encontram no fim de sua vida. (MÖLLER, 2012).

²⁶Cuidado ativo numa abordagem holística da pessoa com doença grave, evolutiva ou terminal. Têm por objetivo aliviar a dor física bem como os outros sintomas e cuidar do desconforto psicológico e espiritual²⁷. Tais cuidados podem ser praticados numa instituição ou na residência do doente. (PESSINI, 2004, p. 94).

²⁷Cabe salientar que o termo tratamento ordinário surgiu da Igreja Católica para distinguir tratamentos que deveriam ser continuados ou feitos, obrigatórios (ordinários) e os tratamentos extraordinários o quais se poderia abrir mão. (DADALTO, 2015).

A obstinação terapêutica é uma forma de prolongar ainda mais o sofrimento do paciente, que já em estado terminal. Devido à preocupação com o paciente em estado terminal foram criados vários termos, além do ordinário e do extraordinário, em relação aos tratamentos que podem ser úteis ou inúteis; proporcionais ou desproporcionais; comuns ou incomuns. (MÖLLER, 2012).

É nesse sentido que o médico tem uma função muito importante dentro da sociedade, essa importância não vem de hoje, vem desde a antiguidade, pelo fato de poder salvar muitas vidas em sua carreira profissional. No entanto, é possível analisar algumas inquietações que esses profissionais passam no dia a dia das suas atividades laborais.

Quando há um paciente entre a vida e a morte, não é apenas o paciente e os familiares que sofrem com essa situação, mas, também, os profissionais da saúde, como é o caso do médico. O médico, igualmente, angustia-se com o estado do paciente,

o cenário da morte e do morrer se transforma não só para os pacientes incuráveis e terminais, mas também para os próprios médicos. Estes chegam até a por em discussão um dos princípios deontológicos no qual tradicionalmente sempre se inspiraram. Desde a antiguidade, no juramento de Hipócrates, obrigavam-se eles a jamais administrar medicamentos letais mesmo a pedido do paciente. Que sucederia se viesse a cair esse pilar da ética médica? Creio que a própria relação médico-paciente estaria comprometida, pois que seu principal elemento – confiança no médico – seria definitivamente abalada por incontornável suspeição. Imagine-se a situação do doente perguntando para si mesmo se a próxima injeção é para ajudá-lo a curar ou para matá-lo. (HORTA, 1999, p. 02).

Os médicos vivem em constante preocupação com princípios deontológicos, não apenas quando se trata de eutanásia/ortotanásia, mas nos mais diversos casos quando os necessitam escolher entre um tratamento ou outro para tentar salvar a vida do paciente. Apesar dessas inúmeras incógnitas pelas quais os profissionais da saúde possam passar no seu dia a dia, cabe nesse estudo trazer a análise específica quanto à possibilidade de o médico poder propiciar uma morte digna a seu paciente.

A própria medicina quando inova e procura novas formas de salvar vidas de pessoas acaba por criar problemas ou desafios para os médicos no seguinte sentido:

tal entendimento, por mais inequívoco e transparente que seja, não deve nos conduzir à insensibilidade diante de alguns argumentos levantados pelos que defendem a mudança desta norma deontológica. Um dos mais consistentes nos lembra que a angústia mais profunda do moribundo de nossos dias é a de ser abandonado no momento em que, segundo a ciência médica, não há mais nada a fazer. Outro, nos diz que a própria medicina cria situações desumanas e depois se recusa a assumir responsabilidade por elas. E, ainda, que, muitas

vezes, o próprio médico, apelando para valores hipocráticos, na verdade abandona o doente, porque a morte não é da sua competência (HORTA, 1999, p. 03).

A medicina procura a todo o momento, com o surgimento de novas tecnologias propicia às pessoas uma vida mais longa e com mais qualidade. A intenção é ótima, no entanto, não é sempre que isso acontece, pois, em inúmeros casos, esses avanços acabam por fazer o paciente um refém da tecnologia²⁸, muitas vezes em condições indignas. E o médico, atualmente, tem pouco ou nenhum respaldo jurídico/legal para possibilitar ao paciente, que se encontra em estado de saúde deplorável, dignidade.

O médico, hoje, se vê completamente amarrado nesses tipos de situações. O órgão que sempre procurou e continua procurando formas de dar mais respaldo as decisões médicas é o Conselho Federal de Medicina, através do Código de Deontologia Médica. Em relação ao contexto histórico do Código de Deontologia Médica, no que versa ajudar esses profissionais no sentido de poder proporcionar aos pacientes mais dignidade e menos sofrimento, bem como em relação a procedimentos com eutanásia/ortotanásia, é possível mencionar,

o Código (brasileiro) de Deontologia Médica de 1931 expressa bem esse dilema no artigo 16. Primeiro afirma que “o médico não aconselhará nem praticará, e em caso algum, a eutanásia. Em seguida afirma que o médico tem o direito e o dever de aliviar o sofrimento, “mas esse alívio não pode ser levado a um extremo de dar a morte por piedade”. A postura adotada é sedar, sim; matar não. A partir do Código de Deontologia Médica de 1945 não se usa mais o termo eutanásia nos códigos brasileiros de ética médica, mas a reprovação da morte proposital por mão de médico permanece firme. (PESSINI, 2004, p. 203).

Desde 1931 o termo eutanásia já estava em discussão, e, passados mais de 80 anos, o assunto ainda está em aberto. Inclusive, é possível perceber que se buscou não mencionar diretamente o termo eutanásia por ser algo muito forte e impactante. Procurou-se utilizar outros termos sinônimos do procedimento como forma de evitar polêmicas e as mais variadas discussões.

Em 1988, o Código de Deontologia Médica, no artigo 6º²⁹, não deixava muito claro o que o médico poderia fazer, ou seja, deixava algumas situações em aberto. Por

²⁸Não há dúvida de que aqui há elementos éticos de peso: o direito do doente crônico ou terminal de ter sua dor tratada e quando possível, aliviada; a preocupação em salvaguardar ao máximo a autonomia da pessoa e sua dignidade na presença de enfermidades que provocam dependência progressiva e a perda de controle sobre sua vida e sobre suas funções biológicas; o próprio sentido que se dá ao fim da vida e à morte. (PESSINI, 2004, p. 202).

²⁹[...]artigo 6º dá continuidade a essa tradição afirmando claramente sua preocupação com o valor da vida humana quando diz: “O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o

exemplo, nos casos em que fosse necessário aliviar a dor do paciente com medicação, mas, ao mesmo tempo, essa medicação poderia encurtar a sua vida, qual atitude o médico poderia ou deveria tomar?

A “compaixão por aquele que sofre é, sem dúvida, um sentimento que enobrece a pessoa.” (PESSINI, 2004, p. 204). Em que pese essa afirmação possa ser considerada válida, não existe aporte jurídico concreto para tal afirmação. Para tentar diferenciar a aplicação dos medicamentos, é possível mencionar,

Quando, por compaixão, se aplica o analgésico com a finalidade de abreviar a vida, estamos diante de um caso de eutanásia. Quando, porém, se aplica o analgésico com a finalidade de aliviar a dor e mitigar o sofrimento, em doses não-letais, mesmo se com isso pode haver como efeito colateral um certo encurtamento da vida, estamos diante de uma situação diferente. (PESSINI, 2004, p. 205).

O problema é que, nesse caso, o médico não terá algo concreto para se apegar, pois dependerá de cada caso específico. E assim, como em outras profissões, os profissionais poderão ter uma visão diferente e diversa do mesmo caso. Por essas e outras razões, foi criado o Conselho Federal de Medicina.

O Conselho Federal de Medicina foi criado em 1951, para proceder ao registro profissional do médico, bem como aplicar as sanções impostas no Código de Ética Médica. Tendo, ainda, como funções, normatização da prática médica, atuando em duas frentes, seja para defender a saúde da população, seja para defender os interesses da classe médica. Assim, o órgão procura valorizar o profissional da saúde, que, nesse caso, é o médico, e, ao mesmo tempo, fiscaliza esse profissional para que não tenha comportamentos ou condutas que sejam contrários aos preceitos éticos e legais da Instituição.

Ainda pauta-se na defesa de boas práticas médicas, tendo em vista a formação técnica e humanista em prol da sociedade. É em defesa desses ideais que o Conselho Federal de Medicina cria e promulga resoluções.

Assim, as resoluções não são criadas apenas para o médico, mas sim para toda a sociedade, pois, da mesma forma como a maioria de nós, o médico também se encontra em uma estrada de duas vias e precisa escolher uma. Contudo, diferentemente dos demais profissionais, o médico trabalha com vidas, o que torna as suas decisões ainda mais complexas e complicadas. Nesse sentido, “o progresso médico mudou

extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”. [...] o Código veda ao médico “Utilizar em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda a pedido deste ou de seu responsável legal”(artigo 66). (PESSINI, 2004, p. 203).

radicalmente essa situação. O médico, frequentemente, se interroga: Posso fazer, logo devo fazê-lo?” (PESSINI, 2004, p. 99). Essas perguntas trazem muita insegurança e incerteza para os médicos.

Podem ser considerados fúteis aqueles tratamentos e procedimentos que não são capazes de restaurar a função orgânica do ser humano, bem como a sua consciência. (MÖLLER, 2012).

O Conselho Federal de Medicina criou a Resolução nº. 1.805 de 2006, como forma de facilitar a tomada de decisão do profissional médico. Inicialmente, é possível mencionar a Resolução nº. 1.805 de 2006³⁰, do Conselho Federal de Medicina, que em seu preâmbulo permite ao médico suspender ou limitar os tratamentos que prolonguem a vida de uma pessoa enferma, em fase terminal, conforme íntegra do preâmbulo:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.805/2006).

Existe a preocupação com o paciente no sentido de aliviar a dor e lhe prestar assistência. Os artigos primeiro e segundo apenas reforçaram a ideia disposta no preâmbulo da resolução.

Apesar de existir receio em relação ao paciente, a resolução, no entanto, não dispõe de que forma a vontade do paciente e do representante deve ser manifestada, bem como se houver conflitos de interesses qual decisão deve ser tomada. Em que pese traga a solução, não deixa claro os meios e as formas. (DADALTO, 2015).

A Resolução nº. 1.805, de 2006, do Conselho Federal de Medicina, pode ser considerado um marco na busca de atender a autonomia privada de pacientes em estado terminal. Inclusive, apesar de se tratar de uma resolução que vincula apenas

³⁰ 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. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.805/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 nov. 2006. Seção I, p. 169. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

profissionais da área médica, a mesma foi levada à esfera judiciária, sendo amplamente difundida no cenário nacional.

O Ministério Público Federal do Distrito Federal ajuizou uma ação civil pública em face do Conselho Federal de Medicina, em 09 de maio de 2008. O processo foi cadastrado sob o número 2007.34.00.014809-3, em que é refutada a ideia de que o Conselho Federal de Medicina não poderia regular uma conduta ética que é tipificada como crime. (DADALTO, 2015).

Foi deferida a antecipação de tutela³¹, mas, no entanto, houve uma confusão de conceitos de eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido na decisão do Juiz Federal

³¹[...]questionando a Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta a ortotanásia. Aduz, em apertada síntese, que o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime. O processo foi ajuizado em 09 de maio de 2007. O ilustre Juiz Federal JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA - oficiando no feito em virtude de minha designação para, com prejuízo das funções, prestar auxílio na 25a Vara (Juizado Especial Federal) desta Seção Judiciária do Distrito Federal no período de 02 a 22 de maio de 2007 - despachou no dia 15 de maio de 2007 oportunizando a oitiva do Réu, no prazo de 72h, antes de apreciar a antecipação de tutela. Intimado, o Conselho Federal de Medicina protocolou as informações preliminares no dia 31 de maio de 2007, asseverando a legitimidade da Resolução CFM nº 1.805/2006 e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela. É o relatório. Decido. Em questão de ordem, registro que as informações preliminares prestadas pelo Réu somente foram juntadas efetivamente ao processo em 27 de agosto de 2007, em virtude da necessidade de abertura de novo volume de autos, vindo então conclusos para decisão em 17 de outubro de 2007. Daí, recomendo à Secretaria, dentro das possibilidades que decorrem naturalmente da limitação de pessoal para fazer frente à pleora de processos que tramitam nesta Vara, maior diligência na juntada de petições, abertura de volume de autos e conclusão para decisão nas hipóteses em que existe pedido de tutela de urgência, como no caso. Pois bem. A lide cinge-se à legitimidade da Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis. Impende salientar, inicialmente, que a questão é complexa e polêmica, como se infere da petição inicial desta ação civil pública, que tem nada menos que 129 folhas, vindo instruída com os documentos de fls. 133-296, bem assim das informações preliminares do Réu, que têm 19 folhas e são instruídas com os documentos encartados em dois volumes de autos, totalizando mais de 400 folhas. Na verdade, trata-se de questão imensamente debatida no mundo inteiro. Lembre-se, por exemplo, da repercussão do filme espanhol 'Mar Adentro' e do filme americano 'Menina de Ouro'. E o debate não vem de hoje, nem se limita a alguns campos do conhecimento humano, como o Direito ou a Medicina, pois sobre tal questão há inclusive manifestação da Igreja, conforme a 'Declaração sobre a Eutanásia' da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, aprovada em 05 de maio de 1980, no sentido de que 'na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo'. Entretanto, analisada a questão superficialmente, como convém em sede de tutela de urgência, e sob a perspectiva do Direito, tenho para mim que a tese trazida pelo Conselho Federal de Farmácia nas suas informações preliminares, no sentido de que a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família, não elide a circunstância segundo a qual tal conduta parece caracterizar crime de homicídio no Brasil, nos termos do art. 121, do Código Penal. E parece caracterizar crime porque o tipo penal previsto no sobredito art. 121, sempre abrangeu e parece abranger ainda tanto a eutanásia como a ortotanásia, a despeito da opinião de alguns juristas consagrados em sentido contrário. Tanto assim que, como bem asseverou o representante do Ministério Público Federal, em sua bem-elaborada petição inicial, tramita no Congresso Nacional o 'anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal,

Roberto Luis Luchi Demo. Além do mais, foi feita referência aos filmes “Mar Adentro”, que versa sobre suicídio assistido, e o filme “Menina de Ouro”, que versa sobre a eutanásia, embora a resolução versasse sobre a ortotanásia. (DADALTO, 2015).

A decisão que suspendeu a eficácia da Resolução do Conselho Federal de Medicina é falha, pois está amarrada a argumentos que não são válidos a partir da concepção principiológica do ordenamento. Ademais, se o médico foi considerado como não sendo mais o responsável por prolongar a vida pelo Conselho Federal de Medicina, deixa, assim, de existir um dos elementos objetivos do tipo, posição que garante quem se omitir. (DADALTO, 2015).

A ortotanásia é considerada crime, assim não poderia uma norma deontologia médica fazer o papel de legislador, pois seria necessário um processo legislativo³² para tanto.

colocando a eutanásia como privilégio ao homicídio e discriminando aortotanásia' (fl. 29). Desse modo, a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda que essa resolução venha de encontro aos anseios de parcela significativa da classe médica e até mesmo de outros setores da sociedade. Essa glosa há de ser feita, como foi feita em outros países, mediante lei aprovada pelo Parlamento, havendo inclusive projeto-de-lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional. Em última análise, para suprir a ausência de lei específica, a glosa pode ser 'judicializada' mediante provocação ao Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e na qual se discute se ocorre crime de aborto no caso de anencéfalo. [...] À luz dessas considerações, o aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal é bastante para reconhecer a relevância do argumento do Ministério Público Federal. Dizer se existe ou não conflito entre a resolução e o Código Penal é questão a ser enfrentada na sentença. Mas a mera aparência desse conflito já é bastante para impor a suspensão da Resolução CFM nº 1.805/2006, mormente quando se considera que sua vigência, iniciada com a publicação no DOU do dia 28 de novembro de 2006, traduz o placet do Conselho Federal de Medicina com a prática da ortotanásia, ou seja, traduz o placet do Conselho Federal de Medicina com a morte ou o fim da vida de pessoas doentes, fim da vida essa que é irreversível e não pode destarte aguardar a solução final do processo para ser tutelada judicialmente. Do exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para suspender os efeitos da Resolução CFM nº 1.805/2006. TARTUCE, Flávio. Decisão da Justiça Federal de Brasília suspendendo os efeitos da Resolução do Conselho Federal de Medicina que trata da ortotanásia. 05 dez. 2007. Disponível em: <<http://professorflavioartuce.blogspot.com.br/2007/12/deciso-n-2007-b-processo-n-2007.html>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

³²[...]Registro, para efeito de documentação, a ementa do acórdão proferido em questão de ordem na referida ação constitucional, litteris: EMENTA: 'ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACRO PROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL- PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL-AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no

A ortotanásia deve ser encarada como:

Prática terapêutica, garantidora da dignidade do paciente em estado de terminalidade, de sua autonomia e de seus familiares e não como uma conduta criminosa, até porque, analogicamente, a manutenção da vida a qualquer custo deve ser encarada como prática de tortura, por prolongar o sofrimento do paciente e de seus familiares. (DADALTO, 2015, p. 161).

Em que pese tenha sido deferida a antecipação da tutela na presente ação civil pública, a sentença³³ foi favorável ao Conselho Federal de Medicina, sendo revogada a antecipação de tutela e julgada improcedente a presente ação.

sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia'. (STF, ADPF-QO 54, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Plenário, J 27.04.2005, DJ 31.08.2007). TARTUCE, Flávio. Decisão da Justiça Federal de Brasília suspendendo os efeitos da Resolução do Conselho Federal de Medicina que trata da ortotanásia. 05 dez. 2007. Disponível em: < <http://professorflavioartuce.blogspot.com.br/2007/12/deciso-n-2007-b-processo-n-2007.html>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

³³Decido. Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem lançada manifestação da Ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, verbis: “A matéria posta em questão é certamente polêmica e encerra dilemas não apenas de ordem jurídica, como de cunho religioso, social e cultural. Possivelmente, a diretriz a ser adotada por todos quantos a analisem será influenciada fortemente pela maior importância que se confira a cada uma daquelas condicionantes. Realmente, a edição de uma tal norma pelo Conselho Federal de Medicina é, para os padrões culturais do Brasil, extremamente impactante, vindo a gerar, como gerou, grande celeuma. O Ministério Público Federal entendeu que a norma ultrapassou as competências do CFM, por pretender regramento que não comportava tal regramento, seja pelos limites jurídicos, seja pelos limites culturais que o Ilustre subscritor da inicial julga vigentes no Brasil. Nesse sentido, é sem dúvida pertinente a discussão ampla do tema, já que a Resolução impugnada, pelo seu caráter normativo, poderia, na visão do DD. signatário da inicial, produzir efeitos incompatíveis com valores culturais e sociais caros à sociedade brasileira, importando, inclusive, em contrariedade às leis penais vigentes. Entretanto, conforme passaremos a explicar, ousamos discordar do posicionamento externado na inicial, sem embargo da profundidade dos argumentos que sustentam a tese. Nossa posição se resume, brevemente, em três premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução n° 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução n° 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução n° 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida. [...]Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração. Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei 7.347/85). CONJUR. Sentença. Processo: 2007.34.00.014809-3. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2016.

Assim, percebe-se que o magistrado entendeu o avanço médico em relação aos tratamentos paliativos e extraordinários, tomando parte de conhecer da prática e da realidade médica para ser considerado apto a julgar aspectos jurídicos que envolvam a terminalidade da vida. (DADALTO, 2015).

Compreende-se que existe uma complexidade muito grande nesses casos, sendo necessário um estudo mais aprofundado do caso, inclusive com pareceres e opiniões técnicas sobre o assunto.

A realidade é que o processo de viver se prolongou³⁴, atualmente, sendo que os avanços tecnológicos foram fatores determinantes para a criação desse tipo de situações. Cria-se, a partir dessa nova realidade, uma nova preocupação na esfera ética³⁵. Além do mais, a morte moderna parece uma derrota³⁶.

Em algumas oportunidades, enfrenta-se uma negação à morte³⁷, mas em tal situação o paciente pode acabar por perder sua condição de pessoa digna com direitos, tornando-se mero objeto da ciência e da tecnologia.

Apesar disso, os cuidados paliativos, na sua origem³⁸, utilizados em pessoas sem possibilidade de cura e como objetivo³⁹ além da dor física e psicológica do paciente, o

³⁴De uma forma exponencial nas últimas décadas, devido às inovações tecnológicas que impactaram no aumento da sobrevida, e isto nos faz perceber que a morte, na maioria das vezes, já não é um episódio e sim um processo, às vezes até prolongado, demorando anos e até mesmo décadas dependendo da enfermidade. HERMES Héli da Ribeiro. LAMARCA, Isabel Cristina Arruda. Cuidados paliativos: uma abordagem a partir das categorias profissionais de saúde. Departamento de Ciências Sociais, Escola Nacional de Saúde Pública, Fiocruz. R. Leopoldo Bulhões, 2013. p. 2577-2588. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n9/v18n9a12.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

³⁵Ensina-nos que o horizonte ético é muito mais amplo que o tecnocientífico, e sugere que profissionais de saúde revejam suas responsabilidades diante do enfermo terminal e percebam que o objetivo a ser alcançado é o de desenvolver ao paciente a dignidade perdida após a instalação da doença terminal. (PESSINI, 2004, p. 21).

³⁶A morte é, tanto para o médico como para o hospital, antes de tudo, um fracasso, no modelo contemporâneo da boa morte, a equipe de saúde a compreende de modo distinto e, conseqüentemente, busca posicionar-se de nova forma. A proposta dos profissionais consiste em assistir o paciente até seus últimos momentos, buscando minimizar, tanto quanto possível, sua dor e desconforto, e dar suporte emocional e espiritual a seus familiares. HERMES Héli da Ribeiro. LAMARCA, Isabel Cristina Arruda. Cuidados paliativos: uma abordagem a partir das categorias profissionais de saúde. Departamento de Ciências Sociais, Escola Nacional de Saúde Pública, Fiocruz. R. Leopoldo Bulhões, 2013. p. 2577-2588. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n9/v18n9a12.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

³⁷Diante do fenômeno de negação da morte, o moribundo perde autonomia e adquire a patética condição de homem doença-objeto. Os profissionais de saúde se apropriaram da vida e da morte, e o médico preparado apenas para a impossível tarefa de sempre curar transfere o enfermo terminal aos cuidados de máquinas que o manterão artificialmente vivo. (PESSINI, 2004, p. 21).

³⁸Eram voltados para pessoas que não tinham mais possibilidade de cura, sendo visto como última forma de dar um alento para as pessoas que já não possuíam mais expectativas de vida. Esse alento não era apenas com relação à dor física, mas buscava também trabalhar o psicológico e espiritual das pessoas, objetivando dar uma última alegria ou deixá-los partir mais tranquilamente. (DADALTO, 2015).

³⁹Permitir que o processo natural de fim da vida decorra nas melhores condições possíveis, tanto para o doente como para a família e os profissionais. Por isso, os cuidados paliativos visam controlar a dor e os demais sintomas de desconforto, preservando o mais possível à consciência e a capacidade de se

relacionamento com os profissionais da saúde, também se procura manter a família⁴⁰ forte e unida juntamente com o paciente.

Para atender tal demanda, é necessário toda uma equipe, pois apenas o médico não conseguirá atender tais demandas, tendo em vista possuir conhecimento técnico na área médica, sendo necessário um cuidado global⁴¹.

Trata-se de uma preocupação de todas as pessoas envolvidas. Inicialmente, o paciente, que deveria ter a sua vontade atendida, bem como, posteriormente, dos médicos e familiares. Como já foi dito, deve-se muito pelo fato do

homem moderno viver como se jamais fosse morrer, e a morte se torna algo distante. Isto acontece devido ao avanço das tecnologias, dos estudos genéticos, da biomedicina, o ideário de culto ao corpo, excesso de atividades físicas, a juventude sendo buscada a qualquer custo, que traz a percepção de que a vida se prolonga e a morte se distancia. (HERMES; LAMARCA, 2013, p. 2580)

Existe uma preocupação maior na atualidade em se preocupar mais com o corpo e a saúde nos últimos anos, até porque, há algum tempo, não se tinha todo o conhecimento sobre a saúde que se tem hoje.

Mesmo com os avanços tecnológicos e mudanças culturais, deveria se manter a preocupação em relação ao enfermo no sentido de

devolvê-lo ao carinho da família, ressignificando a morte em contexto sociocultural, sem entretanto perder a imprescindível atribuição de bem cuidar. Propõe uma nova ética, não a da supressão da vida em função de sofrimento injustificado, mas a de confrontar, aliviar, cuidar do ser humano biopsicossocial e espiritual no momento de despedida da vida, respeitando, até os últimos instantes, o que tipifica como verdadeira razão dos vocacionados para cuidar. (PESSINI, 2004, p. 22).

relacionar com os cuidadores do doente. Asseguram a nutrição e a hidratação de maneira adequada no fim da vida e evitam o uso desnecessário dos instrumentos. Garantem assistência de enfermagem e cuidados, buscando qualidade, que é base do conforto e um componente essencial de consolo. Esforçam-se para manter a comunicação com o doente, trazendo-lhe o apoio relacional adequado, quando a comunicação verbal é possível ou, quando esta se torna impossível, explora os recursos da comunicação verbal é possível ou, quando esta se torna impossível, explora os recursos da comunicação não verbal. (PESSINI, 2004, p. 94).

⁴⁰(...) cuidados paliativos zelam para manter ou recriar os laços familiares, prestando assistência à família, em suas necessidades materiais, e o suporte psicológico necessário a fim de que possam cuidar do ente querido em condições de conforto material e moral satisfatórios. Depois da morte, a ação continua com o amparo à família, a fim de prevenir as complicações somáticas e psicológicas do luto, notadamente ao suicídio, a que cônjuges idosos, particularmente os homens, ficam sujeitos. (PESSINI, 2004, p. 94/95).

⁴¹Requer a participação de equipe multidisciplinar, com médicos, enfermeiros, assistentes sociais, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, religiosos, dentre outros. Crianças com patologias variadas podem ser beneficiadas com cuidados paliativos e, consequentemente, profissionais de diversas áreas irão prestar esse tipo de assistência para seus pacientes. VALADARES, Maria Thereza Macedo. MOTA, Joaquim Antônio César. OLIVEIRA, Benigna Maria. Cuidados paliativos em pediatria: uma revisão. Revista bioética, v.21, n.3, p.486-493, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a13v21n3.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

Percebe-se que é necessário haver diálogo entre o profissional médico, paciente e familiares, pois o profissional da saúde não deve ser visto unicamente como um curador. O profissional médico, muitas vezes, enxerga de maneira muito próxima a situação do paciente e da família. Tanto é que,

em 1998, a Organização Mundial da Saúde (OMS) apresentou uma definição específica para cuidados paliativos na pediatria: cuidado ativo e total prestado à criança, no contexto do seu corpo, mente e espírito, bem como o suporte oferecido a toda a sua família. Segundo a OMS, o cuidado paliativo deve ser iniciado quando a doença crônica é diagnosticada, devendo caminhar concomitantemente com o tratamento curativo. (VALADARES; MOTA e OLIVEIRA, 2013, v.21, p 487).

A mudança desse cenário poderá ocorrer ao longo de alguns anos, sendo que algumas mudanças já vêm ocorrendo,

enquanto o referencial é a medicina predominante curativa, é difícil encontrar caminho que não pareça desumano, de um lado, ou descomprometido com o valor da vida humana, de outro. Uma luz importante vem da mudança da compreensão da saúde que vem sendo impulsionada pela redefinição de saúde da OMS. Em lugar de entender a saúde como a mera ausência de doença, propõe-se sua compreensão como bem estar global da pessoa: bem estar físico, mental e social. Quando se acrescenta a esses três elementos também a preocupação com o bem estar espiritual, cria-se uma estrutura de pensamento que permite uma revolução em termos da abordagem ao doente crônico ou terminal. (PESSINI, 2004, p. 224/225).

Um dos receios em relação ao fato dos cuidados paliativos, principalmente no que tange aos profissionais médicos terem mais autonomia juntamente com os pacientes e familiares, é o medo da realização de procedimentos como a eutanásia/ortotanásia. Nesse sentido,

o compromisso com a promoção do bem estar do doente crônico e terminal permite-nos não somente falar da saúde dele, mas também desenvolver o conceito de ortotanásia, a arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia sem cair nas ciladas da eutanásia nem da distanásia. (PESSINI, 2004, p. 225).

Por essa razão, é necessário ter claro o que podem ser considerados estados clínicos terminativos, para esta pesquisa: doença terminal, o estado vegetativo persistente e doenças crônicas, especialmente a demência avançada. É importante, nessas situações, reconhecer a autonomia do paciente, e ser preservada a condição *sinequanmon*, garantindo, assim, a autonomia a este, pois apenas, dessa forma, seria possível garantir ao indivíduo que ainda consiga ser protagonista da sua vida, para que não seja um mero coadjuvante. (DADALTO, 2015).

Existe uma diferença entre estado terminal permanente e estado persistente. Permanente é aquele em que diz respeito a um prognóstico de irreversibilidade do quadro, enquanto o persistente diz respeito a um diagnóstico referindo-se a uma condição de incapacidade que aconteceu em determinado momento e persiste. (DADALTO, 2015).

Apesar do aspecto social, é importante discutir o que se enquadra como sendo um quadro terminativo, ou seja, um quadro de saúde em que não seja mais possível se viver dignamente. O conceito daquilo que é viver dignamente vem de cada pessoa, tem-se apenas um conceito geral daquilo que pode ser considerado digno. Ainda quanto ao estado terminal,

considera-se em estado terminal aquele doente cuja condição é irreversível, independente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo. Sua definição é baseada em critérios clínicos, com os quais se realiza um prognóstico. (MÖLLER, 2012, p. 34).

Ainda, criam-se discussões sobre o que pode ser considerado uma doença terminal. Assim, a doença terminal pode ser vista ainda como aquela em que a condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo, ou, ainda é aquele que se torna irrecuperável e que caminha para a morte sem que se consiga ver reverter essa trajetória, ou seja, sem possibilidade de recuperação. (DADALTO, 2015).

Para deixar um pouco mais claro o que pode ser considerada uma patologia terminal foram criados alguns elementos que podem ser considerados como necessários para caracterizá-la, cinco são os que se destacam: 1) presença de uma doença avançada progressiva e incurável; 2) falta de possibilidades razoáveis de respostas a tratamentos específicos; 3) presença de inúmeros problemas ou sintomas intensos, múltiplos, multifatoriais; 4) grande impacto emocional do paciente, família e equipe de cuidados, estritamente relacionado com a presença explícita ou não da morte; 5) prognóstico de vida inferior a 6 meses. (DADALTO, 2015). Apesar de se tratar de aspectos mais da prática médica, frequentemente são trocados ou confundidos.

Com os avanços tecnológicos, criou-se a dificuldade de caracterizar o que pode ser considerado um procedimento ordinário daquilo que pode ser caracterizado como um procedimento extraordinário em pacientes. É possível trazer alguns exemplos que

podem parecer claros, mas sempre existem casos peculiares, que remetem a dúvida, como a hemodiálise⁴², por exemplo.

Outros fatores que podem aumentar esse debate, principalmente no Brasil é longevidade e a diminuição nas taxas de mortalidade que geram importantes impactos nas demandas por saúde. A demência é um dos fatores que acabam por incapacitar as pessoas de tomar decisões. A tendência é que esses casos aumentem significativamente no Brasil nos próximos anos. (DADALTO, 2015).

Nesse sentido,

Estudos do IBGE mostram que entre 1901 e 2000, a população brasileira passou de 17,4 para 169,6 milhões de pessoas, e a expectativa de vida de um homem brasileiro subiu dos 33,4 anos em 1910 para os 64,8 anos em 2000. Entretanto, junto com o prolongamento da vida, os profissionais de saúde começaram a perceber que mesmo não havendo cura, há uma possibilidade de atendimento, com ênfase na qualidade de vida e cuidados aos pacientes, por meio de assistência interdisciplinar, e da abordagem aos familiares que compartilham deste processo e do momento final da vida – os cuidados paliativos. (HERMES; LAMARCA, 2013, p. 2578).

Atualmente, a expectativa de vida do brasileiro está em 75,2 anos⁴³, conforme pesquisas realizadas pelo IBGE. De certa forma, as pessoas não têm claro que as doenças fazem parte da nossa vida assim como a morte. A

[...] morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito esse fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, entre manter a vida quando isso é o procedimento correto e permitir que a pessoa morra quando sua hora chegou. (PESSINI, 2004, p. 225).

Conforme mencionado anteriormente, toda essa complexidade ou boa parte dessa complexidade se deve à dificuldade de se encarar a morte. Neste contexto:

Se outrora a morte era vista como um processo natural, atualmente este processo - ainda que natural - é tido como uma derrota, um acontecimento que demonstra a fragilidade da medicina e a vulnerabilidade dos médicos. (DADALTO, 2015, p. 01).

⁴²A realização da hemodiálise para quem sofre de insuficiência renal pode ser considerado como necessário e obrigatório. Já quando essa hemodiálise for feita em um paciente debilitado e em idade avançada pode ser considerado como tratamento extraordinário. A traqueostomia, a ventilação mecânica, a oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos com drogas vasoativas, podem ser consideradas fúteis em pacientes terminais. (DADALTO, 2015).

⁴³Expectativa de vida dos brasileiros sobe para 75,2 anos, diz IBGE. G1 São Paulo, SP, 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobe-para-752-anos-diz-ibge.html> > Acesso em: 26 de dezembro de 2016.

Cabe nesse caso mencionar que a defesa da vida a todo custo faz com que o sofrimento e a dignidade da pessoa que está enferma sejam esquecidos, sendo que houve uma hiperutilização da UTI's⁴⁴, que há pouco tempo atrás eram mais utilizadas em casos traumas e pós-operatórios, e não para abrigar uma quantidade significativa de pacientes terminais. (DADALTO, 2015).

Assim, como a eutanásia/ortotanásia, as diretivas antecipativas, os cuidados paliativos também possuem uma complexidade muito grande, seja quanto à sua aplicabilidade, seja quanto ao entendimento de seus limites e princípios que devem trabalhar,

a discussão atual volta-se para a possibilidade de entender cuidados paliativos como um conceito que permeia todo o cuidado, ou seja, do diagnóstico à morte, incluindo o processo de luto. Em síntese, cuidados paliativos e hospice afirmam seis princípios: valoriza a vida e considera a morte como um processo natural; nem abrevia nem prolonga a vida; provê o alívio da dor e outros sintomas; integra os aspectos psicológicos e espirituais dos cuidados, permitindo oportunidades para o crescimento; oferece uma equipe interdisciplinar e um sistema de suporte para a família durante a doença do indivíduo e no período de enlutamento. (SILVA, HORTALE, 2006, v. 22).

Os cuidados paliativos também se encontram num limbo, pois ora podem ser vistos como procedimentos ordinários, ora como extraordinários e ainda, em algumas hipóteses apenas como tratamento de pessoas em estágio terminal de vida.

Para tentar entender melhor a aplicabilidade dos cuidados paliativos foram elencados quatro princípios que podem ordená-los: o primeiro trata da proporcionalidade, o qual existe uma obrigação moral de implementar todas as medidas terapêuticas que tenham proporção entre os meios empregados a um resultado previsível. O segundo, dispõe em relação da necessidade de averiguar a razão proporcional entre os tratamentos que tenham duplo efeito, como o caso da utilização da morfina. O terceiro se refere à prevenção em que se deve prever possíveis complicações e sintomas que, frequentemente, se apresentam a portadores de determinada doença. O quarto é o não abandono e do tratamento sem dor, no qual o médico não pode abandonar o paciente, exceto em caso de objeção de consciência, além do mais deve controlar a dor. (DADALTO, 2015).

Os princípios seguem uma razoabilidade, no entanto resta saber como funcionaria essa aplicabilidade no caso concreto, pois conforme visto anteriormente

⁴⁴Não se pretende na presente pesquisa defender uma linha utilitarista no sentido de desonerar os cofres públicos ou evitar gasto de dinheiro. Defende-se a dignidade da pessoa humana, bem como a autonomia privada e liberdade. Os argumentos apresentados podem ser analisados de maneira complementar.

existem fatores podem interferir. É possível que existam conflitos tanto na área médica como na parte geral em que o paciente pode estar inserido. Alguns critérios podem ser adotados na tentativa ou busca por uma solução dependendo do estado de consciência em que o paciente se encontra.

Haveria uma dificuldade muito grande em assumir a suspensão dos cuidados paliativos, pois

com a progressão da doença e a conseqüente redução das possibilidades curativas, os cuidados paliativos assumem uma curva ascendente, tornando-se necessidade absoluta. Logo, assumir que não há lugar para cuidados paliativos até que as medidas curativas sejam exauridas pode interferir na abordagem precoce de questões delicadas, como limitação de terapêutica invasiva no fim da vida. (VALADARES; MOTA e OLIVEIRA, 2013, v.21, p 490).

Em que pese o final da vida⁴⁵ de uma pessoa possa ser marcada de maneira diversa da apresentada, uma vez que a pessoa em estado terminal e/ou vegetativo sem expectativas de melhora ou cura, já teve sua vida social destruída pelo fato de se encontrar em estado vegetativo. Ainda que a vida biológica prossiga por vários anos, possivelmente não terá a sua dignidade respeitada.

O paciente em estado terminal, consciente, consegue facilmente assumir a condição de autônomo. Já, de outro lado, o paciente em estado terminal que estiver inconsciente terá sua autonomia reduzida, fazendo com que os médicos devam se valer de declarações anteriormente feitas pelo paciente seja por meio do testamento vital, quando este não existir, preservando a autonomia da família e da sua própria autonomia a fim de decidir em face do melhor interesse do paciente com respaldo do princípio da autonomia, ou pelo princípio da beneficência. (DADALTO, 2015).

Assim como se estuda a possibilidade de aplicação dos cuidados paliativos em determinados pacientes, estuda-se, também, as possibilidades em que eles podem ser suspensos ou cessados.

Os cuidados paliativos podem ser suspensos em quatro circunstâncias, quais sejam: 1) o doente ou, na sua incapacidade, o seu tutor, depois de terem sido claramente esclarecidos sobre as opções de tratamento recusaram esta intervenção no sentido de

⁴⁵Marcada pelo empenho dos profissionais em tornar o fim da vida do paciente em um momento digno, em assisti-lo até seu último suspiro, dar voz ao mesmo, permitir escolhas, principalmente do lugar onde deseja morrer. HERMES Héliida Ribeiro. LAMARCA, Isabel Cristina Arruda. Cuidados paliativos: uma abordagem a partir das categorias profissionais de saúde. Departamento de Ciências Sociais, Escola Nacional de Saúde Pública, Fiocruz. R. Leopoldo Bulhões, 2013. p. 2577-2588. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n9/v18n9a12.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

respeitar os valores morais; 2) quando o principal objetivo é o alívio dos sintomas oriundos da intervenção artificial; 3) quando a morte é certa e o tratamento somente trará dor e mais alguns dias de vida; 4) quando a intervenção causa complicações quando é necessário sedação ou contenção física. (DADALTO, 2015).

Os quatro motivos ou as quatro razões para suspender os cuidados paliativos estão estritamente voltados ao interesse do paciente ou dos familiares. Deixarão de ser adotados os procedimentos que, de alguma forma, podem ser considerados gravosos para o paciente.

Assim, deve prevalecer, em face de qualquer outro interesse, por melhor intencionado de possa parecer ou ser, o interesse do paciente, pois cabe, exclusivamente, a ele decidir de que forma quer que sua vida ou morte seja concretizada.

2.2.1 Princípios de direito

Atualmente, alguns princípios de direito, além de serem usados no mundo jurídico, também estão sendo utilizados em outras áreas, como a área médica, que acabou criando convicções que são próprios à sua atividade. Em que pese sejam princípios éticos de profissão, não deixam de ser princípios.

A criação e utilização desses princípios se devem a várias razões. Seguem algumas possíveis:

A conduta médica é questionada hoje, como provavelmente nunca antes o fora. Há a percepção de que excessos e arbitrariedades vêm sendo cometidos e de que se faz necessário repensar os objetivos a serem perseguidos pela medicina e em que consiste o dever do médico, especialmente frente ao fim da vida, de modo a fixar-se limites à atuação arbitrária do profissional e a estabelecer-se o dever de que permanece em todos os casos: o dever de cuidado. (MÖLLER, 2012, p. 46).

Defronta-se com casos em que não há uma legislação que verse sobre determinado assunto, os médicos e profissionais da saúde também se deparam com esses tipos de situações. Mesmo que os demais profissionais possuam, por vezes, certo tempo para achar uma solução, os profissionais da saúde não possuem muitas vezes esse tempo, pois estão lidando com vidas, sendo que sua ação ou omissão colocarão a vida de alguém em jogo.

Com a implementação do princípio da autonomia privada, da justiça, da não maleficência e da beneficência, a Bioética e a clínica médica passaram a assumir um

papel muito importante nas discussões que envolvem tratamentos paliativos, a eutanásia/ortotanásia, entre outros. (DADALTO, 2015).

Serão trazidas as principais discussões em relação a esses princípios na área médica, sendo que o princípio da autonomia privada será trabalhado com mais profundidade posteriormente, apesar de ser apresentado de maneira mais sucinta nesse tópico.

O princípio da autonomia privada pode ser entendido como

não sendo absoluto, mas deve ser considerado mais básico do que o princípio da beneficência na medida em que este pode ocultar atitudes demasiadamente paternalistas e arbitrárias; todavia desde que se verifiquem algumas condições: que o paciente em questão seja pessoa capaz, em gozo de suas faculdades mentais, e que sua manifestação de vontade tenha sido embasada por reflexão, além de ter sido precedida de um processo minucioso de informação e diálogo com o profissional da saúde. (MÖLLER, 2012, p. 54).

O princípio da autonomia privada pode ser entendido como o princípio mais importante a ser seguido. Conforme acima mencionado, não se trata de um princípio absoluto, mas de grande relevância, pois o que, inicialmente, deve ser procurado observar é a vontade ou o interesse do paciente, desde que este em plenas condições de expressá-lo.

O princípio da autonomia privada⁴⁶ não pode ser opressor, pois no momento que ele dá autonomia, nesse caso ao paciente, essa autonomia não pode ser suprimida por uma vontade individual ou interesse de terceiro em face do paciente. Devendo haver, além de tudo, uma clara compreensão daquilo que o paciente realmente almeja.

Outro princípio que se enquadra no presente estudo é o “princípio de justiça”⁴⁷:

Refere-se ao meio e fim pelo qual se deve dar toda intervenção biomédica, isto é, maximizar os benefícios com o “mínimo custo”. Neste “mínimo custo”, devem ser abrangidos não apenas os aspectos financeiros, que quando bem equacionados permitem a igualdade de acesso aos serviços de saúde, mas também os custos sociais emocionais e físicos. Ou seja, justa é a internação médica que leva em conta os valores do paciente, bem como sua capacidade de deliberação e unidade psicofísica. (SÁ, 2015, p. 37).

Para que o paciente não sofra de maneira desnecessária, além do mais, não se pode esquecer o bem estar físico e mental do paciente. É uma forma de evitar desgastes,

⁴⁶A autonomia privada será tratada de maneira mais específica mais adiante na presente pesquisa.

⁴⁷É normalmente interpretado através da visão da justiça distributiva. A perspectiva da justiça compensatória não é muito utilizada pelos diferentes autores da área da Bioética, especialmente os anglo-saxões. GOLDIM, José Roberto. Princípio de Justiça. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

seja por parte do paciente, seja dos cofres públicos evitando gastos desnecessários. No entanto, é preciso tomar certo cuidado quando se fala em evitar gastos públicos, pois se pode querer começar a sucatear a saúde, ou seja, começar a ver saúde como algo que somente traz custos ao Estado, procurando de maneira insistente evitar investimentos na mesma, acreditando-se que seja desnecessário.

Ademais, o princípio de justiça traz uma preocupação muito tenaz com o indivíduo onde:

coloca como imprescritíveis alguns direitos individuais e sociais, que poderiam ser assim elencados: liberdade de pensamento, liberdade de consciência, que possibilitam a tomada de decisões por parte dos indivíduos; liberdade de rendas e de riquezas, bem como de livre escolha de ocupações; e condições sociais para o respeito a todo indivíduo como pessoa moral. (SÁ, 2015, p. 38).

A otimização dos gastos, quando mencionado no princípio da justiça, não versa apenas em relação aos gastos públicos, mas, também, em relação aos gastos que o paciente e os familiares podem ter com o tratamento. Procura-se um senso de justiça do indivíduo, ou seja, o que ele considera que seja justo e correto ser feito consigo e com a sua saúde, tendo em vista os seus valores morais, éticos, religiosos, entre outros.

Sem contar que, devido aos avanços tecnológicos, fica a cada dia mais difícil para pacientes terminais buscarem manter sua dignidade frente aos procedimentos invasivos, que são contrários aos seus interesses. Nesse sentido:

o paciente (consciente e capaz) sempre deverá ter respeitado o seu direito de recusar tratamentos e intervenções (excetuando-se situações completamente extraordinárias), cabendo ao médico o dever de fornecer-lhe uma informação completa acerca de sua condição clínica e dos possíveis riscos e benefícios trazidos por determinada terapia. (MÖLLER, 2012, p. 55).

Cabe reforçar que, atualmente, assim como a eutanásia/ortotanásia os cuidados paliativos também se encontram num limbo, pois ora podem ser vistos como procedimentos ordinários, ora como extraordinários e ainda, em algumas hipóteses, apenas como tratamento de pessoas em estágio terminal de vida.

Tem-se além do princípio da autonomia privada e do princípio da justiça o princípio da beneficência ou da não-maleficência. O princípio da beneficência faz com que “o profissional da saúde ou biólogo o dever de dirigir esforços no sentido de beneficiar o ser pesquisado. Beneficência vem do latim *bonumfacere*, literalmente fazer o bem”. (SÁ, 2015, p. 35).

Acredita-se que inicialmente esse termo tenha surgido para defender os animais e o próprio ser humano de pesquisas científicas, mas com o passar do tempo e os avanços tecnológicos tais conceitos começaram a ser aplicados também para os pacientes que se encontram enfermos. (SÁ, 2015). Tal princípio objetiva que o bem seja feito a todos os pacientes, sem olhar quem será atingido.

É por tal razão que os códigos de ética médicos sempre procuram dar ênfase a beneficência e a não-maleficência, para que em hipótese alguma o paciente seja prejudicado.

No entanto, apesar de existirem os princípios acima elencados que buscam a defesa do paciente e de seus interesses, há um aspecto que muitas vezes é mais forte que esses princípios, que faz com que os médicos e profissionais da saúde não sigam os interesses do paciente, que é o paternalismo exacerbado⁴⁸.

Assim, possivelmente, terá dois aspectos contrários e um a favor para uma tomada de decisão. Terá contra si a falta de positividade em relação ao assunto e, em alguns casos o paternalismo, e a seu favor a beneficência e interesse do paciente. No entanto, no momento em que esses pontos forem confrontados, muitas vezes será mais fácil e tranquilo para o médico ou profissional da saúde tomar uma decisão com base no que está positivado ou não, do que de acordo com o princípio da beneficência ou do interesse do paciente.

Havendo eventual questionamento sobre o porquê da tomada de uma decisão ao invés de outra, será mais fácil de justificar a utilização de um procedimento lógico e cabível ao caso, do que justificar que adotou tal procedimento em face do interesse do paciente.

Nesse sentido, é possível mencionar o princípio da precaução, que pode ser entendido como uma limitação profissional à ação do especialista, que deve adotar as medidas de precaução em caso de eventual risco de dano grave e irreversível. (SÁ, 2015).

Pode existir certo paternalismo na área médica, por alguns profissionais da área médica, muitas vezes, por crenças pessoais ou até mesmo por juramentos profissionais. Contudo é preciso que a conduta médica a ser tomada deva estar de acordo com o

⁴⁸Que pode acabar por representar um sério perigo para o paciente, pois a autonomia do paciente pode ser violada por alguma atitude de um profissional da saúde. Ainda, o princípio da beneficência sendo visto como um princípio absoluto pode assim como o paternalismo forte gerar riscos a autonomia do paciente. Apesar de que nem mesmo a autonomia da vontade pode ser vista como um princípio absoluto. (MÖLLER, 2012).

consentimento do paciente. É necessário dar ao ser humano uma maior autonomia frente às novas dimensões de justiça. (SÁ, 2015).

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo fundamental pode ser entendido como algo muito relevante de suma importância, ainda, tem-se como algo primordial. Acredita-se que seja oriundo de longa data:

a maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a.C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval. (DIMOULIS, 2007 p. 24).

A complexidade no entendimento e aplicação dos direitos fundamentais se deve, principalmente, aos avanços sociais. Existem inúmeras divergências em relação àquilo que possa vir a ser considerado um direito fundamental⁴⁹.

Podem ser considerados,

em sentido próprio são, essencialmente, direitos do homem individual e livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo de caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de garantias diversas com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (SCHÄFER, 2001, p. 26).

Percebe-se que os direitos fundamentais foram, inicialmente, criados para proteger o indivíduo do Estado⁵⁰. Quanto ao Estado,

a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Por esse motivo, cada direito fundamental constitui, na definição do constitucionalista alemão Georg Jellinek (1851 - 1911), um “direito público subjetivo”, isto é, um direito individual que vincula o Estado. (DIMOULIS, 2007 p. 63).

Os direitos fundamentais podem agir de duas formas, quais sejam: “garantem a autonomia da esfera individual e, ao mesmo tempo, descrevem situações nas quais um determinado tipo de contato é obrigatório.” (DIMOULIS, 2007, p. 64). Contato no

⁴⁹Direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (DIMOULIS, 2007 p. 54).

⁵⁰Esta definição permite uma primeira orientação na matéria ao indicar alguns elementos básicos, a saber: (a) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado); (b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); c) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal. (DIMOULIS, 2007 p. 54).

sentido de que o Estado não pode se eximir de garantir ao indivíduo seus direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais tomaram proporção, principalmente, na esfera privada,

no cerne do direito à vida privada se encontra a própria independência do homem livre perante o Estado, como bem revela o significado da sua matriz etimológica, o termo *privatus*: “fora do Estado, pertence a pessoa ou ao indivíduo mesmo”. Ao lado do sentido geral da independência perante o Estado que dará ensejo no futuro à consideração do direito à vida privada como autonomia, vale dizer, como um direito exclusivo de tomar decisões sobre assuntos íntimos ou existenciais, podemos identificar, já nas primeiras Declarações de Direitos, princípios que se revelarão corolários ou até garantias dessa mesma independência: a) a inviolabilidade da pessoa; b) a inviolabilidade da casa; c) a inviolabilidade das correspondências. (SAMPAIO, 1998, p. 34).

Adiante se percebeu que os direitos fundamentais não eram apenas necessários para proteger o indivíduo do Estado, tal necessidade era muito maior. Os direitos fundamentais também eram imprescindíveis para proteger o próprio indivíduo dos demais.

Os direitos individuais tratam dos direitos do indivíduo como pessoa civil e estes, por sinal, estão preconizados na Constituição Federal de 1988. Dentre esses direitos, cabe destacar a liberdade, qual seja: a liberdade do indivíduo realizar suas próprias escolhas e tomar suas decisões de acordo com seus interesses. Nesse caso, é possível mencionar a liberdade de fazer opções sobre a alimentação, estilo de vida, inclusive de dispor do corpo como e quando bem entender, desde que possua capacidade legal para tanto.

Aos direitos fundamentais são atribuídas algumas características. José Afonso da Silva atribui quatro características, quais sejam: historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade.

A historicidade pode ser entendida como aspectos

históricos como qualquer direito. Nasce, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas. (SILVA, 2005, p. 181).

A historicidade pode ser vista como as modificações pelos quais os direitos fundamentais passaram através das sociedades, ou seja, alguns direitos fundamentais continuam os mesmos por vários anos, outros desaparecem e surgiram novos, ainda,

outros, simplesmente se modificam ou o entendimento/interpretação sobre estes divergiu, da inicial, quando da sua criação.

A inalienabilidade quer dizer que “são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis”. (SILVA, 2005, p. 181). Em relação à inalienabilidade, é possível afirmar que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa, ou seja, não podem ser vendidos ou transferidos para terceiros.

Quanto à irrenunciabilidade, que dizer que “não se renunciam os direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite que sejam renunciados.” (SILVA, 2005, p. 181). Menciona-se a irrenunciabilidade, em que os direitos fundamentais não podem ser renunciados em hipótese alguma. Esses direitos podem até não ser aplicados para uma determinada pessoa, no entanto, não é possível que essa pessoa os renuncie.

Em relação à imprescritibilidade, trata-se do

exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos no ordenamento jurídico. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coactando a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se não sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição. (SILVA, 2005, p. 181).

Apesar de grande parte dos direitos possuírem um período para prescreverem, o mesmo não ocorre com os direitos fundamentais, pois esses são imprescritíveis. Sendo assim, passado o tempo que for, a pessoa terá seus direitos fundamentais assegurados.

Existem diversos direitos fundamentais e esses podem ser aprofundados de forma ampla e abrangente, porém, no decorrer da presente pesquisa, serão abordados apenas alguns desses direitos que constam no artigo 5º⁵¹ da Constituição Federal.

⁵¹ 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:

(...)

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; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Os direitos fundamentais devem propiciar, ao indivíduo, uma vida livre, autônoma, garantindo-lhe privacidade e bem-estar. Além disso, assegura-lhe que poderá fazer suas próprias escolhas livre de qualquer coação ou punição, desde que não prejudique ou infrinja direito de terceiros. Ainda, deve ser proporcionada à pessoa uma vida digna e, no momento em que essa pessoa entender que sua vida não é mais digna, e, ao mesmo tempo, estar ciente de que sua imagem construída e zelada será comprometida, deve-lhe ser proporcionada a possibilidade de uma morte digna.

3.1 Dignidade da pessoa humana

A preocupação com a dignidade da pessoa humana não é algo recente, desde os primórdios foram criadas leis com o objetivo de ampará-la, como por exemplo: Códigos de Hammurabi (Babilônia e Assíria); Manu (Índia) e nas Leis das XII Tábuas (Itália Meridional), entre outros. Apesar de serem pouco complexas e, por vezes, produzirem efeitos duvidosos à realidade atual, foram as primeiras expressões de defesa da dignidade do indivíduo.

É possível traçar essa ideia e preocupação com o legado grego à civilização ocidental⁵², percebe-se que a dignidade da pessoa humana também está envolvida em todo um contexto histórico⁵³.

É necessário que o ser humano possua autonomia para tomar suas decisões, mas, antes de-lhe ser garantida essa autonomia, é necessário que-lhe sejam garantidos outros direitos, que, na sua grande maioria, são inerentes ao seu ser. Mas para esse princípio

⁵²O legado grego à civilização ocidental: a ideia de que a Natureza opera obedecendo a leis e princípios necessários e universais, os quais podem ser plenamente conhecidos pelo nosso pensamento; a ideia de que nosso pensamento também opera obedecendo a leis, regras e normas universais e necessárias, o que nos permite distinguir o verdadeiro do falso; a ideia de que as práticas humanas (a moral, a política, as técnicas e as artes) dependem da vontade livre, da deliberação e discussão segundo, segundo valores e padrões estabelecidos pelos próprios seres humanos; a ideia de que os acontecimentos naturais e humanos são necessários, porque obedecem leis naturais ou de natureza humana, mas também podem ser contingentes ou acidentais quando dependem das escolhas humanas; a ideia de que os seres humanos aspiram ao conhecimento verdadeiro, à felicidade, à justiça, ou seja, a valores que dão sentido às suas vidas e às suas ações. (MARTINS, 2008, p. 21).

⁵³Já se fazia presente no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa titular de uma pretensão a que-lhe seja concedida dignidade. Assim, compreendida como qualidade inerente irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que-lhe é inerente. Ainda nessa linha de entendimento houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa “o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível”. (SARLET, 2010, p. 49/50).

não ser distorcido ou perder o seu sentido,⁵⁴ é preciso muito cuidado e precaução, pois houve muitos avanços e conquistas alcançadas no campo dos direitos humanos,

as vicissitudes e as constantes crises e guerras a que são submetidos diferentes povos e nações revelam que o processo de afirmação do homem como pessoa portadora de valores éticos insuprimíveis, tais como a dignidade, a autonomia, a liberdade, exigem uma constante vigilância. Talvez por isso a filosofia dos valores seja hoje disciplina que se expande e impulsiona a axiologia jurídica. (FARIAS, 2008, p. 54).

Apesar do fascismo e do nazismo terem sido extinguidos, sempre acabam por surgir novas ideologias, com nomes diferentes, mas com objetivos semelhantes. Essas novas ideologias podem colocar novamente a liberdade e a dignidade da pessoa humana em risco.

O princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁵ pode ser considerado um dos princípios de maior relevância para o ser humano, podendo ser conceituado da seguinte forma:

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual. (FARIAS, 2000, p. 63).

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal define dignidade em

sua concepção por meio de sua fórmula acerca da natureza humana. Segundo essa fórmula, a norma da dignidade da pessoa humana está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade. (ALEXY, 2008, p. 356).

O princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁶ está diretamente ligado com os direitos fundamentais, é por essa razão que “se torna necessário identificar a dignidade

⁵⁴Para a dignidade da pessoa humana aplica-se a noção referida por Bernard Edelman, de que qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido. (SARLET, 2010, p. 31).

⁵⁵O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual. Por exemplo, a exigência humana “da integridade física, da identidade pessoal, da honra, da intimidade, da saúde, da exigência de habitação”. A sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa no sentido da pessoa humana não ser ofendida ou humilhada e quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. (FARIAS, 2008, p. 61).

da pessoa como uma razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana.” (NUNES, 2010, p. 62). Uma das características mais fortes e marcantes da dignidade da pessoa humana é o fato de

sobrelevar em importância e significado é que ele assegura um mínimo de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados por natureza de igual dignidade e têm direito a levar uma vida digna de seres humanos. Vale dizer: o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que aquela pertença. (FARIAS, 2008, p. 58).

O princípio da dignidade da pessoa humana teve uma forte influência da filosofia. Pode-se dizer que a filosofia grega contribuiu no que tange à dignidade da pessoa humana, no sentido de racionalizar do pensamento e do agir humano. (MARTINS, 2008).

A dignidade pode atender a dois aspectos distintos análogos⁵⁷, assim pode ser vista como uma condição justa ou normal, aplicando-se à pessoa humana pode ser entendida como uma condição de respeito, ou ainda, uma condição humanitária pela qual a pessoa está ou se encontra submetida. Trata-se de uma condição em que a pessoa não é rebaixada ou explorada em face de outros, mantendo-se o mínimo e necessário humanismo possível para viver. Sendo que é viável sua tradução jurídica⁵⁸.

Pode significar também: qualidade moral que infunde respeito, consciência do próprio valor, honra, autoridade, nobreza, entre outros. Além disso, é derivada do verbo dignificar, que é do termo dignificação, tornar digno. Assim, a dignidade de vida sempre instigará a atenção de muitos, pois não se apresenta de maneira única, tendo em vista a multiplicidade de valores culturais, religiosos e éticos desenvolvidos nas sociedades plurais e democráticas. (SÁ, 2015).

Entende o Supremo Tribunal de Justiça que “a vida deve ser vivida com dignidade. Definido o seu início (tecnicamente pelo STF), não se pode deixar de considerar o sentimento de cada um. A decisão individual terá que ser respeitada”. (LENZA, 2012, p. 973).

⁵⁶O princípio da dignidade da pessoa humana permite ainda a referência a um sistema de direitos fundamentais. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação desses direitos, pois o pensamento sistêmico ilumina ou reforça o entendimento de direitos em particular, bem como favorece a articulação destes com outros. Em consequência, consolida-se a força normativa dos direitos fundamentais e a sua magna proteção da pessoa humana. (FARIAS, 2008, p. 168).

⁵⁷Aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna. (NUNES, 2010, p. 64).

⁵⁸Pelo eminente princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Este significa a objetivação em forma de proposição jurídica do valor da dignidade do homem. (FARIAS, 2008, p. 58).

Por essas e outras razões

a pessoa humana é hoje considerada como o mais eminente de todos os valores porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais valores. Representa a fonte principal de enriquecimento e de dinamismo da sociedade (FARIAS, 2008, p. 55).

A dignidade da pessoa humana⁵⁹ já está presente no primeiro⁶⁰ artigo da Constituição Federal, no título dos princípios fundamentais, deixando evidente a sua importância⁶¹.

Percebe-se que a dignidade da pessoa humana⁶² é relevante, pois além de constar em inúmeros tratados internacionais, está elencada entre os cinco principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. Tendo, assim, um destaque especial na Carta Magna.

Esse princípio é um dos grandes responsáveis por conferir à pessoa valor⁶³. Nesse sentido,

a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações

⁵⁹ Nosso ordenamento jurídico-positivo, o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional explícito, consagrado no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, primeiro texto constitucional a reconhecer expressamente o princípio em tela. (FARIAS, 2008, p. 167).

⁶⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁶¹ Como o mais importante princípio Constitucional é o da dignidade da pessoa humana, é ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios, e, via de consequência, é nela – dignidade – que a proporcionalidade se inicia de aplicar. (NUNES, 2010, p.70).

⁶² O princípio da dignidade da pessoa humana constitui a fonte jurídico-positiva e propicia unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais, prescrito pelo título II da Constituição Federal vigente, traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Vale dizer: consoante expressa o nosso texto constitucional, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais ou coletivos, dos direitos sociais ou dos direitos políticos. (FARIAS, 2008, p. 168).

⁶³ É traduzido juridicamente pelo eminente princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Este assegura um mínimo de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados de igual dignidade, e o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que a mesma pertença. (FARIAS, 2008, p. 167).

desumanas ou degradantes, como também lhe garantido o direito de acesso a condições existências mínimas. (MARTINS, 2008, p. 127).

Para Dworkin, direito à dignidade pode ser entendido da seguinte forma,

“A expressão “direito à dignidade” é usada de muitas formas e em muitos sentidos na filosofia moral e política. Às vezes, por exemplo, significa o direito a viver em condições quaisquer que sejam, nas quais o amor próprio é possível ou pertinente. Aqui, porém, devemos examinar uma ideia mais limitada: a de que as pessoas têm o direito de não ser vítimas da indignidade, de não ser tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito. Toda sociedade civilizada tem padrões e convenções que definem essas indignidades, que diferem conforme o lugar e a época em que se manifestam”. (DWORKIN, 2003, p. 333/334).

Com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 1º da Constituição Federal⁶⁴, promulga-se a ideia de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. (SARLET, 2010).

Apesar da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana ser, de certa forma, vulgarizado⁶⁵, sendo utilizado por vezes em decisões que não mereçam a menção do mesmo, esse continua sendo relevante dentro da sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem além da função de proteger a dignidade das pessoas em relação de terceiros, o objetivo de proteger o indivíduo frente ao poder estatal⁶⁶, apesar desse, também, poder ser considerado um terceiro.

A despeito de toda essa preocupação, o ser humano é muito complexo nas suas relações, razão pela qual a dignidade da pessoa humana acaba sendo violada,

⁶⁴A Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2010, p. 87).

⁶⁵O fato é que, cada vez mais, se encontram decisões dos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão. Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada como ofensiva (ou não) à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do órgão julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo mais para uma desvalorização e fragilização jurídico normativo do princípio do que para a sua maior eficácia e efetividade. (SARLET, 2010, p. 91/92).

⁶⁶O princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clémerson Cléve, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. (SARLET, 2010, p. 126).

muito embora no direito constitucional positivo pátrio o princípio da dignidade da pessoa humana não tenha sido formulado de modo tão enfático – já que não fez menção expressa alguma à sua inviolabilidade – outro não tem sido o entendimento majoritário, tal como já restou consignado. Mesmo assim, ninguém será capaz de negar que entre nós – e lamentavelmente cada vez mais – a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que de outros) é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida, seja pelo incremento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existências mínimas para uma vida com dignidade e, neste passo, de uma existência com sabor de humanidade. (SARLET, 2010, p. 144).

Em muitas circunstâncias, manter essa dignidade pode ser extremamente caro e desgastante, como é o caso de manter os presídios limpos e em condições que respeitem a dignidade, assim como manter demenciados limpos, fazendo com que seus direitos, a privacidade e, principalmente, a dignidade sejam garantidos. No entanto, é dever do Estado essa prestação. (DWORKIN, 2003).

Por isso, a dignidade deve ser respeitada, não podendo ser privada⁶⁷, exceto com a ressalva que não atinja ou prejudique a liberdade dignidade de terceiros. Por essa razão, a dignidade de todos deve ser preservada, inclusive de genocidas⁶⁸. O indivíduo ou pessoa estaria sendo violado caso houvesse a privação da dignidade. Já que muitos aspectos estão abrangidos⁶⁹ nesse princípio.

Apesar de tudo, o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser visto como um princípio absoluto⁷⁰, pois, caso fosse, seria muito mais complexa a vida em

⁶⁷Privar a pessoa humana de sua dignidade, quer por ação, quer por omissão, constitui afronta ao próprio Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira. Nesse contexto, percebemos que a própria legitimidade do sistema constitucional e do Estado Democrático de Direito por ele instituído passa necessariamente pela preservação e promoção da dignidade da pessoa humana. (MARTINS, 2008, p. 73/74).

⁶⁸Por exemplo, que os presos condenados, inclusive pelos crimes mais graves, têm direito à dignidade na punição que lhes for aplicada. Isso exige, pensamos hoje, que as celas sejam limpas, que eles não sejam torturados nem sofram abusos de qualquer espécie e que se lhes conceda ao menos um certo nível de privacidade. Algo semelhante costuma ser dito a respeito dos pacientes demenciados que se encontram sob os cuidados da comunidade. (DWORKIN, 2003, p. 334).

⁶⁹Engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e até mesmo a utilização da pessoa nas experiências científicas. Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes tome impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma responsável individualidade. (SARLET, 2010, p. 100/101).

⁷⁰Além disso, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um mandato de otimização que exige uma ponderação no momento de sua aplicação, isso facilita a vinculação dos interesses individuais com os da sociedade, tornando plausível a superação do individualismo e coletivismo, e a harmonização de ambos. (FARIAS, 2008, p. 63).

sociedade, ou seja, não haveria limites. A dignidade de cada pessoa poderia ir até onde ela entendesse⁷¹.

É necessário haver uma ponderação⁷² entre princípios, como forma de alisar com cautela qual princípio se aplica melhor a cada caso concreto, até mesmo como forma de não gerar conflitos.

Percebe-se que, além de haver uma dificuldade em cada espaço determinado de delimitar⁷³ e conceituar o direito à dignidade, esta pode ser vista de diferentes maneiras e formas nos mais diversos espaços.

A aplicação desse princípio, de maneira incontestável, acabaria por afetar certas pessoas de maneira negativa, tendo em vista que poderia ser aplicado em excesso para outras. Assim como boa parte dos princípios, trata-se de um princípio de difícil conceituação e delimitação. Possui-se, por vezes, uma grande dificuldade de utilizá-lo da forma mais adequada.

Propõe a pensar por qual razão acreditamos que a vida humana e a dignidade humana sejam importantes, seja pelo fato de considerarmos a espécie humana⁷⁴, ou pelo fato de enxergarmos em nossa vida algo de diferente e especial. “Em certo sentido, a dignidade, uma vez que diferentes gestos e tabus aos quais as sociedades recorrem para traçar limites entre desvantagem e indignidade.” (DWORKIN, 2003, p. 339). Percebe-se, ainda, mais uma dificuldade a ser considerada, qual seja: o que pode ser considerado digno ou indigno e o que pode ser considerado uma vantagem ou desvantagem. Em algumas oportunidades, pode haver o mero interesse de uma das partes em se beneficiar com alguma situação sem necessariamente ser um fato indigno.

⁷¹Cada pessoa tem o dever geral de sempre tratar os interesses como se fossem tão importantes quanto os próprios, e extraía desse dever geral o dever de sempre agir de modo a tornar mais rica à comunidade como um todo. (DWORKIN, 1999, p. 355).

⁷²De acordo com o jurista, político e filósofo romano Marco Túlio Cícero, é a natureza quem prescreve que o homem deve levar em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de também serem homens, razão pela qual todos estão sujeitos às mesmas leis naturais, de acordo com as quais é proibido que uns prejudiquem os outros, passagem na qual (como, de resto, encontrada em outros autores da época) se percebe a vinculação da noção de dignidade com a pretensão de respeito e consideração a que faz jus cada ser humano. (SARLET, 2010, p. 33).

⁷³O respeito próprio exigido por esse primeiro princípio da dignidade – implica um respeito paralelo pelas vidas de todos os seres humanos. Para me respeitar a mim próprio, tenho de considerar as vidas dos outros como tendo também importância objetiva. [...] Será que vejo a minha vida como objetivamente importante em virtude de alguma coisa especial em relação à minha vida, de maneira que, para mim, seria perfeitamente consistente não tratar as outras vidas como tendo o mesmo tipo de importância? Ou considero assim a minha vida porque penso que toda a vida humana é objetivamente importante? (DWORKIN, 2011, p. 263).

⁷⁴Dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no “ponto de Arquimedes do estado constitucional”. (SARLET, 2010, p. 87).

Trabalhar-se-á com a ideia de que não sejam cometidas indignidades contra as pessoas, ou seja, que esses indivíduos não levem uma vida que possa ser considerada indigna. Apesar dos diferentes entendimentos sobre o que é dignidade, é possível afirmar que, em boa parte do mundo, se saiba o que pode ser considerado digno. É necessário o reconhecimento da dignidade e não que ela receba elogios ou respeito, ou seja, é preciso que ela seja reconhecida para que seja aplicada no dia a dia (DWORKIN, 2003).

Recorre-se a ideias como condições mínimas de vida, como alimentação, saúde, vestuário, proteção, entre outros. Pode-se trazer as quatro passagens da Declaração Universal dos Direitos Humanos em que a dignidade está presente:

Considerando que o reconhecimento **da dignidade** inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...] Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, **na dignidade** e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; [...] Todos os seres humanos nascem livres e iguais **em dignidade** e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. [...] Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com **a dignidade** humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. (grifou-se) (DECLARAÇÃO, 1948).

Percebe-se que o termo dignidade é utilizado para demonstrar a importância da pessoa, e para que cada pessoa seja tratada como a mesma dignidade que as demais. É possível falar em uma igualdade de dignidades entre todos os indivíduos.

A dignidade pode adquirir um duplo significado⁷⁵. Em razão do princípio da dignidade da pessoa humana é que a tortura e a crueldade, de maneira geral são reprimidas no cenário internacional⁷⁶. Por exemplo, mesmo que uma pessoa tenha cometido inúmeras atrocidades dentro de uma sociedade sua integridade não pode ser violada.

O direito de liberdade e dignidade, no caso do incapacitado, não é limitado pela vontade humana, mas está restrito pelas forças naturais. Pode-se pensar, de certa forma,

⁷⁵Por influência no pensamento de Cícero, primeiro a ressaltar ambas as acepções – um duplo significado, visto que, por um lado o homem possui uma dignidade que decorre de sua posição mais alta da hierarquia da natureza, já que é o único ser racional entre os animais, o que lhes assegura uma posição especial no universo (sentido absoluto da dignidade), ao passo que, já em outro sentido, relativo, a dignidade está vinculada a posição social do indivíduo, posição esta que poderá ser alterada ao longo da sua existência. (SARLET, 2010, p. 34).

⁷⁶Tem-se como exemplo a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

que se proporcionássemos a morte dessa pessoa não estaríamos dando a ela uma liberdade e pondo fim a uma vida indigna? Já que, no presente, a pessoa não cometeu nenhum crime para continuar presa a uma cama por longos anos.

Não se questiona o fato da pessoa incapaz ser considerada pessoa ou de serem assegurados os seus direitos como a dignidade da pessoa humana, pois esses direitos são inerentes a qualquer pessoa, independentemente, do estado em que se encontre.

Numa análise mais minuciosa, “embora a dignidade seja diferente da beneficência nos sentidos para os quais chamamos atenção, seria incoerente negar a dignidade e, ao mesmo tempo, reconhecer os interesses críticos que ela confirma.” (DWORKIN, 2003, p. 340). Assim, caso se entenda que seja necessário a aplicabilidade da dignidade da pessoa humana na integralidade do seu conceito, não seria prudente aceitar que uma pessoa passe por muitos anos incapaz sem que sequer seja feita uma investigação para tentar compreender a vontade desse paciente. No momento em que é trabalhada a dignidade da pessoa humana em seu aspecto mais abrangente fica praticamente impossível não adentrar nesse tipo de análise.

É necessário se preocupar com a dignidade intrínseca do demenciado, pois esse já não possui mais condições metais de fazê-lo, assim, deve ser feito por terceiros caso não tenha manifestado uma última vontade⁷⁷.

Por isso, não basta apenas viver com dignidade, é necessário ser proporcionado ao indivíduo uma morte digna de acordo com suas crenças e convicções, podendo essa morte ser

num determinado lugar, rodeado pela família e reconciliado consigo mesmo. A prática da eutanásia ativa constitui uma forma de morrer que, em suas intenções, busca a dignidade de morrer, porém não tem patrimônio do que significa morrer dignamente. (PESSINI, 2004, p. 288).

Pode ser entendido, ainda, como morrer com sentido, dentro das expectativas que cada pessoa possui quanto à sua vida e a forma da sua morte, devendo ser ocasionado à pessoa o direito de morrer dignamente.

Existe uma grande preocupação para que essa dignidade não se perca, pois no momento em que algumas pessoas perdem a sua dignidade acabam por perder seu amor

⁷⁷Dignidade supõe o reconhecimento e o respeito aos interesses críticos da pessoa, ou seja, àqueles interesses cuja satisfação torna suas vidas genuinamente melhores, e que representam juízos críticos – e não apenas preferências e prazeres. (MÖLLER, 2012, p. 79).

próprio, passam a sentir desprezo, ódio e insignificância por si próprios, perdendo a auto-identidade, podendo, por vezes, cair num profundo e irreversível estado de depressão. (DWORKIN, 2003). Instaura-se a ausência de desenvolvimento da livre personalidade, personalidade que será trabalhada a partir de agora.

3.2 Direitos da personalidade

A personalidade pode ser considerada como

um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direitos e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente. (GOMES, 2007, p. 127).

O papel jurídico que o ser humano desempenha dentro da sociedade no momento em que lhe são garantidos os direitos de personalidade também lhe impõe limites, fazendo com que a personalidade e os direitos dos alheios sejam preservados. Essas normas regem os comportamentos humanos.

O principal “objetivo dos direitos da personalidade, é na realidade, os modos de ser físicos ou morais da pessoa, noutras palavras, os bens mais essenciais do ser humano.” (FARIAS, 2008, p. 119).

Os direitos da personalidade, assim como boa parte dos direitos, não foram criados e concretizados de uma hora para outra. Foi todo um processo de construção e concretização,

Na verdade, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram paulatinamente sendo perfilados primeiramente como direitos subjetivos da personalidade, com eficácia prevalente no âmbito inter privado para só mais tarde alcançar a estatura constitucional. (FARIAS, 2008, p. 118).

Os direitos à personalidade conseguiram alcançar estatura constitucional pelo fato da sociedade ter percebido sua importância. Trata-se da

classe dos direitos da personalidade é composta por aqueles direitos que constituem o mínimo necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da própria pessoa em si, como ente humano, existentes desde o nascimento. Em suma, os direitos da personalidade concedem um poder às pessoas para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades. (FARIAS, 2008, p. 119).

Os direitos de personalidade garantem condições mínimas para as pessoas terem garantidas para si e para terceiros condições mútuas de respeito. São direitos que, assim como os princípios constitucionais, regem os comportamentos da sociedade.

A ordem jurídica admite dois tipos de pessoas, quais sejam: “as pessoas naturais, também chamadas pessoas físicas, e as pessoas jurídicas, denominadas por Teixeira de Freitas, respectivamente, pessoas de exigência visível e de exigência ideal.” (GOMES, 2007, p. 127).

Na presente explanação será trabalhada apenas a pessoa física ou a pessoa natural, sendo irrelevante nesse caso a personalidade jurídica. Assim,

As pessoas naturais ou físicas são os seres humanos. Todo homem é pessoa. E, no entanto, na capacidade de ser titular de direitos e obrigações que a personalidade se mede, influenciando na capacidade de agir, não só o estado de agente, mas também certas qualidades jurídicas, como, por exemplo, a de empregado (qualificação profissional). (GOMES, 2007, p. 127).

Em que pese na antiguidade se tenha usado apenas o termo homem de maneira genérica, esse termo se refere a todos os seres humanos. A personalidade, além do nome, sobrenome, também aplica uma imagem a cada pessoa, dependendo das suas atitudes e atuações dentro da sociedade. Assim como o próprio ser humano traz consigo uma imagem de si mesmo.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos inerentes à própria pessoa, que não podem ser violados por terceiros. Podem ser entendidos como:

Aqueles que têm por objetivo os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos da personalidade a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os seus demais aspectos que protejam a sua personalidade do mundo. (SÁ, 2015, p. 53).

Os direitos da personalidade acabam por envolver uma série de outros direitos, como a honra, a dignidade, a intimidade, integridade física, psíquica, entre outros.

É possível destacar que uma das vantagens dos direitos à personalidade, que é a sua amplitude, pois atua de maneira subsidiária na falta de uma determinada legislação que verse sobre a personalidade em espécie, ou seja, o ser humano não dependerá de direitos especiais da personalidade podendo, assim, recorrer a um repositório modelo. (SÁ, 2015).

O “sujeito de direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres. É irrelevante que o direito, assim

constituído, sirva ao interesse de outra pessoa”. (GOMES, 2007, p. 128). É necessário que a lei ou a norma imponha ao sujeito direitos e deveres/obrigações.

Para ser considerado um sujeito de uma relação jurídica, é necessário “capacidade de ter e exercer direitos, bem como de contrair obrigações. Do contrário, a relação será nula se o incapaz não tiver legalmente representado, isto é, investido no poder de agir em seu lugar”. (GOMES, 2007, p. 128). É essencial que os sujeitos preencham requisitos de capacidade para poder pactuar entre eles obrigações. Caso um desses sujeitos não possua as capacidades legalmente dispostas, não poderá pactuar com outro sujeito. Quanto ao início⁷⁸ da personalidade civil, não há algo pacificado⁷⁹. Esse aspecto também é bastante discutido devido aos anencéfalos⁸⁰, principalmente no que tange eventual interrupção ou não da gravidez. Questiona-se,

a definição do direito de personalidade o alargamento do conceito jurídico de bem. Em direito, toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito constitui um bem, podendo figurar como objeto de relação jurídica, porque sua noção é histórica e não naturalística. Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial. (GOMES, 2007, p. 136).

Os direitos de personalidade realmente são muito importantes dentro da sociedade, mas cabe salientar que não se discutirá se devem ou não ser tratados de maneira especial.

É certo que os direitos de personalidade possuem características marcantes que os diferenciam dos demais direitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Entre essas características, é possível mencionar que são “absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” (GOMES, 2007, p. 137).

A vitalidade pode ser entendida como

a necessidade são caracteres que denotam seus traços distintivos. São necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos. Em consequência, jamais se perdem, enquanto viver o titular, sobrevivendo-lhe, em algumas espécies, a proteção legal. (GOMES, 2007, p. 138).

⁷⁸ Começa do nascimento com vida. Não basta o nascimento. É preciso que o concebido nasça vivo. Natimorto não adquire personalidade. Entende-se que alguém nasceu com vida quando respirou. Se viveu ou não é questão que só se resolve mediante perícia médico-legal. (GOMES, 2007, p. 129).

⁷⁹ Algumas legislações exigem outro requisito: a viabilidade do recém-nascido, isto é, a possibilidade fisiológica de vida, que pressupõe a existência de órgãos essenciais para o corpo humano. A tendência para abandonar essa exigência difunde-se nos códigos mais novos. (GOMES, 2007, p. 130).

⁸⁰ ADPF 54.

De maneira mais sucinta, quer dizer que o ser humano terá garantido os direitos personalíssimos enquanto viver. E mesmo após a morte lhe são garantidos direitos como a do corpo.

São considerados direitos à integridade física: “direito à vida; o direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas, compreendendo os direitos de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e perícia médica.” (GOMES, 2007, p. 138).

Os direitos à integridade física “adquiriram maior importância em virtude dos progressos da ciência, como, também, de novos hábitos e costumes que estão a modificar a mentalidade do homem comum.” (GOMES, 2007, p. 139). A integridade física ganhou uma atenção especial quando dos avanços tecnológicos, seja no sentido de que a integridade física poderia ser melhora, ou seja pelo fato de que ela poderia ser aniquilada em prol de interesses científicos ou de terceiros.

Já os direitos à integridade moral são: “o direito à honra; b) o direito à liberdade; c) o direito ao recato; d) o direito à imagem; e) o direito ao nome; f) o direito moral do autor.” (GOMES, 2007, p. 138). Os direitos à integridade moral condizem com a imagem e, até mesmo, com o estado de espírito da pessoa frente as situações pelas quais pode ser submetida.

Os direitos de personalidade visam à proteção da pessoa,

sendo evidente que o direito à vida não legitima o suicídio, apresentam-se como aspectos interessantes desse direito de personalidade os que resultam de relações jurídicas de natureza negocial que expõem uma das partes a riscos extremos. (GOMES, 2007, p. 139).

Em que pese o suicídio não seja legitimado, nada impede o indivíduo de cometê-lo, além dos mais, em caso de uma tentativa frustrada de suicídio, a pessoa não será punida por tal ato.

Tendo a pessoa a possibilidade de cometer suicídio⁸¹, não poderia a pessoa também optar pelo fim de sua vida quando entender adequado? Principalmente quando estiver passando por grande sofrimento e enfermo?

Não deixando a pessoa morrer, prolonga-lhe seu sofrimento e agonia. Sofrimento esse que não é só físico, mas, também, psicológico não estaria, assim, o ser

⁸¹Não compreende o direito à vida o de torná-la artificialmente mais suportável, ou mais agradável, à custa de estupefacientes, ou mesmo dos ataraxios, mas, embora se reconheça que afetam a personalidade, não há sanção civil para essa abusiva prática que se coíbe, entretanto, com a regulamentação da venda desses produtos e sua proibição. (GOMES, 2007, p. 139).

humano violando um direito personalíssimo? Apesar de que tal afirmativa possa parecer verdadeira, caso um terceiro cause a morte de uma pessoa estará incorrendo no crime de homicídio, mesmo que o enfermo peça pela sua morte.

Assim, “o consentimento no homicídio por compaixão não o legitima, precisamente porque o homem não tem o direito de dispor de sua vida. Os graves perigos que encerra a eutanásia têm levado as legislações em geral a repudiá-la.” (GOMES, 2007, p. 139). O perigo realmente existe, mas, devido esse perigo, deve o ser humano temer tal procedimento desconsiderando o interesse do acamado?

É possível, nesse sentido, fazer menção a violações que o indivíduo pode acabar sofrendo, por exemplo, em algumas oportunidades é tolerada a violação do corpo do indivíduo em prol de terceiros, como é o caso da doação de órgãos. Assim,

Desdobra-se a proteção desse direito em dois sentidos: a) contra os atentados procedentes de terceiros; b) contra o poder de disposição do próprio indivíduo. Permitida, em princípio, a separação de partes de corpo para o fim de disposição, tornam-se lícitos, em tese, os negócios jurídicos que os tomem como objeto. Há entretanto, limites ao poder de disposição. Primeiramente, não é lícita a que importa diminuição permanente da integridade física. Em segundo lugar, não se reconhece validade ao contrato atentatório da dignidade humana. O aleitamento por ama de leite e doação de sangue por transfusão são tranquilamente admitidos. Toleram-se, sem repugnância, a venda de cabelos e outras partes separáveis do corpo humano, ainda quando não se justifiquem por interesse superior. Não se legitimam, porém, os transplantes homoplásticos, nem mesmo quando se trata de órgãos gêmeos e se fazem por gesto de heroísmo ou abnegação. De regra, é proibida a extração anatômica em vida, mas, excepcionalmente, há de ser permitida, respeitados limites que somente podem ser traçados à luz do caso concreto. Assim o transplante de córneas para recuperação de vista tem sido admitido em circunstâncias excepcionabilíssimas. E o de coração ou de rim. (GOMES, 2007, p. 140).

Preserva-se o ser humano em relação a alguns procedimentos, no entanto, outros são tolerados. Se em alguns casos é permitida a violação para beneficiar terceiros, não deveria também ser tolerada ao ser humano uma morte digna, quando este tiver tal interesse? Ademais, o fato de buscar uma morte digna não prejudica terceiros.

Não proporcionando ao ser humano uma morte digna, a qual deseja, poderia se cogitar que está sendo violada uma convicção íntima. Apesar da intimidade poder ser vista de uma maneira mais ampla,

Preserva-se a intimidade da indiscrição alheia. Está reconhecido, por outras palavras, como direito de personalidade, o direito ao recato, pelo qual se protege o indivíduo contra intrusões de outros na esfera personalíssima que lhe é reservada. Sagrado é o âmbito da vida íntima de cada pessoa observando Santamaria que quanto mais se acentua a obsessão espamódica da indiscrição, da curiosidade e da investigação do público, tanto mais se

ergue esquivo o senso cuidadoso da imunidade de toda a ofensa à intimidade da vida privada. Não se delimita, no entanto, a extensão do direito ao recato. Define-se conforme a natureza do caso e a condição das pessoas. Trata-se, como reconhece Allara, de uma categoria de conteúdo vago na qual se incluem o direito à imagem e o direito do segredo epistolar, telegráfico e telefônico. (GOMES, 2007, p. 141).

A convicção íntima estaria sendo violada juntamente com a liberdade de escolha e a autonomia. Essas limitações pelas quais o homem está sujeito se devem pelo

princípio de que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil sofre, em relação a cada qual, limitações impostas pela própria ordem jurídica, em atenção a interesses que resguarda. O exercício dos direitos não é permitido senão aos que preenchem certas condições: as pessoas capazes e legitimadas. (GOMES, 2007, p. 149).

Essas limitações serão vistas com mais profundidade no decorrer do presente trabalho, atentara-se, agora, a fatores mais voltados aos direitos personalíssimos.

Em que pese os direitos à personalidade parecerem algo tão primordial, apenas ganharam positividade no Brasil no Código Civil de 2002, em que são trabalhados do art. 11 ao 22. É possível dar um destaque especial ao art. 11⁸².

O artigo 11, do Código Civil brasileiro, menciona como características marcantes, nos direitos personalíssimos, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, no entanto, a doutrina expandiu esse rol de características. Podem ser entendidas como características dos direitos da personalidade: absolutos; necessários; vitalícios; intransmissíveis; irrenunciáveis; extrapatrimoniais; imprescritíveis e impenhoráveis.

Na característica absoluta, não se trata de serem desprovidos de limites, mas sim no sentido que são absolutos no sentido que são oponíveis e que valham para todos, independente de condição, sendo assegurados a coletividade indistintamente; necessários: trata-se do fato de serem essenciais para a manutenção da dignidade da pessoa humana e para a harmonia e respeito entre os seres humanos; vitalícios: é o fato do direito da personalidade acompanhar o indivíduo por toda a sua vida, ou seja, desde a sua aquisição até a morte. Existem célebres discussões em relação a qual momento inicia os direitos da personalidade, mas não cabe ao caso concreto analisar esse mérito. (SÁ, 2015).

Ainda, tem-se a característica da intransmissibilidade: é o fato de não poderem ser transmitidos de uma pessoa para outra, sendo que uma pessoa não pode ser colocada

⁸²Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. BRASIL. **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: 08 de dez. de 2015.

no lugar da outra para fins de consideração dos direitos de personalidade. Em caso de morte, não há uma transmissão desses direitos, eles simplesmente desaparecem; irrenunciáveis: não existe a possibilidade de uma pessoa querer renunciar a tal direito. Trata-se de um direito do titular independentemente da sua vontade ou interesse; extrapatrimoniais: trata-se da peculiaridade de não ser possível aferir qualquer valor econômico ou financeiro aos mesmos; imprescritíveis: é impossível que esses direitos prescrevam por qualquer hipótese, mesmo que não sejam usados; impenhoráveis: trata-se do fato de não serem passíveis de qualquer tipo de penhora, mesmo as judiciais. (SÁ, 2015).

É possível fazer uma diferença entre renúncia da titularidade e renunciabilidade do exercício dos direitos da personalidade. Renunciar à titularidade seria a perda definitiva do direito em questão, devido à sua essencialidade, podendo acarretar a ausência de significado da personalidade. Já a renúncia do exercício integra a prática da autonomia privada, poderia ser considerado a renúncia ao direito de falar (voto de silêncio). (SÁ, 2015).

O artigo 12⁸³ do Código Civil brasileiro garante ao indivíduo o direito à reparação em caso de eventual infração ao seu direito personalíssimo. Sabe-se que essa reparação dificilmente colocará a pessoa ao status *quo* que se encontrava antes de sofrer o dano, sendo apenas uma mera forma alento para aquilo que foi infringido ou denegrido

O artigo 13⁸⁴ do Código Civil pode ser considerado um dos artigos mais importantes quando se trata da disposição do próprio corpo, versando sobre a integridade física do indivíduo. Trata-se do artigo que traz ao indivíduo a sua defesa e, principalmente, a defesa do próprio corpo em relação a procedimentos invasivos da área médica. É importante destacar que traz, também, a ideia de não poder contrariar os bons costumes, sendo que esses bons costumes poderiam ser considerados intrínsecos ao indivíduo.

⁸³ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. BRASIL. **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: 08 de dez. de 2015.

⁸⁴ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. BRASIL. **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: 08 de dez. de 2015.

De acordo com esse artigo, seria possível presumir que um indivíduo não pode ser mantido em uma cama ou em uma UTI de um hospital ligado a aparelhos, sendo que não é de seu interesse estar ligado a aparelhos e sim preterir a morte caso fique nesse estado de saúde, ou ainda, submeter-se a um procedimento cirúrgico que não queira.

Tem-se, também, nesse âmbito, o artigo 14⁸⁵, do Código Civil, como forma de proporcionar a pesquisa científica através do organismo da pessoa. É possível perceber que essa disposição deve ser feita de maneira gratuita e em conformidade com o interesse da pessoa, ou seja, não é possível utilizar o corpo de uma pessoa para fins de pesquisas sem que ela o tenha autorizado em vida.

Ao ser humano são garantidos os direitos personalíssimos e da disposição ao próprio corpo mesmo após a morte, inclusive o Código Penal possui um capítulo específico que versa sobre crimes contra o respeito aos mortos. Além do mais, o ser humano pode revogar tal disposição a qualquer momento em vida. Conforme dispositivos trazidos, é garantida à pessoa o direito de dispor do próprio corpo como bem entender, assim como poder se negar a se submeter a determinado tratamento ou procedimento médico.

Os fatos que, muitas vezes, ocorrem depois da morte do indivíduo não são tão relevantes para a sociedade num todo como aqueles que ocorrem em vida. Por exemplo, o fato de doar órgãos e tecidos, basta a manifestação em um documento público ou o interesse de familiares, em que pese no momento da criação a lei tenha gerado várias discussões, hoje se trata de algo praticamente pacificado.

Já o fato de uma pessoa não querer se submeter a um determinado tratamento em vida e preferir morrer não se enquadraria numa mesma linha de raciocínio? Apesar de uma analogia um pouco forçada e de casos distintos em ambos estão em jogo a autonomia privada. O problema é que uma dessas decisões pode infringir na vida de uma pessoa, já a outra não, ela vai interferir, no máximo na vida de outras pessoas que poderiam receber órgãos ou tecidos e no cadáver do falecido.

Embora seja a mesma autonomia privada de escolha, as decisões podem dar resultados bem diferentes. Poderia existir uma diferença entre as autonomias nesses dois exemplos?

⁸⁵Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. BRASIL. **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: 08 de dez. de 2015.

O artigo 15 traz esse aspecto, mas tendo em vista um risco de vida, que não estará presente em todos os casos. Segue o dispositivo: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”⁸⁶ Trata-se de um dispositivo que procura salvaguardar o indivíduo de eventual procedimento que lhe possa gerar risco de vida.

Podem ser elencados, ainda, os artigos “16 ao 21”⁸⁷ do Código Civil brasileiro. Percebe-se por esses artigos que os direitos da personalidade têm uma significativa relevância na sociedade, pois o nome da pessoa, na maioria das vezes, está vinculado a um caráter, a uma forma ou estilo de comportamento, que a pessoa muitas vezes preza e valoriza.

De maneira resumida, no artigo 16 do Código Civil se reforça o direito ao prenome (nome) e sobrenome à pessoa. Nos artigos 17, 18, 19 são reforçados os direitos dessa pessoa principalmente em face de atitudes de terceiros que possam macular ou usar indevidamente essa imagem, bem como garantem ao indivíduo um pseudônimo, com o qual se sinta identificado ou bem.

Já os artigos 20 e 21, corroboram que os direitos à personalidade apenas podem ser infringidos ou violados em casos extremos e que necessitam de uma justificativa relevante legal para o mesmo, pois a vida privada do indivíduo é vista como algo sagrado. As pessoas prezam muito o seu nome, pois esse nome se dirige a comportamentos e valores dentro da sociedade.

Tendo em vista essas características dos direitos da personalidade, é possível afirmar que o ser humano deve ser livre e autônomo para escolher a forma que deseja exercer esses direitos de personalidade. Por exemplo, uma pessoa pode preferir dar um

⁸⁶BRASIL. **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: 08 de dez. de 2015.

⁸⁷Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. BRASIL. **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: 08 de dez. de 2015.

fim à sua vida ao invés de ficar em estado vegetativo e acamado por um longo período, pois trata-se de um direito personalíssimo.

3.3 Capacidade civil e disposição do próprio corpo

Capacidade⁸⁸ pode ser entendida como uma condição de realizar algo, essa condição pode variar de acordo com aquilo que é almejado fazer. Ainda, trata-se da aptidão e competência para realizar algum ato ou tarefa.

Existem limitações que servem como forma de regradar os comportamentos humanos. Caso essas restrições não existissem, a sociedade poderia viver num caos sem fim. Essas regras ou limitações se aplicam de maneira direta às pessoas capazes⁸⁹. Há dois tipos de capacidade, “a capacidade de direito da capacidade de fato. Em seguida, relacionar as causas que limitam a capacidade de fato e, finalmente, verificar a gradação das limitações.” (GOMES, 2007, p. 149).

Essa distinção se deve ao fato da “necessidade de restringir a capacidade para o exercício de direitos determinar o emprego de construções técnicas com o fim de possibilitá-lo em condições de segurança.” (GOMES, 2007, p. 149).

A distinção pode ser feita da seguinte forma:

O termo capacidade emprega-se em dois sentidos. No primeiro, com a mesma significação de personalidade. Chama-se, então, capacidade de direito ou de gozo. Para ter direitos de ordem civil, todo homem é capaz, porque pessoa. No segundo, é a aptidão para exercer direitos. Denomina-se capacidade de fato ou de exercício. Nem todos tem-na. Causas diversas restringem-na. (GOMES, 2007, p. 141).

É necessário analisar se essa capacidade pode ser exercida, de fato, por uma determinada pessoa. Em algumas oportunidades se faz certa confusão em relação a essas terminologias⁹⁰. Quando se menciona a falta de capacidade, fala-se em

⁸⁸ 1 Espaço interior de um corpo vazio. 2 Grandeza desse espaço (com relação ao que pode conter). 3 Aptidão, competência. 4 Talento. 5 Pessoa entendida. 6 Probidade. 7 Faculdade que torna apto. 8 Possibilidade legal. 9 capacidade elétrica: elétrica quociente entre a carga elétrica acumulada por um capacitor em relação à diferença de potencial. Dicionário Aurélio. Disponível em: <<http://dicionarioaurelio.com/capacidade>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

⁸⁹ O art. 3º, do Código Civil Brasileiro teve seus incisos revogados com a criação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Dessa forma, o discernimento não é mais utilizado como critério para comprovar a incapacidade absoluta. Na presente pesquisa será apresentado como a capacidade era vista antes das revogações de 2015.

⁹⁰ A capacidade de direito confunde-se hoje, hoje, com a personalidade porque toda pessoa é capaz de ter direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. Não obstante, admitem-se restrições de caráter especial. Há pessoas que são privadas do gozo de certos direitos. (...) A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-

limitações⁹¹ que determinadas pessoas possuem. Essas restrições, que são impostas a determinadas pessoas, não objetivam prejudicar estas, mas sim lhes proteger da sociedade, trazendo-lhes mais segurança. Nesse sentido,

A incapacidade para o exercício dos direitos consta de preceitos legais de ordem pública que abrem exceções à regra geral da capacidade. A lei priva da capacidade as pessoas que presume não tenham discernimento necessário para a prática de alguns ou de todos os atos jurídicos. A incapacidade não tem, desse modo, a mesma extensão. Ora se impõe à pessoa em relação a todos os direitos civis, ora a alguns ou ao modo de exercê-los. Divide-se consequentemente, em incapacidade absoluta e relativa. (GOMES, 2007, p. 153).

É importante destacar que o discernimento não é mais considerado um critério de percepção de incapacidade absoluta como se verá adiante, com o advento da alteração do Código Civil de 2002, ocorrido em 2015. No entanto, a incapacidade relativa e absoluta foi mantida, apenas sendo alterados seus critérios para consideração.

A incapacidade natural, assim como a absoluta, possivelmente passará por uma remodelagem, tendo em vista que o discernimento não será mais utilizado como critério, terá que ser analisado quais serão os critérios⁹² ou parâmetros legais a serem usados.

Uma das primeiras preocupações do legislador quando da criação do Código Civil de 2002, que é o Código vigente nos dias atuais, foi a preocupação em descrever a partir de que momento a pessoa passa a ter direitos e deveres perante o ordenamento jurídico, consequentemente, perante a sociedade, que é desde o momento da concepção.

Houve, ainda, logo após a preocupação com o marco da existência da pessoa na vida civil, uma preocupação secundária, a qual levando em conta o fato da pessoa existir na sociedade civil em que momentos essa personalidade poderia ser desconsiderada ou parcialmente considerada.

lo. Uma não concebe, portanto sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade. (GOMES, 2007, p. 150).

⁹¹As limitações da capacidade de fato prendem-se ao estado da pessoa. São de ordem física ou jurídica. Produzem incapacidade geral ou incapacidade parcial, e incapacidade absoluta e relativa. Ora impedem totalmente o exercício dos direitos, ora inabilitam a pessoa à prática de um ou vários atos jurídicos. A natureza da causa impeditiva influi no modo de suprir a incapacidade. (...) A noção de status coliga-se à capacidade. O status é uma qualidade jurídica decorrente de inserção de um sujeito numa categoria social, da qual deveriam, para este, direitos e deveres. (GOMES, 2007, p. 150).

⁹²O primeiro requisito é óbvio. Já o segundo representa uma singularidade na incapacidade natural de quem padece de enfermidade mental, eis que, em relação ao menor absolutamente incapaz, a anulação independe da prova de que o autor tenha sofrido dano. Se prejuízo não há, anulação não se consente. Quanto ao requisito de boa-fé da outra parte, justifica-se sua exigência porque, não estando declarada a incapacidade, o engano é plausível. Se a contraparte podia conhecer a alteração mental e não obstante celebra o contrato, a sua má-fé autoriza o incapaz a promover, por seu representante legal, o seu desfazimento. (GOMES, 2007, p. 154).

As possibilidades são apresentadas nos artigos 3º e 4º⁹³ do Código Civil, antes de 2015. O artigo 3º do Código Civil primava pela incapacidade absoluta⁹⁴, não se refere apenas ao exercício de direitos, mas

Priva também a pessoa do gozo dos direitos que somente a própria pessoa pode exercer, os quais, por sua natureza personalíssima, não comportam exercício por outrem, mediante representação. Tais são, dentre outros, o direito de casar, de testar e de reconhecer filho natural. A incapacidade relativa não afeta a aptidão para o gozo de direito, porque o exercício é sempre possível com assistência de outrem. (GOMES, 2007, p. 157).

A pessoa não é capaz de realizar atos mesmo que assistida por um representante legal. Já o mesmo não ocorre com a incapacidade relativa.

No que tange à velhice,⁹⁵ por si só, não pode ser considerado um fator de incapacidade. Assim, como a velhice, o fato de possuir alguma deficiência também não pode ser considerado um fato gerador de incapacidade absoluta. É necessário fator mais gravoso, “a deficiência de sentidos também pode ser causa de incapacidade absoluta. Em si não basta. É preciso que a pessoa não possa exprimir a vontade. O cego não é absolutamente incapaz. Não o é o surdo, nem o mudo.” (GOMES, 2007, p. 156).

Já a idade,⁹⁶ em alguns casos, é considerado fator determinante para a constatação da incapacidade. Existem algumas preocupações em relação à concessão da incapacidade para uma pessoa, principalmente no que tange à esfera legal,

⁹³Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial

BRASIL. **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: 08 de dez. de 2015.

⁹⁴Consiste na impossibilidade do exercício de atos da vida civil. Suas causas ligam-se ao estado individual da pessoa: a idade e a saúde. São absolutamente incapazes os menores de certa idade, os insanos mentais e os que não podem exprimir a vontade por defeito físico, como a surdo-mudez. (GOMES, 2007, p. 155).

⁹⁵A velhice não é causa de incapacidade. Também são absolutamente incapazes os doentes mentais, Privados da razão, não podem exercer, por si, os direitos que possuem. Pouco importa a natureza do processo patológico. Toda alteração grave das faculdades mentais determina incapacidade. Não é fácil nomeá-los com expressão inteiramente satisfatória. Preferível o emprego de perífrase como a de Rui Barbosa em emenda ao Código Civil. (GOMES, 2007, p. 155).

⁹⁶Até certa idade, presume-se que o homem não possui o discernimento indispensável ao exercício pessoal dos direitos. A determinação do limite no qual sua presunção não deve mais vigorar, varia nas legislações. Dois critérios podem ser adotados para a sua fixação: o filosófico e o social. Pelo primeiro,

Além das incapacidades absolutas decorrentes do estado pessoal do indivíduo considerado sob o ponto de vista da saúde, a ordem jurídica admite outras causas determinantes da supressão da capacidade. Tais são: a ausência e a condenação penal. Tanto o ausente como o condenado não podem exercer, por si, os atos da vida civil: o primeiro, porque seu desaparecimento do domicílio sem deixar representantes obriga à nomeação de pessoa que lhe administre os bens; segundo, porque a reclusão o impede de os exercer. Mas, tecnicamente, não se deve considerá-los incapazes. (GOMES, 2007, p. 156).

Existe uma preocupação legal muito no grande no sentido de que a pessoa não tente se livrar de uma obrigação ou uma punição alegando ser incapaz, seja absolutamente ou relativamente. Por essa razão, no momento de uma interdição, é necessária a apresentação de inúmeras certidões negativas do interditado, seja no âmbito civil ou no criminal.

O instituo da interdição⁹⁷ surgiu como forma de assegurar que o indivíduo e seus bens não sejam infringidos ou violados por terceiros, pelo fato do incapaz não possuir condições de geri-los como as demais pessoas. Por essa razão lhe é assegurada uma condição legal, qual seja a interdição⁹⁸.

Pode-se verificar no artigo 3º, do Código Civil, que existem, basicamente, três grupos que, apesar de possuírem direitos por serem pessoas, são considerados absolutamente incapazes de exercer alguns atos da vida civil, como é o caso dos menores de 16 anos, dos que não possuem o devido discernimento por enfermidade ou doença mental, ou ainda aquele que não puder exprimir a sua vontade.

Há um segundo grupo que possui uma incapacidade relativa, ou seja, não podem exercer alguns atos da vida civil, ou se, os exercerem, estarão condicionados a uma ou mais condições. Assim, “a incapacidade relativa atinge certos atos ou a maneira de exercê-los. Suas causas também se prendem ao estado individual encarado sob o ponto de vista da idade, do sexo, e da saúde”. (GOMES, 2007, p. 156). Conforme o próprio nome já diz, trata-se de uma incapacidade relativa, ou seja, o indivíduo não possui capacidade para realizar certos atos da vida civil.

a incapacidade absoluta deveria cessar com a puberdade. Pelo segundo, o que se leva em conta é a experiência dos negócios. Presume-se que o homem adquira ao atingir certa idade, em vista do seu desenvolvimento mental. Até essa idade deve ficar afastado da atividade jurídica. (GOMES, 2007, p. 155).

⁹⁷Para protegê-lo, a lei criou a medida de interdição, pela qual o insano mental é judicialmente declarado incapaz. No direito pátrio, não se conhece a inabilitação, pela qual se priva alguém da prática de atos que ultrapassam a administração ordinária dos bens, apenas. (GOMES, 2007, p. 155).

⁹⁸O sistema de proteção consiste na privação da incapacidade está se alargando para abranger pessoas que se entregam a certos vícios. Procura-se incluir entre os absolutamente incapazes os ébrios contumazes e os toxicômanos, pois o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes pode expor os viciados à ruína econômica e altera-lhes gravemente a saúde mental. (GOMES, 2007, p. 156).

A partir de 2015, com o advento da Lei nº. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)), as incapacidades começaram a ser vistas de maneira um pouco diversa nos artigos 3º e 4º⁹⁹.

É possível perceber que foi suprimida a disposição do art. 3º, do Código Civil, que mencionava que os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Pela disposição legal, é possível perceber que o discernimento e a incapacidade de exprimir a sua vontade não é mais considerado um fator que possa gerar incapacidade aos indivíduos. Cria-se, assim, uma grande preocupação.

Se antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência o fato de avaliar o discernimento trazia segurança para aquela pessoa, essa segurança de certa forma lhe foi retirada. Assim,

o que se acentua, por consequência, é que, embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha permitido colocar em destaque situação de promoção de igualdade formal a pessoas com deficiência, deixou de considerar, especialmente àqueles que apresentam déficit cognitivo relevante para a tomada de decisões em relação a atos da vida civil, critério consagrado na dogmática para fins de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade – como na hipótese do conceito de discernimento –, gerando, ao contrário do pretendido, insegurança jurídica. Uma situação de lacuna normativa que, caso não corrigida pela interpretação possível às cortes judiciais, permitirá, inclusive, desproporção de interpretação em relação a outras situações de vulnerabilidade que recebem proteção específica por meio de estatutos jurídicos próprios conforme a posição jurídica considerada – como na hipótese de idosos, crianças e adolescentes, consumidores. (CACHAPUZ, 2016, v. 4, p. 159/160)

Trata-se de uma disposição legal recente, ou seja, ainda não existem muitos julgados sobre o assunto, razão pela qual é possível trazer inúmeros aspectos para a discussão. Quanto à eutanásia/ortotanásia, poderia ser visto como uma forma de incentivar a posituação desses institutos, assim como de não positivá-los.

⁹⁹ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

BRASIL. 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: 18 de ago. de 2016.

Vejamos, com a supressão dos itens do art. 3º do Código Civil, pode ser lhe assegurado uma maior autonomia de escolha e de ação. Já, de outro lado, essa autonomia pode trazer ao próprio indivíduo insegurança. Pois

onde antes havia discernimento, hoje há igualdade material pressuposta sem qualquer condição prévia de investigação suficiente sobre a efetiva autonomia da pessoa no exame do caso concreto. Não há, para o caso, como não reconhecer que possa se ter pressuposto, filosoficamente, a adoção de um enfoque eminentemente funcionalista em relação à concepção de autonomia para as questões que envolvem capacidade da pessoa, na medida em que prestigiada uma ideia de igualdade formal e material entre os indivíduos ampla, em detrimento a uma ponderação necessária acerca de critérios claros para o estabelecimento das condições quanto à possibilidade de expressão da vontade própria. (CACHAPUZ, 2016, v. 4, p. 160/161).

Abre-se, desse modo, uma séria discussão em relação ao assunto. Seria essa a maneira mais adequada de tentar trazer igualdade para esses indivíduos? Essas igualdades serão benéficas ou maléficas a essas pessoas?

O Código Civil brasileiro objetiva confrontar comportamentos que beirem a má-fé¹⁰⁰, em que pese o Código Civil tenha criado mecanismos de defesa, principalmente, no presente caso para a pessoa. A pergunta que se faz é a seguinte: a partir de agora, sem o discernimento, como se saberá se o indivíduo possui capacidade ou não?

Criou-se uma subjetividade muito grande quanto aos critérios. Agora, resta esperar de que forma essas supressões serão interpretadas e julgadas, mas ressalta-se um risco ou perigo bem eminente, pois se trata, agora, de algo pouco palpável na esfera legal, abrindo possibilidade de inúmeros julgamentos e entendimentos sobre o tema.

¹⁰⁰ Observa-se, logo, que a má-fé se depreende das cláusulas do próprio contrato, do prejuízo causado ao incapaz e da própria tipologia do contrato. Quanto ao tratamento que lhe dispensa a lei, a incapacidade natural, muito embora se distinga dos vícios do consentimento porque diz respeito a capacidade de entender (que não pertence à esfera da vontade), pode, como estes, ser invocada como causa de anulação de contratos. (GOMES, 2007, p. 155).

4 AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DE LIBERDADE

O princípio da autonomia privada vem de uma época em que o Estado poderia interferir o mínimo possível na vida das pessoas. Assim, o Estado não tinha por objetivo proteger as pessoas, pois essas eram autônomas e tinham condições de se autorregular. (DADALTO, 2015).

O respeito pela autonomia pode ser visto como

o direito de saber e o direito de decidir; pelo direito de não ser abandonado; pelo direito a tratamento paliativo para amenizar seu sofrimento e sua dor; pelo direito de não ser tratado como mero objeto, cuja vida pode ser encurtada ou prolongada segundo as conveniências da família ou da equipe médica – são todas exigências éticas que procuram promover o bem-estar global do doente terminal e conseqüentemente sua saúde enquanto não morre. No fundo, ortotanásia é para o doente morrer saudavelmente, cercado de amor e carinho, amado e sendo amado enquanto se prepara para o mergulho final no Amor que não tem medida e que não tem fim (PESSINI, 2004, p. 225/226).

O ser humano é um ser que possui autonomia para fazer suas escolhas em, praticamente, toda a sua vida, seja para o bem ou seja para o mal, assim como para a sociedade. No entanto, quando cometer uma ilicitude perante terceiros, irá arcar com as conseqüências. Já quando fizer mal para si sofrerá as conseqüências sem a necessidade de intervenção de terceiros ou do Estado.

Percebe-se que ao indivíduo é garantida a autonomia para as suas escolhas, contudo, parte-se do pressuposto que ele saiba das suas conseqüências. Atualmente, o ser humano tem essa autonomia restringida quando chega à parte final de sua vida, pois se acredita que não possui mais condições para saber aquilo que é melhor para si.

Pode a autonomia de o indivíduo ser restringida ou limitada no momento em que ele se encontra enfermo ou com idade mais avançada? Já que em situações normais de vida essa autonomia não era restringida ou limitada.

Existem preferências em utilizar o termo autonomia privada¹⁰¹ ao invés de autonomia da vontade. A palavra autonomia, em seu contexto originário, representa o poder de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta, razão pela qual a autonomia sempre esteve atrelada à pessoa. (DADALTO, 2015).

A autonomia privada pode ser entendida como:

¹⁰¹A autonomia da vontade está ligada a uma vontade psicológica dos sujeitos, de modo que os adeptos dessa nomenclatura entendem essa vontade é causa dos efeitos jurídicos, enquanto a autonomia privada está ligada com a manifestação de vontade objetiva, como fonte dos efeitos jurídicos. (DADALTO, 2015, p. 09).

o princípio da autonomia pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade para se autogovernar. Assim, de modo livre e sem influências, preceitua-se o respeito pela capacidade de decisão e ação do ser humano. (SÁ, 2015, p. 36).

Os princípios do Estado Democrático de Direito têm como obrigação orientar e nortear o exercício da autonomia privada do sujeito, o que reforça a necessidade existente em coadunar o exercício desta com a dignidade da pessoa humana. (DADALTO, 2015).

Para Habermas,

Num Estado constitucional democrático, a maioria não pode prescrever às minorias a própria forma de vida cultural - na medida em que estas se distanciam da cultura política comum do país como uma suposta cultura de referência. (HABERMAS, 2004, p. 5)

É possível visualizar que a Constituição Federal brasileira prima por um Estado Democrático de Direito, tendo em vista suas disposições. Além do mais, a presente Constituição pode ser vista como um marco normativo da autonomia privada¹⁰², uma vez que coexistem norma públicas e privadas, com garantias individuais, como o direito à liberdade, e de direitos sociais, como é o caso da saúde. (DADALTO, 2015).

Cabe salientar, ainda, que as regras são aplicadas da maneira tudo ou nada, ou seja, se enquadra ao caso ou não se enquadra ao caso. Já os princípios podem ser aplicados a todos os casos, sendo que o princípio da autonomia privada não se encontra definido na legislação brasileira, assim como ocorre com outros princípios.

A autonomia privada é o poder que os particulares possuem, através do próprio exercício, estabelecendo o conteúdo e disciplina jurídica que devem ser a base para as suas relações jurídicas patrimoniais como para as existenciais. A autonomia privada está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, pois, quando há esta, também existe o reconhecimento da dignidade humana. (DADALTO, 2015).

¹⁰²Sendo aquele que legitima a ação do indivíduo, conformada a ordem pública e permeada pela dignidade da pessoa humana, ou, em outras palavras, a autonomia privada como aquela que garante aos indivíduos perseguirem seus interesses individuais, sem olvidar da intersubjetividade, da inter-relação entre autonomia pública e privada. Significa dizer que autonomia privada não é o poder do indivíduo de fazer tudo o que lhe der vontade, não se traduz em uma ampla liberdade, muito antes pelo contrário, significa que autonomia privada garante ao indivíduo o direito de ter seu próprio conceito de "vida boa" e de agir buscando tal objetivo, direito este que encontra barreiras na intersubjetividade, de modo que a autodeterminação do indivíduo deve ser balizada pelas relações interpessoais e tal balizamento é feito pelas normas jurídicas. (DADALTO, 2015, p. 17/18).

Após discutir o aspecto da autonomia privada, é necessário trazer à tona quem tem capacidade para tomar decisões em face da autonomia privada. O ser humano adulto, maior, em suas plenas capacidades, em geral, é livre para praticar todo e qualquer ato desde que não prejudique os demais. Têm-se inúmeros exemplos, quais sejam: é possível fazer ou deixar de fazer uma ou mais tatuagens, se quiser fumar ou não, pode escolher a empresa na qual quer investir seus capitais, entre outras escolhas que, havendo a capacidade e não prejudicando terceiros, pode ser feita.

A autonomia privada pode ser vista como uma faculdade que cada pessoa possui de fazer suas próprias escolhas sem necessitar de qualquer permissão ou autorização. Por exemplo, caso uma pessoa não queira cursar uma faculdade, apesar de entendermos que seria o melhor e o mais prudente a ser feito, não podemos obrigá-la a fazê-lo.

Assim, “portanto, é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida das outras pessoas sempre que acreditamos que tenham cometido um erro”. (DWORKIN, 2003, p. 317).

Percebe-se, desse modo, que as pessoas devem possuir autonomia para optarem por suas próprias escolhas. Por exemplo, no caso em que é necessário realizar uma amputação, mas a pessoa prefere correr o risco de vida ao invés de realizar a amputação; ou no caso da Testemunha de Jeová, que prefere morrer ao invés de receber uma transfusão de sangue. Considera-se que, em ambos os modelos, as pessoas estejam em sua normal consciência.

No caso da Testemunha de Jeová, ela prefere morrer ao invés de receber uma transfusão de sangue, pois, ao receber a transfusão, tudo o que foi vivido até então passaria a não fazer mais sentido. Ela passaria a ser uma pessoa impura, fadada ao inferno. O exemplo da Testemunha de Jeová pode ser defendido por se tratar de uma crença, diante da qual, em tese, terceiros não têm o direito de interferir.

Tem-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em relação à interposição de agravo de instrumento, em que o Estado não foi obrigado a fornecer equipamentos para realização de um procedimento cirúrgico diferenciado, tendo em vista o paciente ser Testemunha de Jeová, e não querer receber transfusão sanguínea¹⁰³.

¹⁰³ Ementa: SAÚDE. CIRURGIA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. LIBERDADE DE RELIGIÃO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as práticas da fé que professa. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70058469362, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado

Mesmo trazendo o argumento da liberdade religiosa como justificativa para realização do procedimento.

O grau máximo ou mais complexo de trabalhar essa autonomia se dá no momento em que a pessoa não possui condições de realizar a escolha entre viver em precárias condições ou morrer. Podem ser citados dois exemplos nesse caso: quando a pessoa consegue expressar a sua vontade, mas essa vontade não é consciente; ou quando a pessoa está impossibilitada de expressar a sua vontade. Poderia se dizer que o médico seria a pessoa que melhor poderia entender o interesse do doente? Ou seria um familiar mais próximo?

São duas perguntas muito complexas, difíceis de serem respondidas. Além disso, não é possível aplicar uma resposta geral, mas sim é necessário analisar caso a caso. Diz-se que, no evento enunciado a pessoa (doente) perdeu a competência para tomar a decisão.

O testamento deixado por uma pessoa não será anulado ou modificado pelo simples fato de ela ficar enferma, porém, caso seja de sua vontade, ele poderá ser modificado por ela a qualquer momento. Se em algum momento da vida uma pessoa emitir o desejo de que sua vida não seja prolongada, em função de alguma doença de quadro irreversível, esse desejo deverá ser obedecido.

Tendo a pessoa solicitado um determinado procedimento frente a uma situação futura não há porque não atender tal pedido, tendo-se em vista a autonomia da pessoa, exceto se essa pessoa, em algum momento da vida, mudar sua vontade. A revogação deve ser aceita, pois deve ser obedecido o interesse atual do sujeito.

A autonomia pode ser utilizada tanto a favor como contra a realização da eutanásia, conforme é colocado por Dworkin. Inicialmente, veremos como a autonomia pode ser trabalhada contra da realização da eutanásia:

[...] preocupam-se com a possibilidade de que, se a eutanásia for legalizada, pessoas que preferem continuar vivas poderiam ser mortas. Sem dúvida, qualquer lei remotamente aceitável que permite a eutanásia para pessoas competentes insistiria em que elas só poderiam ser mortas se houvessem pedido, de maneira inequívoca, que lhes pusessem fim à vida. (DWORKIN, 2003, p. 268 a 269).

Além disso, “os idosos estão começando a ver os médicos como seus inimigos em potencial” (DWORKIN, 2003, p. 269), pois a quantidade de idosos é cada vez mais significativa, e, por vezes, acaba gerando muitos custos aos cofres públicos.

Os medos em relação à morte ou a um assassinato são diversos,

Afirmo que o motivo clássico e indireto para se levar o assassinato de uma pessoa mais a sério do que o assassinato de uma não pessoa se sustenta ‘sob certas condições’. A mais óbvia dessas condições está em que o assassinato da pessoa pode chegar ao conhecimento de outras pessoas, as quais, por sua vez, tiram desse conhecimento uma avaliação mais sombria de suas possibilidades de viver até a idade madura, ou, simplesmente, ficam com medo de ser assassinadas. (SINGER, p. 2002, p. 102).

Assim, da mesma forma que pode ser dada autonomia para a pessoa, existe a necessidade de se ter o cuidado de que essa autonomia não seja usada contra a pessoa no momento em que ela não quer que essa autonomia seja exercida.

De outro viés, também é necessário se levar em conta que

É certo que procuramos viver da melhor forma possível, também buscamos e temos o direito a uma morte igualmente boa e digna. O respeito à autonomia da pessoa deve assegurar que não se conduza à morte um paciente que luta com todas as suas forças para permanecer vivo, porém deve igualmente permitir àquele que se sente ultrajado pelas condições de sua vida, sofrendo dores físicas e emocionais, decidir por si próprio quando é a hora de morrer. Obrigar uma pessoa a permanecer viva contra sua vontade é tão moralmente problemático quanto matar a quem quer viver. Há que se fazer uma reflexão sincera e isenta de hipocrisia sobre a eutanásia, buscando um mundo em que as pessoas tenham respeitada sua capacidade de decidir sobre os assuntos mais íntimos de sua vida, incluindo sua morte. (CAMPI, 2004, p. 95).

Existe o risco de a autonomia ser desrespeitada no sentido de não se dar o devido valor à vida humana, mas, em certas situações, esse risco precisa ser corrido, pois, caso contrário, às pessoas não terão sua dignidade respeitada nos momentos que antecedem o final de suas vidas.

De contraponto, a autorização para a realização da eutanásia está diretamente relacionada à autonomia¹⁰⁴. É provável que uma pessoa tenha tido autonomia de suas escolhas em praticamente toda a sua vida, muitas delas até podem não ter realizado por limitações financeiras, físicas, temporais, ou até mesmo por falta de sorte para quem

¹⁰⁴As pessoas que acreditam que se deveria permitir que os pacientes competentes planejassem sua própria morte, com a assistência de médicos dispostos a ajudá-los se assim o desejarem, invocam frequentemente o princípio de autonomia. Dizem que é crucial, para o direito das pessoas, que elas possam tomar, por si próprias, decisões fundamentais que lhes permitam pôr fim a suas vidas quando quiserem fazê-lo, ao menos nos casos em que sua decisão não for claramente irracional. (DWORKIN, 2003, p. 268).

acredita na sorte, mas, no entanto, em praticamente todas as escolhas durante a vida ou em boa parte delas, a pessoa possuiu autonomia. Agora, pergunta-se, por que uma pessoa que teve autonomia em praticamente toda a sua vida, não pode ter a soberania de escolher a hora que deseja morrer?

Essa autonomia deveria ser garantida ao ser humano sendo que

o grande argumento favorável à prática da eutanásia se sustenta no princípio biótico da autonomia e, em última instância, na defesa da liberdade do ser humano. [...] É o argumento de Peter Singer: os doentes incuráveis que solicitam aos médicos que lhes ajudem a morrer num momento que escolhem não estão prejudicando os demais. (PESSINI, 2004, p. 292).

O profissional da área médica estaria apenas respeitando a autonomia do seu paciente. Garante ao enfermo dignidade no momento final de sua vida.

É possível apresentar a seguinte situação:

[...] alguém que sofra de uma doença terminal, e cujos cuidados sejam caros ou penosos, ou cuja situação seja consternadora para parentes e amigos, pode sentir-se culpado pelo dinheiro gasto e pela atenção que involuntariamente exige. (DWORKIN, 2003, p. 269).

Ora, diante da situação fática acima apresentada, fica difícil dizer que a autonomia da pessoa não deve ser respeitada, no momento que ela decide morrer estando em tal situação. Uma vez que, fica complicado traçar uma linha de raciocínio que possa trazer argumentos para que a autonomia da vontade de uma pessoa, que se encontra nessas condições, não seja obedecida.

Trata-se de uma decisão pessoal, em que cabe a pessoa decidir o que é melhor e mais conveniente para si. Muitas pessoas, possivelmente, não gostariam que familiares (pais, filhos), acompanhassem uma jornada de 05, quem sabe, 10 anos, junto a um leito de hospital sem que a pessoa possua condições de reverter o seu estágio doentio, e, por vezes, vegetativo.

4.1 Liberdade

Quanto ao conceito de liberdade,

ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade. (ALEXY, 2008, p. 218).

Ao mesmo tempo em que a liberdade está disponível, com um ato pode estar sendo violada. Trata-se de algo com muita abrangência, mas, também, com muita sutileza e complexidade.

A liberdade¹⁰⁵ é um dos direitos que desde sempre está em discussão, tanto que “a igualdade pode estar em declínio, mas a liberdade está na moda”. (DWORKIN, 2011, p. 373). Essa afirmação pode existir devido ao fato de que a igualdade deve ser promovida, respeitando-se as desigualdades entre as pessoas. Pode-se citar, como exemplo, o deficiente físico que, em algumas oportunidades, possui um tratamento diferenciado comparado a outras pessoas devido à sua necessidade. Assim, não é possível afirmar que todas as pessoas possuem um tratamento igualitário, pois tal fato não é mais concretizado nas sociedades atuais.

Caso o ser humano não prejudicasse terceiros a sua liberdade deveria ser absoluta e incontestável, ou seja, o ser humano estaria livre para fazer o que bem entender desde que não afete negativamente terceiros¹⁰⁶.

Nesse sentido, é possível mencionar que as liberdades inerentes ao ser humano sejam quanto à religião, à cultura, à sexualidade, que deseja adotar ou preterir, entre outras. O ser humano deve ser livre para fazer as escolhas que lhe façam bem ou que lhe façam se sentir bem. Ao ser humano deve ser oportunizado, através da liberdade, a possibilidade de fugir da dor ou ir em busca do prazer. No entanto, a liberdade não pode ser entendida como uma posse de um chapéu, por exemplo. A liberdade é uma qualidade que as pessoas têm, sem restrições por parte do Estado, mas não se trata apenas de algo tão simples e linear. (ALEXY, 2008, p. 219).

Ao mesmo tempo que ela não é uma posse, e sim algo inerente à pessoa, atinge uma complexidade muito grande. Conforme é possível perceber no exemplo,

¹⁰⁵O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Vale tanto para disputas filosóficas quanto para polêmicas políticas. Isso é expresso de maneira aguçada por Aldous Huxley, em seu *Eyeless in Gaza*: “Liberdade é um nome maravilhoso. É por isso que você está ansioso para fazer uso dele. Você acha que, se você chamar o encarceramento de verdadeira liberdade, as pessoas ficarão atraídas pela prisão. E o pior de tudo é que você tem razão (*Eyeless in Gaza*, London: Chatto&Windus, 1955, p. 123. Apud Alexy, 2006, p. 218).

¹⁰⁶A liberdade individual relacionada exclusivamente ao próprio indivíduo compreendia, de acordo como princípio, o domínio interior da consciência, a liberdade de pensamento, de sentimento, de opinião, e, inclusive de expressão, que, apesar de já estar ligada a relações de terceiros, é parte inseparável das outras. O princípio também prescrevia que houvesse liberdade de gostos e ocupações, que os indivíduos pudessem viver a vida conforme o que desejassem, sem impedimentos de terceiros. Ele (Mill) relacionava a felicidade humana ao desenvolvimento do caráter. Assim, a experiência suficiente e a satisfação racional das vontades transformariam o indivíduo em um ser superior. (RIBEIRO, 2010, p. 32).

a contraposição entre aquela concepção extremamente ampla do suporte fático e esta cláusula extremamente ampla tem enorme consequências jurídico-procedimentais: “Qualquer um pode arguir, por meio de uma reclamação constitucional, que uma lei restrinja sua liberdade de ação não pertence ao ordenamento constitucional, porque ela (forma ou materialmente) contrária determinados dispositivos constitucionais ou princípios constitucionais gerais[...]”.(ALEXY, 2008, p. 345).

É possível, também, comparar a intensidade na restrição de liberdade,

é possível afirmar que uma proibição repressiva afeta mais intensamente que uma proibição preventiva; que uma proibição de imigrar para qualquer país afeta mais que a proibição de emigrar para apenas um país; e que uma proibição de longa duração afeta mais que uma de curta duração (ALEXY, 2008, p. 353).

É necessário ter em mente que “não há dúvida que a liberdade de constranger deve ser trocada pela liberdade de não ser constrangido”. (ALEXY, 2008, p. 378). São duas linhas muito tênues que devem ser observadas para evitar conflitos¹⁰⁷.

Entrando no aspecto mais jurídico da liberdade, é viável mencionar

o princípio da liberdade jurídica exige uma situação de regulação jurídica na qual se ordene ou se proíba o menos possível. A polêmica surge no momento em que se decide o que deve ser proibido ou o que deve ser permitido, referindo-se diretamente à questão do grau ótimo de realização do princípio da liberdade jurídica. Uma teoria principiológica dos direitos fundamentais permite a adoção de diferentes opções quando diante de direitos em oposição, obtendo-se a partir da ponderação a melhor solução para determinada situação. Assim, uma teoria de princípios/regras acaba por maximizar a liberdade jurídica, fornecendo um instrumento racional superior à teoria pura de regras. (SCHÄFER, 2001, p. 43).

Nesse momento, depara-se com uma pergunta sem uma resposta correta. Até que ponto podemos restringir a liberdade de uma pessoa? Alguém pode responder que é até o momento que a liberdade de uma pessoa invade a liberdade de outra pessoa. Mais um questionamento pode ser feito nesse sentido: em que situação é infringida a liberdade de terceiro?

¹⁰⁷ A palavra liberdade é facilmente mencionada quando há algum conflito principalmente quando envolve interesses privados e/ou sociais. Um exemplo que pode envolver tanto um aspecto privado como social/público é a liberdade de expressão. Percebe-se que alguns atos realizados, por vezes abusivos, procuram suas justificativas no direito à liberdade, no entanto, acaba por existir em alguns desses casos uma despreocupação com a liberdade e com os direitos dos alheios ou terceiros envolvidos/afetados por meio desses atos, ou seja, enxerga-se na liberdade em algumas oportunidades uma forma de justificar o cometimento de ilícitos.

Além do mais, a liberdade tem uma relação direta com a dignidade da pessoa humana,

Quem utiliza o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o princípio da liberdade negativa não deduz simplesmente esse daquele, ele se apoia na verdade em uma particularização, nos termos do seguinte esquema dedutivo: É obrigatório que a dignidade humana seja rejeitada e protegida; Se o princípio da liberdade negativa não existir, a dignidade humana não será nem respeitada, nem protegida; o princípio da liberdade negativa deve existir. (ALEXY, 2008, p. 374).

Percebe-se que mesmo a dignidade não pode ser garantida a todo custo, tendo em vista que seu conceito e entendimento também possa ser muito amplo e complexo.

Além disso, deve haver uma preocupação com o Estado, pois este pode estar infringindo a liberdade da população, impondo limitações¹⁰⁸. No entanto, a ausência de restrições, também, é um sério problema¹⁰⁹.

O homem somente deve ter imposições à sua liberdade no momento em que infringir a liberdade de terceiros, ou quando for estritamente necessário restringi-la. Caso contrário, não pode ter a mesma violada. É necessário que haja uma justificativa muito relevante para fazê-la, relevância essa que comprometa o bem-estar dos demais integrantes daquela sociedade.

Nessa linha,

é exatamente o conteúdo do princípio da liberdade negativa, pois, enquanto princípio, ele não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer; ele tão-somente sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa. Nesse sentido, o princípio da liberdade negativa permite considerar em toda sua plenitude a vinculação do indivíduo à comunidade. (ALEXY, 2008, p.357/358).

Em alguns casos, existe a necessidade de restringir/violar a liberdade de certas pessoas. Ocorre quando,

¹⁰⁸A definição clássica de liberdade de Jhon Stuart Mill: é a liberdade, disse ele, de fazer o que se quer. Se isto é a liberdade, é claro que qualquer governo deve limitar constantemente a liberdade; faz isso quando proíbe a violação ou o fogo posto. Contudo, confrontamo-nos, então, com um dilema. É necessário criminalizar o fogo posto e a violação e o fogo posto, mas será que cometemos um tipo especial de erro, um compromisso de um valor importante ao fazer isso? Se pensarmos que não, então, uma vez que definimos a liberdade de tal maneira que estas leis infringem a liberdade, não valorizamos realmente a liberdade em si mesma, nem vemos a liberdade como essencial para a dignidade. Valorizamos apenas outra coisa geralmente associada à liberdade. (DWORKIN, 2012, p. 353).

¹⁰⁹A definição tradicional de liberdade como a ausência de restrições impostas pelo governo ao que um homem poderia fazer caso desejasse. [...] Implica não simplesmente a ausência de frustração, mas também a ausência de obstáculos às escolhas e atividades possíveis – ausência de obstrução nos caminhos que um homem pode decidir trilhar. (DWORKIN, 2011, p. 411).

embora minha liberdade tenha sido violada, a violação se justifica nesse caso, porque a lesão de direito cometida contra mim se fez necessária para impedir um crime muito maior contra outras pessoas. (DWORKIN, 2010, p. 163).

Ainda, “para um verdadeiro liberal, qualquer restrição à liberdade é algo que um governo honesto deve lamentar e manter ao mínimo necessário para harmonizar os demais direitos de seus eleitores”. (DWORKIN, 2011, p. 412).

Já Habermas possui uma visão um pouco diferente,

Habermas prefere destacar que o que deve servir de fundamento a uma restrição de liberdades fundamentais clássicas (pela manifestação do interesse público) não são princípios jurídicos que visem à promoção da justiça social ou de responsabilidade social do Estado sobre a autonomia privada como forma de privação a uma liberdade -, mas, sim, critérios de uma mais correta distribuição de iguais direitos de liberdades aos diferentes indivíduos. (CACHAPUZ, 2006, p. 103).

São possíveis inúmeras discussões no sentido daquilo que pode ser considerado uma liberdade e aquilo que pode ser considerado uma restrição da mesma. Ademais, cada pessoa pode possuir uma ideia ou um conceito diferente daquilo que possa ser entendido como liberdade.

Conforme Bobbio, a liberdade pode ser estendida para inúmeras outras formas,

uma análise de tudo aquilo que esteve ou está associado ao termo “liberdade” conduziria a uma extensa filosofia jurídica, social e moral. Aqui interessam apenas as posições jurídicas fundamentais. Neste contexto, o primeiro plano é ocupado por um determinado conceito de liberdade: o conceito de liberdade jurídica. Esse conceito pode ser explicado de duas maneiras. É possível representá-lo como uma manifestação especial de um conceito mais amplo de liberdade, mas é também possível fundamentá-lo diretamente a partir do conceito que para ele é constitutivo, o conceito de permissão jurídica. (BOBBIO, 2004, p. 218/219).

Existem divergências e ideias contrárias em relação à liberdade e ao Estado, pois alguns acreditam que o fato de o Estado cobrar tributos faz com que a liberdade seja prejudicada, já outros entendem a tributação estatal como necessária para ser possível a liberdade.

Nesse sentido,

O cordeiro ficará mais feliz com essa descrição da liberdade, ainda que o lobo talvez não ficasse. Seja como for, está longe de ser óbvio que a liberdade entendida desse modo diferente levaria a um conflito inevitável com a igualdade. Ao contrário, isso parece improvável: se impostos mais altos são necessários para dar aos cidadãos mais pobres aquilo que a igualdade lhes dá o direito de ter, isso significa que a tributação com esse fim não pode ser considerada como uma violação da liberdade dos ricos, pois a

propriedade que lhes é tomada não lhes pertence legitimamente. (DWORKIN, 2010, p. 160).

Na maioria das vezes, uma das partes envolvidas num conflito de interesses terá que ceder algum direito. Nesse sentido, é possível questionar se esse direito cedido realmente era legítimo, além do mais, é possível pensar de mais de uma maneira¹¹⁰. Assim como a liberdade e a autonomia, que, por vezes também podem ser entendidas de mais de uma maneira¹¹¹.

Apesar da busca por uma melhor decisão ou proposta, não se consegue fugir do conflito,

Nossos valores entram em conflito, insiste Berlin, de uma maneira mais profunda que esta, motivo pelo qual ele afirma que o ideal de harmonia não é apenas inalcançável, mas “incoerente”, porque o fato de garantir ou proteger um valor implica, necessariamente, abandonar outros ou fazer concessões. Quer dizer, nossos valores colidem mesmo quando nos empenhamos em fazer o melhor possível. (DWORKIN, 2010, p. 153/154).

É compreensível que o Estado precise restringir algumas liberdades dos indivíduos para manter a ordem dentro do território, bem como a democracia. Um exemplo bastante mencionado é o da restrição da liberdade através da prisão do indivíduo pelo fato de ter cometido um ilícito criminal. Caso o Estado não agisse de maneira coerciva nesses casos, acabaria perdendo o controle da sua população. É possível aferir que, apesar da liberdade¹¹² existir, esta possui limites, limites esses que não podem prejudicar, injustamente, o direito de terceiros.

Assim, “a liberdade não é autonomia total, mas sim autonomia substancial. As leis invadem a liberdade quando reduzem consideravelmente a autonomia.” (DWORKIN, 2011, p. 377). Nesse sentido, cabe questionar: até que ponto a

¹¹⁰Se admitirmos como um valor e pensarmos que a liberdade é violada quando os ricos são tributados para que haja mais dinheiro para os pobres, acharemos que essas tributações não são apenas uma inconveniência para os ricos, mas também um erro. Se admitirmos tanto a igualdade como a liberdade e entendermos que elas têm implicações, então devemos pensar que, a despeito do que uma comunidade política faça ou deixe de fazer, ela estará infringindo suas responsabilidades. Em outras palavras, ela não deve decidir se vai ser injusta com algum grupo, mas qual grupo tratará injustamente. Esse é o tipo de conflito de valores políticos que Berlin tinha em mente: a inevitabilidade não da decepção, mas da mácula irreparável. (DWORKIN, 2010, p. 155).

¹¹¹Os termos liberdade [liberty] e autonomia [freedom] sejam, por vezes, usados de forma permutável distinguindo-os da seguinte maneira. A autonomia [freedom] total de uma pessoa é a sua capacidade de agir como quiser, livre de condicionamentos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política. A sua liberdade negativa é a área da sua autonomia que uma sociedade não lhe pode retirar sem a ofender de algum modo especial, comprometendo a sua dignidade, ao negar-lhe a preocupação igual ou uma característica essencial de responsabilidade pela sua própria vida. (DWORKIN, 2012, p. 375).

¹¹²Assim entendida, porém, sua liberdade não inclui a liberdade de se apropriar dos recursos alheios nem de prejudicar alguém com métodos que você não tem o direito de usar. (DWORKIN, 2010, p. 160).

autonomia¹¹³ pode ser restringida em face de uma lei? Ainda, posso ter total autonomia quando não prejudicar terceiros¹¹⁴ ou uma coletividade em face de uma vontade individual, como no caso da eutanásia/ortotanásia?

Entende-se que é necessário que as pessoas possam tomar decisões sobre questões éticas, sem que as leis as proíbam, sem estarem sob pena de violarem o princípio da dignidade da pessoa humana. Já que as pessoas devem ser livres para fazerem escolhas que promovam a sua autonomia e dignidade. Nesse sentido, “... o governo não pode limitar a independência essencial por qualquer razão, exceto quando necessário para proteger a vida, a segurança ou a liberdade dos outros”. (DWORKIN, 2011, p. 378).

A proibição de relações sexuais e do casamento entre pessoas do mesmo sexo limita liberdades e escolhas essenciais, particulares de cada pessoa, motivadas em proteger algumas convicções e anular outras. (DWORKIN, 2012).

Dessa forma, algumas restrições podem ser entendidas como necessárias, como no caso da prisão pelo cometimento de um ilícito passível de tal pena, conforme anteriormente mencionado. Não se deve querer uma total independência¹¹⁵ em relação ao governo.

¹¹³Distingo a autonomia de uma pessoa, que é apenas a sua capacidade de fazer o que quiser sem ser condicionada pelo governo, da liberdade de uma pessoa, que é a parte da sua autonomia que o governo faria mal em direcionar. Não defendo qualquer direito geral à autonomia. Ao invés, defendo direitos à liberdade que assentam em bases diferentes. As pessoas têm direito à independência ética, que decorre do princípio da responsabilidade pessoal. [...] Não se pode determinar aquilo que a liberdade requer sem se decidir também que distribuição de propriedade e de oportunidade mostra igual preocupação com todos. (DWORKIN, 2012, p. 16).

¹¹⁴É possível fazer uma analogia em relação à utilização do cinto de segurança na condução de um veículo automotor. Inicialmente, pode-se entender que o fato de usar o cinto de segurança faria com que não pudessem dispor da sua vida com bem entendessem, pois limitaria as pessoas, ou seja, quem quisesse ver a adrenalina e o risco de andar sem sinto de segurança não mais o poderia fazer. No entanto, é possível mencionar dois fortes argumentos que derrubam essa ideia inicial. O primeiro é que o fato de não usar o cinto de segurança na maioria dos casos causaria sérios ferimentos às vítimas de acidentes, quando não há morte. Caso os acidentes não causassem a morte e deixassem a pessoa apenas enferma, esta, traria enormes gastos aos cofres públicos, passando a ser alimentada com dinheiro da população toda. Assim, toda a população pagaria pela negligência da não utilização do cinto de segurança. O segundo e mais forte argumento que traz a obrigatoriedade na utilização do cinto de segurança é o fato de prejudicar terceiros em caso de acidentes devido ao aumento da aceleração (fato explicado pela física). No momento de uma colisão frontal, por exemplo, quando um dos condutores estiver sem cinto de segurança, a aceleração do carro será aumentada, pois seu corpo não estará preso, causando ainda mais danos a um terceiro.

¹¹⁵Não requer independência em relação ao governo noutras questões; uma comunidade política deve tomar decisões coletivas sobre a justiça e a moral e deve poder impor coercitivamente essas decisões. Isto prepara o terreno para a questão da liberdade positiva. Não posso estar livre do controle coercivo em questões de justiça moral, mas a minha dignidade requer que eu possa desempenhar um papel nas decisões coletivas que exercem esse controle. [...] Só a democracia pode providenciar dignidade. O governo deve ser do povo, pelo povo e para o povo. As pessoas devem governar-se a si próprias. Cada cidadão deve receber um papel igual e significativo. (DWORKIN, 2012, p. 386).

É possível afirmar que no momento em que não há liberdade, não há democracia, pois a democracia é fruto da liberdade. Por exemplo, no Brasil, os políticos e governantes são eleitos pelo povo, através do voto livre e secreto, sendo que são eleitos os governantes em que o povo confia, ou que a maioria do povo confia, para que trabalhem com os interesses de que os elegeu¹¹⁶. Ademais, os governantes são pessoas normais eleitas pelo povo para representar seus interesses.

Qualquer direito pode ser usado para o bem como para o mal, dependendo da forma e do caso em que for aplicado. Por isso, não é possível afirmar que a eutanásia/ortotanásia pode ser aplicada de maneira desordenada e genérica em todos os casos, aplicando-se, simplesmente, o direito à liberdade, liberdade essa que, muitas vezes, pode ser expressa por terceiro. Assim,

O que fica claro é que os valores podem entrar em conflito. Eles podem facilmente entrar em conflito no íntimo de um único indivíduo. E disso não se conclui que alguns devam ser verdadeiros, e outros falsos. Tanto a liberdade quanto à igualdade estão entre os principais objetivos perseguidos pelos seres humanos ao longo de muitos séculos. Mas a liberdade total para os lobos significa a morte para os cordeiros. Esses choques de valor constituem a essência do que eles são e do que nós somos. (DWORKIN, p. 149).

Percebe-se que há preocupação em relação à proteção do indivíduo dele mesmo, da ausência de discernimento que pode conduzi-lo a indevidamente tirar a própria vida, em que pese, com a eutanásia/ortotanásia, o sujeito não estaria prejudicando um terceiro.

Além do mais,

O exercício da liberdade humana não pode ser, de nenhuma forma, ilimitado, mas deve ser considerado seriamente no cumprimento de uma série de deveres e direitos fundamentais para que a liberdade possa ser qualificada de responsável e racional. (PESSINI, 2004, p. 292).

¹¹⁶O fato de o povo poder escolher seus representantes de maneira livre e incondicionada, sem qualquer tipo de coação, faz com que exista a democracia. Assim como boa parte das leis são criadas devido a concepções morais, muitas dessas concepções morais são compartilhadas entre os governantes eleitos e o povo que os elegeu. A tradição de um determinado território ou espaço também pode ser considerada uma decisão coletiva, no entanto, trata-se de uma decisão do povo daquele determinado espaço devido aos valores morais lá existentes. São valores que prevalecem naquele determinado espaço e para aquelas determinadas pessoas, sendo que foram aquelas próprias pessoas que tomaram essa decisão, tratando-se de uma decisão coletiva.

Assim, o fato de ser proporcionado ao indivíduo a possibilidade do procedimento da eutanásia/ortotanásia não causaria danos ou infringiria direito de terceiros. Ademais, violá-las, infringiria a esfera mais íntima e privada da pessoa.

Quanto às esferas íntimas,

É possível distinguir três esferas, com intensidade de proteção decrescente: a esfera mais interior (último e inviolável âmbito de liberdade humana, âmbito mais interno (íntimo), esfera íntima inviolável, esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta), a esfera privada ampliada, que inclui o âmbito privado que não pertence mais a esfera interior, e a esfera social, que inclui tudo aquilo que não for atribuído nem ao menos à esfera privada ampliada. (ALEXY, 2008, p. 360/ 361).

As diretivas antecipativas podem surgir como forma de deixar a liberdade de escolha de cada pessoa registrada, garantindo, assim, que tais vontades estejam claras e sejam seguidas, quando da sua incapacidade.

4.2 Diretivas antecipativas

As diretivas antecipativas,

têm a função de dar ao paciente o poder de recusar tratamentos e, também, de escolher, dentre aqueles possíveis, o tratamento que lhe convém, o que significa que estamos diante do exercício da autonomia privada do paciente. Acontece que esse instrumento serve para a manifestação de vontade para o futuro, em caso de estado de inconsciência. (SÁ, 2015, p. 400).

É possível questionar o porquê da criação das diretivas antecipativas, mas tais diretivas poderiam concretizar os interesses do paciente e ao mesmo dar segurança ao médico que aplicar os interesses do paciente, expostos nas diretivas, pois

[...] muitas vezes, acabar apenas prolongando um penoso processo de sofrimento e agonia, mais que “vida” propriamente. Os prolongamentos extraordinários da vida, possíveis tecnicamente provocam o surgimento da eutanásia reivindicada contra a obstinação terapêutica. O antigo pedido dos agonizantes, “Salve-me, doutor”, mudou para “Salve-me dos aparelhos, doutor”. A morte com frequência é tratada como se fosse uma doença que tem cura, esquecendo-se de que se pode curar alguém de uma doença mortal, sim, mas não de uma existência mortal. (PESSINI, 2004, p. 283).

Diante das situações acima mencionadas, as diretivas antecipativas podem começar a ser vistas como uma solução. Em alguns países, estudos sobre as diretivas antecipativas já estão bem avançadas, inclusive algumas nações já as aplicam. No Brasil, as diretivas não são aplicadas, apesar de haver estudos sobre a sua criação e aplicabilidade.

As diretivas antecipativas conhecidas, internacionalmente, como *advancedcare documents* podem ser consideradas como o gênero de testamento vital (*living will*) e mandato duradouro (*durablepowerattorney*). Tratam-se de instrumentos utilizados em que o paciente ou a pessoa expressa seus interesses, por meio de um termo, para futuros cuidados médicos, quando a pessoa não puder mais expressar suas vontades e interesses. (DADALTO, 2015).

Atualmente, no Brasil, inexistem

regimento sobre a matéria, e de serem relativamente tímidos os estudos sobre ela realizados, tem se tornado cada vez mais frequente a admissão, noutros países, das diretivas antecipadas de vontade, que se manifestam ora pelo testamento vital, expressão oriunda da tradução literal da terminologia vigorante nos Estados Unidos (“*living will*”), ora do mandato duradouro, cuja origem repousa também na ordem jurídica norte-americana (“*durablepowerattorney for healthcare*”). (GODINHO, 2012, p. 946/947).

O mandato duradouro pode ser considerado como um instrumento que se resume, em linhas gerais, nomear um procurador da saúde, que terá como responsabilidade de decidir quando o paciente não mais o puder fazer.

Caso for feito um comparativo entre o testamento vital e mandato duradouro, esse último possui uma amplitude muito maior, pois o poder de decidir é passado para um terceiro, ou seja, no testamento vital são colocadas algumas possibilidades. No entanto, se surgir algo diferente do disposto, fica difícil de decidir o que fazer. Já no mandato duradouro, o terceiro, a quem foi conferido poder, tem uma espécie de carta branca para decidir o que fazer. (DADALTO, 2015).

A criação do instituto das diretivas antecipativas é vista como uma forma de respeitar a autonomia, a liberdade, a lealdade aos princípios bioéticos, entre outros, que não estão presentes, exclusivamente, no ramo jurídico. (DADALTO, 2015).

Quando a pessoa estiver em plenas condições mentais de solicitar o procedimento da eutanásia, desde que autorizado pelo Estado, eventuais diretivas antecipativas não encontrariam muitos obstáculos,

quando ainda tem boa saúde, uma pessoa pode pedir a eutanásia por escrito se, por acidente ou doença, tornar-se incapaz de tomar ou expressar a decisão de morrer, em decorrência de dor ou da privação de suas faculdades mentais, não havendo nenhuma esperança plausível de que venha a recuperar-se. Ao matar alguém que fez tal pedido, reafirmou-o diversas vezes e se encontra agora num dos estados que descrevemos, uma pessoa pode perfeitamente alegar que agiu com o consentimento de quem foi morto. (SINGER, 2002, p. 188).

Contudo, a partir dessa informação, surgem dois novos problemas. O primeiro é quando podemos afirmar que a pessoa está em boas condições de saúde e, principalmente, psicológicas. A segunda é quando a pessoa não expressou nenhuma vontade e naquele momento está impossibilitada de fazê-lo.

Pode-se salientar que, com as diretivas, pode haver uma confiança maior entre o médico e o paciente:

(...) consequências benéficas das diretivas antecipativas, como a redução do medo do paciente de situações inaceitáveis, o aumento da comunicação e da confiança entre médico e paciente, a proteção do médico contra reclamações e denúncias, a orientação do médico ante situações difíceis e conflituosas, o alívio moral para os familiares diante de situações duvidosas ou potencialmente culpabilizadoras e a economia de recursos da saúde. (DADALTO, 2015, p. 90).

Nos casos das diretivas antecipativas, o médico não vai dar atenção ao paciente apenas quando ele estiver em estágio final de vida, mas sim, vai acompanhar o paciente durante a sua caminhada. Assim, haverá uma confiança e uma reciprocidade maior entre o paciente e o médico.

Diretivas antecipativas de vontade podem ser vistas, ainda, como: o conjunto de desejos, prévios e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e de forma autônoma a sua vontade. (SÁ, 2015).

É possível afirmar que a declaração prévia de um interesse, por parte do paciente, pode ser vista como um testamento, pois se trata de um negócio jurídico unilateral, gratuito, personalíssimo e revogável. No entanto, esse testamento por muitos conhecidos como testamento vital não geraria efeitos pós-morte e sim durante a vida. Discute-se, assim, algumas formalidades para realização do mesmo. (SÁ, 2015).

Podem ser mencionadas quatro formas para tentar materializar o testamento vital: escritura pública em cartório; declaração escrita em documento particular, de preferência com firma reconhecida; declaração feita ao seu médico assistente, registrada em seu prontuário, com assinatura. Sendo que, em qualquer hipótese, seria possível a nomeação de procurador. E, por fim, a última seria referente ao paciente que não elaborou testamento, mas declarou a parentes e amigos a sua vontade de rejeição ao esforço terapêutico, trata-se de externar a vontade do paciente. (SÁ, 2015).

A Resolução nº. 1.995, de 31 de agosto de 2012¹¹⁷, aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, pode ser considerada a primeira resolução a tratar de diretivas antecipativas e de vontade no Brasil.

Em nota, o Conselho Federal de Medicina esclareceu que ortotanásia não possui qualquer relação com a prática da eutanásia, como forma de garantir que não haja legislação contrária em relação à prática da ortotanásia. Ademais, conforme julgamento do mérito da ação civil pública nº. 2.007.34.00.0148009-3, a ortotanásia é permitida.

É possível afirmar que maiores de 16 anos também possam realizar as diretivas antecipativas, não apenas os maiores de 18 anos, no entanto, os menores de 18 anos mediante ordem judicial.

Com base em experiências vindas do exterior e com a evolução tecnológica que vem ocorrendo até mesmo no território nacional, cogitam-se algumas possibilidades que poderiam ajudar a formalizar as diretivas antecipativas, como a criação do Registro Nacional de Diretivas Antecipativas¹¹⁸.

¹¹⁷Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. (...)

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº. 1.995/2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31-08-2012. Seção I, p. 269-70. Disponível em: < www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf >. Acesso em 23 nov. 2015.

¹¹⁸A criação de um Registro Nacional de Diretivas antecipativas também é recomendado, para possibilitar uma maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente, de modo a não correr risco de que a declaração se torne inócua. Assim, existindo tais disposições formais o cartório deverá encaminhar as diretivas antecipativas ao Registro Nacional em prazo exíguo a fim de garantir a efetividade. Esse procedimento poderá seguir as recomendações do Registro Central de Testamentos, do Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, dispostas no provimento CG nº. 06/1994, que objetiva implantar um registro único de testamentos em São Paulo. Esse modelo tem se estendido para outros Estados do Brasil, como Minas Gerais, no qual o registro único ainda está em fase de implantação. (DADALTO, 2015, p. 165).

A implementação dessas diretivas antecipativas não tirariam do paciente um direito, mas sim, fariam com sua vontade fosse obedecida através da DAV (Diretiva Antecipativa de Vontade). A DAV é vista por muitos como uma das melhores formas de expressar a autonomia privada, individual, ou seja, trata-se da melhor maneira do indivíduo exercer a sua autodeterminação. (DADALTO, 2015). O que boa parte dos doentes e pacientes em estado terminal procura é uma morte tranquila, sem discussões e preocupações dos familiares.

É possível trazer junto ao interesse do indivíduo a ideia de Kant,

Todavia, se mesmo com uma família informada ainda houver choque de vontades, no caso, entre o disposto nas DAV do paciente e a opinião da família, a equipe de saúde deve sempre priorizar à vontade do paciente, vez que conforme definido por Kant, todo indivíduo é um fim em si mesmo e, como tal, não deve servir de instrumento a satisfação dos interesses de outros indivíduos, ainda que sejam familiares. (DADALTO, 2015, p. 169).

Além disso, conforme norma do Conselho Federal de Medicina, o médico apenas deve obedecer aos interesses de familiares, caso o paciente não o tenha feito e esteja impossibilitado de fazê-lo, caso contrário se deve obedecer sempre aos interesses do enfermo.

A Resolução nº. 1.995 de 2012, foi reconhecida constitucionalmente em 02 de abril de 2014, por sentença do Juiz Eduardo Pereira da Silva, no processo cadastrado sob o nº. 0019373-95.2013.4.01.0000¹¹⁹, pois a Resolução não fere o art. 226¹²⁰, da

¹¹⁹DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Processo nº. 0019373-95.2013.4.01.0000. Sentença. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 20 Jan. de 2016.

¹²⁰Art. 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. BRASIL: Senado Federal, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Constituição Federal. Apesar desse avanço, não foi aproveitada a oportunidade na decisão de diferenciar as Diretivas Antecipativas de Vontade, Testamento Vital e Mandato Duradouro.

Assim, por fim, é possível afirmar que a resolução não esgota a necessidade de legislação específica a fim de regulamentar as diretivas antecipativas, bem como os cuidados e tratamentos que podem ser ou não recusados pelo paciente. Além do mais, possibilitar uma formalidade segura para essas diretivas antecipativas, bem como estudar a possibilidade da participação de um médico na elaboração da mesma. (DADALTO, 2015).

É possível perguntar de que forma a eutanásia/ortotanásia entraria nessa discussão. Na verdade, as diretivas antecipativas reduziriam muito os problemas dos médicos quando se deparam com um paciente em estágio terminal ou em estado vegetativo. Conforme Sá:

Só há sentido em classificar determinada ação dentro das modalidades de eutanásia para verificar se a conduta é tipificada penalmente. É certo que a eutanásia ativa encontra óbice na legislação penal, embora possa ser hermeneuticamente sustentada. Todavia, a eutanásia ativa indireta (princípio do duplo efeito) e a eutanásia passiva ou ortotanásia são praticado na rotina médica interpretadas como exercício regular da Medicina, desde que respeitada a vontade do paciente. (SÁ, 2015, p. 401/402).

Os médicos não precisariam mais ficar inseguros quanto à eventual punição, quando da realização do procedimento da ortotanásia em pacientes que tivessem manifestado esse interesse em suas diretivas antecipativas. Assim, os médicos poderiam realizar tais procedimentos sem temer eventual represália judicial, ou, mesmo que tivesse, poderiam justificar sua ação com base nas diretivas antecipativas de vontade expressadas pelo paciente.

Por fim, é possível trazer uma crítica muito forte da Dadalto quanto a não diferenciação das diretivas antecipativas e do testamento vital,

A crítica à nomenclatura, ao invés de fazer surgir um estudo para decidir qual o melhor nome para substituí-lo, acabou por se tornar o testamento vital sinônimo de Diretivas Antecipativas de Vontade, caminho mais fácil para aqueles que desconheciam a origem e a história do instituto e queriam apenas "resolver" o problema da nomenclatura. Assim, testamento vital e diretivas antecipativas não são sinônimos. (DADALTO, 2015, p. 03).

Para Dadalto, as diretivas antecipativas de vontade seriam o gênero, enquanto o testamento vital e o mandato duradouro seriam formas de expressar as diretivas. Ver-se-

á como esses institutos são aplicados no âmbito internacional, bem como ver se existe essa diferenciação dos termos, e, mais adiante, o testamento vital e o mandato duradouro serão estudados de maneira específica.

4.2.1 Diretivas antecipativas no âmbito internacional e sua possibilidade no Brasil

Nos Estados Unidos da América, estima-se que o procedimento do testamento vital foi cunhado pela primeira vez em 1969, para expressar o livre e esclarecido consentimento. Na época, existia o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), que, normalmente, era assinado quando a pessoa era submetida a procedimentos médicos mais complexos. Assim, optaram por um incluir uma cláusula no TCLE, que dispusesse sobre os interesses da pessoa caso ficasse em estado vegetativo. (DADALTO, 2015). A primeira lei editada sobre o tema, nos Estados Unidos foi na Califórnia, em 1976. (GODINHO, 2012).

Embora a eutanásia/ortotanásia e o suicídio assistido fossem proibidos à época, deveria ser obedecido o direito de morrer do paciente, no entanto, não se poderia abrir mão de procedimentos ordinários, mas, apenas, daquilo que fosse extraordinário e contrário aos interesses do paciente. A declaração poderia ser um forte aliado das Testemunhas de Jeová, que poderiam deixar expresso o seu interesse de não receber transfusão de sangue. (DADALTO, 2015).

Na atualidade,

Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada: ou os “testamentos de vida” (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas), ou as “procurações para a tomada de decisões em que questões médicas” (documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário quando este já não tiver mais condições de tomá-las). (DWORKIN, 2003, p. 252).

O problema, nesse caso, seria achar o limite, ou seja, até que ponto um terceiro pode analisar se é vontade do paciente morrer ou não, bem como a possibilidade do médico ser obrigado a promover a morte de alguém. Nos Estados Unidos, um médico ganhou bastante destaque por ajudar pacientes a morrer, médico que se chamava Dr. Jack Kevorkian, mais conhecido como Dr. Morte. (DWORKIN, 2003).

Outro caso que teve bastante repercussão foi o caso “Anjos da Morte”, porém, não foi nos EUA,

entre os anos de 1983 e 1989, enfermeiras do principal hospital de Viena, o Hospital Lainz, mataram cerca de 42 pessoas idosas, ministrando-lhes doses letais de substâncias usadas no tratamento da insônia e diabetes, ou introduzindo lhes água nos pulmões, quando já não respiravam pelo nariz. Alegaram que o faziam por compaixão. Como era de se esperar, responderam exemplarmente por seus atos perante a Justiça austríaca. O julgamento definitivo delas ocorreu em 1991, tendo sido condenadas da seguinte forma: Waltraud Wagner, a principal e Irene Leidolf, à prisão perpétua; Maria Gruber e Stefania Mayer, à prisão de 15 a 20 anos. (NEDEL, 2004 p. 94).

A americana Karen Ann Quinlan, de 22 anos, em 1976, trouxe essa discussão com mais intensidade à tona após ficar acamada e em estado de irreversibilidade, bem como teria solicitado, em momento anterior, que não queria viver por meio de aparelhos. Os pais adotivos solicitaram o desligamento dos aparelhos que mantinham a respiração da filha, mas não foram atendidos. O judiciário de New Jersey foi acionado, tendo em primeiro grau mais uma negativa. Recorreram, assim, à Suprema Corte de New Jersey, que designou um Comitê de Ética Hospitalar, sendo que, até então, esses comitês não existiam. Em seu parecer, o comitê de ética se manifestou pela irreversibilidade do caso. Com tal parecer, a Corte autorizou o desligamento dos aparelhos que mantinham Karen viva. No entanto, mesmo após o desligamento dos aparelhos, Karen permaneceu viva por mais nove longos anos, vindo a falecer após ter contraído uma pneumonia. (DADALTO, 2015).

Outro caso que chamou a atenção foi em Boston, nos Estados Unidos, em 1991. Elizabeth Dew foi escolhida para avaliar a situação de Joseph Finelli, que, após uma cirurgia, teve falta de oxigenação no cérebro e ficou com maturidade mental de um bebê. Por muitos anos, o hospital de Brigham and Women's cuidou dele por um preço exorbitante. Elizabeth, em seu parecer trazido a juízo, relatou que se Finelli pudesse escolher preferiria morrer. A família foi contrária a tal posicionamento. O juiz julgou em favor da família, não autorizando a realização da morte de Finelli. O interesse da família prevaleceu. E qual será que era o interesse de Finelli? (DWORKIN, 2003).

A Califórnia aprovou a Lei do Ato Natural de Morte, pelo qual o indivíduo teria o direito de optar por suspender o tratamento médico, sem que os profissionais da saúde pudessem sofrer qualquer represália judicial. (DADALTO, 2015).

Embora haja posituação, seja em relação à eutanásia/ortotanásia e em relação às diretivas antecipativas, existem muitas dificuldades na tomada de decisão, exemplo disso ocorreu em 1989. O Supremo Tribunal de Missouri decidiu que uma jovem chamada Nancy Cruzan, que havia sofrido um acidente de carro e estava em estado

vegetativo persistente, como diziam os médicos, não poderia ser objeto da realização da eutanásia, por respeito à santidade da vida. Acreditou-se que a vida, em qualquer estágio, possui um valor intrínseco e deve ser considerada sagrada. (DWORKIN, 2003).

Nos EUA, foram criadas inclusive orientações¹²¹ para ajudar as pessoas a redigir essas diretivas. Existe uma preocupação quanto à neutralidade das pessoas envolvidas na criação do testamento vital. Não há uma preocupação muito grande em relação à formalidade do documento, sendo que a maior preocupação é quanto à expressão do verdadeiro interesse do paciente, sem qualquer forma de coação ou interesse.

A apreensão é tamanha quanto ao assunto, pois é obrigação do médico¹²² seguir aquilo que está disposto na diretiva, desde que ela seja válida (preenchimento dos requisitos formais), e o estado terminal ser certificado por outro médico. Assim, não cabe outra opção ao médico senão aquela disposta na diretiva antecipativa.

As diretivas antecipativas surgiram

por meio de uma lei federal denominada Patient Self-Determination Act (PSDA) (Ato de Autodeterminação do Paciente), que objetivou instrumentalizar o paciente para expressar seus desejos em situações futuras em que isso não seja possível, preservando a sua autonomia e a sua dignidade mesmo em situações em que se encontre incapacitado para agir. (MABTUM; MARCHEITTO, 2015, p. 89).

Em estudos e pesquisas realizadas nos EUA, ficou comprovado que,

menos de 25% da população norte-americana possui um living will, algo contraditório, pois 75% da população afirma que gostaria de fazer uma DAV (Diretiva Antecipativa de Vontade). Ou seja, existe um abismo entre o número de indivíduos que desejam manifestar sua vontade e o que realmente o faz. (DADALTO, 2015, p. 113).

Em que pese muitos possam querer que as diretivas antecipativas como o testamento vital e o mandato duradouro sejam positivados, poucos as aderem.

¹²¹Orientações: a) antes de redigir o testamento vital, procure uma pessoa, que não precisa ser advogado nem notário público, e solicite ajuda para a redação; b) solicite ao seu médico que este testamento vital faça parte de seu histórico clínico; c) as duas testemunhas que assinarem o testamento vital não podem ter parentesco sanguíneo com o paciente, nem serem cônjuges, não podem ainda estar beneficiadas em seu testamento e nem ter alguma demanda sobre bens de sua propriedade; d) o médico do paciente não pode ser testemunha, nem ninguém que trabalhe com ele. Se a pessoa assinar o documento dentro do hospital, nenhum dos empregados do hospital poderá ser testemunha. (DADALTO, 2015, p. 109/110).

¹²²Quanto à vinculação do médico à diretiva antecipada, dispõe que o médico está limitado a este documento se ele tiver certeza de que seja válido, se outro médico certificou o estado terminal e se o paciente estiver informado de sua condição há pelo menos 14 dias. (DADALTO, 2015, p. 110).

É apontado como causa por alguns, como, por exemplo, para Fargelin Schneider, a falta de interação entre o médico e o paciente, tendo o paciente dificuldades para redigir seus desejos, utilizando, muitas vezes, termos genéricos, bem como o custo para a criação do documento. (DADALTO, 2015).

Atualmente,

o paciente, ao dar entrada em um centro de saúde, deve ser informado sobre os seus direitos enquanto paciente, entre eles, o de expressar sua vontade de aceitar ou recusar procedimentos e terapias na hipótese de incapacidade de manifestar seu consentimento. Esse documento recebe o nome de advance directives (diretivas antecipada de vontade). Por meio dele, o paciente manifesta sua autodeterminação. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 95).

Inicialmente, pensou-se que a autonomia era uma das principais razões para as pessoas quererem fazer uma DAV, mas não o era, pois a maioria das pessoas que faziam a DAV era com objetivo de resguardar terceiros que os cercavam, de não precisarem tomar decisões, mas, principalmente, para não sofrerem com a pessoa enferma por vários anos no Hospital. A principal preocupação era com relação aos familiares e amigos que precisariam acompanhar tal sofrimento por muito tempo. Devido a toda uma pressão em alguns Estados dos EUA, conforme mencionado anteriormente, esse foi o primeiro país do mundo a positivar o testamento vital. (DADALTO, 2015).

Ademais,

discute-se, nos Estados Unidos, a ampliação das diretivas de vontade, de modo que não fiquem restritas aos pacientes terminais, mas estendam-se, de modo indistinto, a todos os pacientes, por meio do advancedcare medical directive, através do mandato duradouro. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 95).

Indo para o continente europeu, foi criada, na Espanha, em 04 de abril de 1997, a Convenção para a Proteção Dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das aplicações da Biologia e da Medicina ou Convênio de Oviedo, em que os signatários são os Estados-Membros do Conselho da Europa. O Conselho possui 47 Estados-Membros, mas apenas 35 assinaram a Convenção e, destes, apenas 23 a ratificaram. Entre os países que ratificaram, destacam-se os países de Portugal, Espanha e Suíça. (DADALTO, 2015).

O ponto-chave dessa Convenção, para esse estudo, está no artigo 9º¹²³. Preocupa-se com o fato da pessoa, em determinado momento da vida, não possuir mais condições de se manifestar. Assim, restariam, mesmo que impossibilitado, resguardados os interesses do paciente.

Existe a possibilidade, dentro da própria convenção, de que esses direitos não precisam ser seguidos depois de um longo lapso temporal da sua declaração e da incapacidade, pois os avanços tecnológicos poderiam ter mudado o caso fático. (DADALTO, 2015).

Na Espanha, as diretivas antecipativas receberam o nome de

de instrucciones previas. O interesse por regulamentar o instituto surgiu por iniciativa da Asociación pro Derecho a Morir Dignamente que, em 1986, elaborou um modelo do documento, o qual, anos depois, após ampla discussão, foi incluído no ordenamento jurídico espanhol. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 95).

Na Espanha, o testamento vital pode ser entendido como instruções prévias. Apesar disso, fala-se muito em eutanásia e consentimento informado. No ano de 2000, a Espanha criou a primeira lei que trata sobre instruções prévias ou vontade antecipada, com a Lei Catalã nº. 21/2000, em seu artigo 8º. Após outorgada, outras comunidades autônomas também regularam o tema, como Galícia, Extremadura, Madrid, Argón, La Rioja, Navarra e Catambria, no entanto, com algumas diferenças¹²⁴. (DADALTO, 2015).

Embora regulamentado, é possível perceber que não há um consenso sobre o tema. Mesmo se tratando do mesmo objetivo, os requisitos e formas são diferentes de acordo com cada Estado.

¹²³Artigo 9º Serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade. (DADALTO, 2015, p 118).

¹²⁴São elas: a) nomenclatura: a maioria denomina esse documento de “vontade antecipada”, apenas cinco das dezesseis comunidades autônomas que possuem lei sobre o tema utilizam a expressão “instruções prévias”; b) apenas as comunidades de Andaluzia, Valencia e Navarra reconhecem ao menor de idade o direito de realizar instruções prévias; c) apenas a lei de Navarra aponta diferenças entre testamento vital e as vontades antecipativas; apenas a Lei de Madrid diferencia as instruções prévias de mandato duradouro; d) todas preveem que as instruções prévias devem ser incorporados ao histórico clínico do paciente; e) em todas as legislações está prevista a figura do representante/procurado, a única diferença é que em algumas comunidades está prevista a necessidade de nomear vários representantes; f) a maioria das comunidades autônomas reconhece a possibilidade do outorgante dispor acerca da doação de órgão e do destino de seu corpo após o falecimento. (DADALTO, 2015, p. 123/124).

Já havia fortes indícios no Código de Ética Médico Espanhol¹²⁵ de que as diretivas seriam aprovadas. A primeira lei estatal a versar sobre o tema foi a Lei nº. 41/2002, sendo que trouxe as instruções prévias no artigo 11¹²⁶.

Na Espanha, é possível revogar a diretiva antecipativa a qualquer tempo, desde que o paciente seja capaz. Percebe-se, também, que, apesar da positivação no artigo 11, não existe algo muito claro quanto à forma e como será aplicado e registrado no sistema de saúde, ou seja, parece que é necessária outra norma no âmbito do Conselho Nacional de Saúde.

Na Lei nº. 41/2002, editada no final de 2002,

dedicou os cinco itens do seu art. 11 às instrucciones previas. A norma se preocupou em estabelecer as linhas gerais do instituto. As instrucciones previas são destinadas à equipe médica e manifestam a vontade do subscritor de não ser submetido a tratamentos fúteis que busquem prolongar sua vida de modo artificial. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 97).

Pode-se discutir se essa lei poderia ser considerada constitucional. A Lei nº. 41/2002, da Espanha, traz, também, a possibilidade do mandato duradouro, no entanto, faz uma confusão entre mandato duradouro e testamento vital, como se fossem apenas um instituto. Tal legislação, ainda, traz a possibilidade em manifestar o interesse em doar os órgãos. (DADALTO, 2015).

Em relação aos critérios formais para expedição dos mesmos, pode ser feito em cartório de forma escrita pelo notário ou funcionário do Registro Nacional ou da

¹²⁵No Código de Ética Médica espanhol, que vigora desde 1999, já havia indícios de regulamentação das instrucciones previas. Seu art. 27 estabelece que, quando o paciente não é capaz de tomar decisões referentes a procedimentos médicos, a equipe médica deverá respeitar os desejos manifestados anteriormente por ele ou por seus representantes e responsáveis legais. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 95).

¹²⁶Artigo 11. Instruções prévias.

1. Pelo documento de instruções prévias, uma pessoa maior de idade, capaz e livre manifesta antecipadamente sua vontade, com objetivo de que este se cumpra em situações nas quais não seja capaz de expressar pessoalmente, sobre os cuidados e tratamentos de sua saúde, ou, uma vez chegado o falecimento, sobre o destino de seu corpo ou dos órgãos do mesmo. O outorgante pode também designar um representante para que, chegado o caso, sirva como seu interlocutor para o médico ou a equipe sanitária para procurar o cumprimento das instruções prévias.

2. Cada serviço de saúde regulará o procedimento adequado para que, chegado o caso, se garanta o cumprimento das instruções prévias de cada pessoa, que deverá constar sempre por escrito.

3. Não serão aplicadas instruções prévias contrárias ao ordenamento jurídico, à “lex artis”, nem as que não correspondam com o que se suponha que o interessado tivesse previsto no momento de manifestá-las. Na história clínica do paciente ficarão anotadas as razões relacionadas com estas previsões.

4. As instruções poderão ser revogadas livremente a qualquer momento por escrito.

5. Com o fim de assegurar a eficácia em todo o território nacional das instruções prévias manifestadas pelo paciente e formalizadas de acordo com o disposto na legislação das respectivas Comunidades Autônomas, se criará no Ministério de Sanidad y Consumo o registro nacional de instruções prévias que se registrará pelas normas que se determinem, prévio acordo do Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. (DADALTO, 2015, p. 125/126).

Administração Pública (possuidores de fé pública) ou ainda perante três testemunhas. (DADALTO, 2015).

Posteriormente,

o Decreto n. 124/2007, que estabeleceu a criação do Registro Nacional de Instrucciones Previas e do arquivo de dados de caráter pessoal. O decreto determinou que o acesso ao Registro Nacional será restrito ao subscritor das instrucciones previas, ao seu representante legal, ou a terceiro designado pelo outorgante para esse fim, aos responsáveis pelos registros autônomos e às pessoas que a autoridade sanitária da comunidade autônoma correspondente ou o Ministério de Sanidad y Consumo designar. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 98).

Para casos em que as comunidades não tenham regulamentado as instruções prévias, podem redigir tal documento para a autoridade da comunidade e caberá a esta autoridade encaminhar o documento ao registro nacional, onde será feita uma inscrição provisória e será informada à Comunidade Autônoma a qual a pessoa corresponde. O RNIP tem cumprido seu papel na Espanha, pois faz com que a vontade das pessoas, por meio das instruções prévias, seja conhecida e válida em todo o território nacional. Além de o tema estar longe de ser pacificado na Espanha, percebe-se um grande avanço quando comparado com outros países. (DADALTO, 2015).

Na França “não se pode considerar que seja um país que reconhece as diretivas antecipadas, pois a atuação do médico diante do instituto é discricionária, e ele pode recusar-se a cumprir a determinação do paciente”. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 92).

Em Portugal,

a Resolução da Assembleia da República n. 01/2001 levou Portugal a ratificar a Convenção Internacional de Direitos Humanos e Biomedicina. No ano de 2008, a edição de novo Código Deontológico, aplicado à área médica, demonstrou a preocupação do país com as diretivas antecipadas de vontade. Em 2012, o instituto foi regulamentado por meio da Lei n. 25/2012. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 102).

Inicialmente, foram criadas as diretivas antecipativas em Portugal como forma de dar proteção às Testemunhas de Jeová em face de transfusões de sangue, conforme Parecer P/05/APB/2006, para que os adeptos a tal crença pudessem manifestar, previamente, a vontade de não receber transfusão de sangue. (DADALTO, 2015).

Em relação à Lei nº. 25/2012, é possível concluir que é feita uma confusão terminológica em relação ao testamento vital e às diretivas antecipativas, sendo que o mandato duradouro não é visto com estando dentro do instituto das diretivas

antecipativas. Tem-se em vista que a DAV em Portugal não é revogável, seu prazo de eficácia foi estipulado em cinco anos. (DADALTO, 2015).

É importante salientar que,

Deve-se também destacar a colaboração do Código de Deontologia Médica português, editado em 2008, ao estabelecer, no art. 46, que a conduta médica deve obedecer à autodeterminação do paciente, em especial se houver um documento escrito em que seu desejo esteja registrado. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 102).

O fato de o tema ter sido trabalhado recentemente em Portugal pode ser considerado um fator determinante para que comece a ser posto em prática no Brasil. O Conselho Federal de Medicina se mostra bastante preocupado em buscar e trazer informações de Portugal que versem sobre diretivas antecipativas. (DADALTO, 2015).

Além do mais, Portugal¹²⁷ trouxe uma grande inovação que foi a criação de um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade. Foram desenvolvidos requisitos para a sua validade¹²⁸

Na Itália¹²⁹, no entanto, em 1998 foi aprovado o Código de Deontologia Médica,¹³⁰ em que no artigo 34 há uma clara proteção à dignidade e vontade do paciente anteriormente manifestada, caso não esteja em condições de manifestá-las atualmente.

¹²⁷Foi à criação do Registro Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (Rentev), responsável por centralizar o armazenamento dos documentos e facilitar sua eficácia. O médico responsável pelo tratamento do paciente pode consultar a sua base de dados e saber de sua existência. Após tomar conhecimento do conteúdo da diretiva, a equipe médica deve atuar de modo a atender à vontade dele. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 102).

¹²⁸Requisitos:a)caráter público, datado, forma escrita, feito por pessoa maior, capaz de entender, de manifestar vontade, sem que esteja sob qualquer tipo de pressão familiar, social ou ambiental; b) não pode ter disposições acerca da prática da eutanásia; que contrariem o direito positivo ou as normas médicas e deontológicas. Entretanto, o médico não pode ser obrigado a fazer o que vá contra a sua consciência; c) com a finalidade de que tenha uma redação adequada e em conformidade com o ponto “b”, o outorgante deve ser orientado na elaboração do documento por um médico; d) a fim de garantir a máxima personalização da vontade do futuro paciente, as disposições devem ser redigidas de forma “não genérica”, de modo tal a não gerar equívocos quando de sua interpretação, e de relatar, da forma mais fiel possível, a situação clínica na qual esse documento será levado em consideração. (DADALTO, 2015, p. 137)

¹²⁹É mais uma das nações que subscreveu o Convênio de Oviedo, reconhecendo a necessidade de garantir ao paciente o direito de autodeterminação por meio de um documento em que sua vontade esteja manifestada. Contudo, até o presente momento, tal convênio não foi ratificado pelo país, apesar de a Lei n. 145/ 2001 ter autorizado o presidente da República a ratificar a Convenção. Não há também nenhuma lei específica sobre o tema. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 103).

¹³⁰Em seu art. 34, estabelece que o médico, se o paciente estiver incapacitado de manifestar sua vontade e encontrar-se em risco de morte, deve levar em conta o desejo previamente manifestado por ele. Já o art. 37 do referido diploma, de modo semelhante ao seu correspondente brasileiro, propõe que o médico adote práticas de ortotanásia, proibindo condutas fúteis, próprias da distanásia. Dessa forma, o Código Deontológico introduziu o dever ético dos médicos de respeitar a autodeterminação do paciente. Contudo, essa disposição tem sua eficácia restrita aos profissionais da saúde. A Constituição Federal italiana, em seu art. 32, estabelece que ninguém será obrigado a se submeter a um procedimento sanitário, salvo por disposição legal, e a lei em nenhum caso poderá violar o respeito à pessoa humana. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 103).

Ademais, no artigo 37, é vedada a obstinação terapêutica em casos de pacientes em estado terminal. Sendo que esse assunto foi mais fortemente discutido na Itália em 2003, quando o Comitê Nacional de Bioética editou um documento que versava sobre as diretivas antecipativas, influenciada pela Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina. Assim, em que pese não tenha leis sobre o testamento vital no país, as diretivas antecipativas são amplamente difundidas no país, servindo como forma de manifestar diversos interesses. (DADALTO, 2015).

Incluem-se, nessas diretivas, as doações de órgãos e tecidos, até mesmo do próprio corpo, para a pesquisa. É possível dizer que se trata de uma forma mais moderna de testamento, ou seja, não são os bens que são colocados no testamento, mas sim os todos os interesses não materiais da pessoa. O médico pode levar apenas em consideração os interesses do paciente caso eles se enquadrassem nos atuais procedimentos médicos, ou seja, desde que não haja avanços tecnológicos com relação à doença do paciente. Além do mais, o médico precisa justificar a tomada de decisão tendo em vista o aspecto médico com a vontade do paciente. (DADALTO, 2015).

O caso que aflorou a discussão das diretivas antecipativas na Itália ocorreu

em dezembro de 2006, alguns meses após a declaração pública de Welby, o médico anestesista Mario Riccio, que padecia de esclerose lateral amiotrófica, doença degenerativa semelhante à dele, decidiu acatar a determinação de Welby, convencido de que sua atuação como médico era lícita e de que a manifestação de vontade do artista estava isenta de coação, pressão social ou familiar(...)Processado, a juíza argumentou que o paciente havia manifestado seu desejo de interromper o tratamento médico e que esse é um direito constitucional, inexistindo, portanto, homicídio. O médico havia cumprido um dever profissional, atendendo ao desejo do paciente. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 106).

Segundo pesquisa realizada por Ignazio Marino, na Itália, três de cada quatro médicos são favoráveis ao testamento vital e 84% da população italiana tem interesse em exprimir sua vontade por meio de documento. Ademais, os italianos preferem decidir sozinhos ou delegar a decisão a terceiro, que não seja o juiz. (DADALTO, 2015).

Outro caso que chamou a atenção foi o de Eluana Englaro,

uma italiana que, aos 22 anos, após um acidente automobilístico ocorrido em 1992, entrou em um estado vegetativo persistente, sendo artificialmente mantida viva. O pai de Eluana, Beppino Englaro, iniciou uma batalha judicial para que fosse interrompida a nutrição artificial e o suporte de vida artificial que mantinham sua filha viva. Após uma longa demanda, com recusas iniciais do Tribunal de Apelação de Milão, em 1999, e, posteriormente, do Tribunal de Cassação, em 2005, a alta corte italiana, em 2008, permitiu que

Beppino Englaro, administrador de saúde e pai de Eluana, agisse como representante da sua filha, incapacitada de se manifestar, e recusasse os recursos artificiais que mantinham-na viva. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 106).

Na Itália, 124 municípios já estabelecem critérios próprios para o registro desses documentos e, ao mesmo tempo, torcem pela aprovação de um desses projetos em âmbito nacional. Dentre esses 124 municípios, é possível destacar Roma, Milão, Turim, Veneza e Florença. Assim, existe a possibilidade de, em breve, haver uma positividade do tema. Atualmente, há cinco propostas de lei que versam sobre diretivas antecipativas na Itália, sendo que uma é de iniciativa popular. Clama-se por uma lei federal que verse sobre o tema. (DADALTO, 2015).

Segundo Armando Andreut, o testamento vital não tem recebido muita atenção na América Latina, sendo que Porto Rico, que criou a Lei nº. 160 de 2001, autoriza a pessoa que estiver em suas plenas faculdades mentais, declarar previamente suas vontades em caso de EVP. Sendo assim, o primeiro país da América Latina a criar uma Lei Federal em face do assunto. (DADALTO, 2015).

Além de Porto Rico, “Argentina e Uruguai são países latino-americanos que possuem legislação que regulamenta as diretivas antecipadas de vontade.” (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 107).

A Argentina¹³¹ mostrou bastante interesse nas diretivas antecipativas, sendo que já havia legislação sobre o tema antes da promulgação da Lei Federal na Província de Rio Negro¹³². Assim, apesar da lei apenas ter sido promulgada em 2009, em 2007 a Província de Rio Negro já tinha positivado o assunto, mediante a criação da Lei nº. 4.263/2007¹³³.

Existe a preocupação com a pessoa para que ela tenha atendido o seu interesse em caso de futura incapacidade, ou seja, que fique incapacitada de expressar a sua

¹³¹É o país sul-americano com maior produção doutrinária acerca das instrucciones previas (diretivas antecipadas de vontade), que nele também recebem o nome de directivas anticipadas del paciente para tratamientos biomédicos. O instituto foi inicialmente regulamentado em âmbito regional e, posteriormente, uma lei federal foi editada estabelecendo o seu fundamento e os seus conceitos com eficácia nacional. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 106).

¹³²A Província de Rio Negro, por meio da Lei n. 4.263/2007, foi a primeira a regulamentar as diretivas antecipadas de vontade na Argentina. Além de delimitar conceitos e fundamentos, determinou a criação do Registro de Diretivas Antecipadas de Vontade, com competência provincial. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 108).

¹³³Artigo 1º Toda pessoa capaz tem o direito de expressar seu consentimento a respeito de tratamentos médicos que podem ser indicados a ele no futuro, em razão da perda de capacidade ou não ocorrência de circunstâncias clínicas que o impeçam de expressar sua vontade no momento. (DADALTO, 2015, p. 144/145).

vontade. Além do mais, os médicos não podem ser invasivos nos procedimentos, não podendo adotar métodos que sejam contrários ao interesse da pessoa.

Ademais, “a lei proíbe disposições de vontade contrárias à legislação, assim como aquelas cujo conteúdo verse sobre a recusa a cuidados paliativos, como analgesia, assim como a nutrição ou hidratação por vias naturais”. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 108).

Em seu artigo segundo, previa-se a criação de um Registro Estadual de Vontades Antecipadas, devendo a declaração de vontade ser anexada à primeira folha clínica do paciente que se encontra acamado. Tais vontades poderiam ser revogadas a qualquer tempo, desde que o paciente possuísse capacidade para tanto. A lei provincial proibia diretivas¹³⁴ contrárias ao ordenamento jurídico nacional. Poderia ser nomeado mais de um representante para manifestar os interesses¹³⁵ do paciente. (DADALTO, 2015).

É possível mencionar o caso julgado por Pedro Frederico Hooft, em que o esposo de uma paciente lúcida ajuizou uma ação judicial objetivando que não fossem realizados os procedimentos de traqueostomia e gastrostomia. Foi ouvida, inclusive, a paciente que, apesar de estar em estado terminal, ainda estava lúcida, sendo que Hooft decidiu¹³⁶ em face da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. (DADALTO, 2015).

Conforme mencionado anteriormente, não pode o médico querer realizar um procedimento que cause dor e sofrimento a um paciente sendo que tal procedimento pode ser visto como extraordinário e, principalmente, contrário aos interesses da pessoa. Preza-se pelos interesses e pelas convicções pessoais dentro do plano de vida de cada pessoa.

¹³⁴A norma reconhece a existência do mandato duradouro, pelo qual será nomeado um representante para o outorgante, que tomará decisões no seu lugar caso esteja incapacitado para manifestar sua vontade. A lei inova ao permitir que o ex-cônjuge ou ex-companheiro desempenhe essa função, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 108).

¹³⁵Em 2004, foram aprovados os atos de autoproteção são manifestações de pessoa maior e com discernimento, nos quais ela faz declarações prévias para o final da sua vida e referentes ao seu patrimônio, na hipótese de futuramente encontrar-se incapacitada para expressar sua vontade. A Lei n. 26.529/2009, que versa sobre os direitos do paciente, regulamentou diretivas antecipadas em todo o território argentino. Ela é composta por 25 artigos, dos quais apenas um trata as diretivas antecipadas; os outros versam sobre os direitos do paciente em relação aos profissionais e às instituições de saúde. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 108).

¹³⁶Contrariar a vontade expressa da paciente implicaria desnaturalizar o fim da Medicina, incorrendo em verdadeira distanásia, ao realizar um tratamento em clara oposição com a vontade livremente expressada pelo paciente de acordo com suas convicções pessoais e seu plano de vida. Em casos como este, a opção a favor de cuidados paliativos não invasivos pressupõe a opção a favor de atitudes fundamentais: o respeito pela dignidade à pessoa e a aceitação da finitude da condição humana. (DADALTO, 2015, p. 149/150).

Embora tenha sido promulgada a Lei Federal nº. 26.529, que trata dos direitos dos pacientes em relação aos profissionais da saúde, essa dispõe apenas de 25 artigos, não resolvendo o problema do menor de idade poder realizar tal diretiva mesmo tendo discernimento. Ela não menciona algumas possibilidades como: a criação de um registro nacional; quais tratamentos podem ser suspensos e como será a forma desse documento. Em que pese a lei tenha tentado resolver alguns problemas, acabou por criar outros, como: permite ao paciente recusar-se a tratamentos paliativos; não menciona o fato do médico se negar a realizar o procedimento tendo em vista convicções morais do profissional. (DADALTO, 2015).

Assim, embora a Argentina tenha criada uma Lei Federal sobre o tema, o que pode ser considerado um grande avanço comparado com os demais países da América, não conseguiu deixar claras algumas questões sobre as DAV's, conforme acima mencionadas.

O Uruguai¹³⁷ além de ser o pioneiro em relação à autorização do procedimento da eutanásia/ortotanásia, em 2009 aprovou a Lei¹³⁸ que institui o testamento vital¹³⁹ no ordenamento jurídico.

Com base em alguns dos países anteriormente citados, DADALTO, trabalha com a possibilidade da criação de uma proposta de Projeto de Lei sobre o tema no Brasil¹⁴⁰. Usou o melhor e os pontos a serem melhorados da legislação sobre o tema dos EUA, Espanha, Portugal e Argentina para criar tal compilado.

¹³⁷Foi aprovada a Lei n. 18.473 que instituiu o testamento vital no ordenamento local. A lei contém onze dispositivos, estabelecendo o primeiro deles que toda pessoa maior de idade e psicologicamente apta, de forma voluntária, consciente e livre, pode expressar antecipadamente sua vontade no sentido de opor-se à futura aplicação de tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem a vida em detrimento da sua qualidade, se se encontrar enferma de uma patologia terminal, incurável e irreversível. Isso permite que a pessoa possa antecipadamente declarar que recusa terapias médicas que apenas prolongariam sua existência, em detrimento da sua qualidade de vida. (GODINHO, 2012, p. 961).

¹³⁸A norma não traz grandes inovações. Reconhece a competência de toda pessoa maior de idade e com discernimento de elaborar uma declaração prévia para o fim da vida, manifestando seu desejo de recusar futuros tratamentos médicos que prolonguem seu processo de morte. A lei faz uma ressalva aos cuidados paliativos, que devem ser mantidos para assegurar o bem-estar, a qualidade de vida e a dignidade do paciente. Ademais, inova ao prescrever a possibilidade de um consentimento prévio a tratamentos e práticas obstinadas que objetivem prolongar a vida, ainda que com sacrifício da sua qualidade, em nítido respeito à autonomia da vontade do paciente. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 107).

¹³⁹Devem obrigatoriamente ser apresentadas na forma escrita; o subscritor deve ser maior e capaz; é obrigatória a presença de duas testemunhas, que não podem ser o médico que acompanha o paciente ou qualquer funcionário da instituição de saúde em que ele está internado; o documento deve ser anexado ao histórico clínico do paciente; a declaração de vontade pode ser revogada a qualquer momento e por qualquer meio, sendo necessário dar ciência ao médico, que se encarregará de incluir a nova orientação no histórico clínico do declarante. (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 107).

¹⁴⁰Art. 1º Fica Instituído no Brasil o direito à feitura de Diretivas Antecipativas de Vontade nos termos desta Lei.

Ainda que muitos países não façam uma diferença desses três institutos, o Projeto estaria preocupado em fazê-lo. Assim, o testamento vital e o mandato duradouro farão parte das diretivas antecipativas.

A capacidade pode ser entendida como a capacidade civil, mas existem exceções, mas sobre essas ressalvas caberia ao judiciário decidir. Ademais, trata-se o que pode ser considerado como terminalidade, já que nas legislações de alguns países acima mencionados isso não ficou claro.

Em que pese Dadalto querer colocar uma clara diferenciação entre os três institutos, quais sejam: diretivas antecipativas, testamento vital e mandato duradouro, pensou na hipótese de no testamento vital conter uma cláusula sobre o mandato duradouro, bem como da nomeação de qualquer pessoa, com ou sem vínculo com a pessoa.

Trouxe, ainda, quanto à formalidade, o que vem sendo usado nos demais países, nos art. 4º ao 6º¹⁴¹. A ideia é boa, no entanto, o problema seria a aplicabilidade no Brasil.

Art. 2º É assegurado a toda pessoa capaz o direito a realizar diretivas antecipativas, separada ou conjuntamente, nas quais se inserem o testamento vital e o mandato duradouro. §1º Testamento vital é um documento escrito por uma pessoa capaz, no pleno exercício de suas capacidades, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade, acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido caso se torne um paciente em terminalidade de vida, esteja em EVP ou com uma doença crônica fora de possibilidades terapêuticas e esteja impossibilitado de manifestá-la. §2º Mandato duradouro é a nomeação de um procurador de cuidados de saúde, cujas atribuições consistem em expressar a vontade do paciente, acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido, quando estiver em estado de terminalidade. §3º A capacidade será aferida, via de regra, de acordo com a lei civil, entretanto, o Poder Judiciário poderá ser provocado pelo interessado em redigir diretivas antecipativas, a se manifestar acerca do discernimento de indivíduos tidos, pela lei civil, como incapazes, a fim de garantir a esses o direito de redigi-las. §4º O estado de terminalidade é o quadro clínico fora de possibilidades terapêuticas e cujo a morte é iminente. §5º O EVP é o quadro clínico de completa ausência de consciência de si e do ambiente circulante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral. §6º A doença crônica fora de possibilidade terapêuticas é aquela cujo quadro clínico importa em diminuição de capacidades funcionais do paciente e não possui possibilidades terapêuticas.

Art. 3º É facultado ao outorgante o direito de redigir um testamento vital contendo cláusula de nomeação de procurador, hipótese em que o mandato duradouro será incorporado ao testamento vital. Parágrafo único: O outorgante poderá nomear como seu procurador qualquer pessoa, com ou sem vínculo de parentesco, desde que o procurador seja civilmente capaz e aceite o múmus. (DADALTO, 2015, p. 192/194).

¹⁴¹Art. 4º As diretivas antecipativas serão feitas no Cartório de Notas, por escritura pública.

Art. 5º O tabelião responsável pelo Cartório de Notas em que as Diretivas Antecipativas de Vontade forem lavradas deverá, em um prazo de quarenta e oito horas, contados do registro, enviá-las ao Registro Nacional de Testamento Vital, criado para tal fim.

Art. 6º Compete ao Ministério da Saúde criar o Registro Nacional de Testamento Vital, em prazo máximo de um ano, a contar da publicação desta lei. §1º O Registro Nacional de Testamento Vital deverá ser informatizado e deve dispor de uma página na internet contendo informações detalhadas sobre o documento, modelos de documentos e registro de todos os documentos. §2º O outorgante poderá, a qualquer momento, consultar seu Testamento Vital, mediante senha. Contudo, qualquer alteração no documento só poderá ser realizada em cartório de notas. §3º Os médicos que estiverem

O problema no Brasil seria criar o Registro Nacional de Testamento Vital, pois, como se sabe, nem os Registros Cíveis estão interligados atualmente, apesar de terem evoluído muito nos últimos anos. Além do mais, para a criação desses sistemas interligados, seria necessário investir um valor muito alto. Apesar disso, é possível perceber que é um assunto de suma relevância tendo em vista a atualidade.

Em relação à realidade brasileira, quanto à capacidade, seria possível analisar e apontar que somente maiores de 16 anos e menores de 18 anos poderiam fazer o testamento vital mediante autorização judicial, sendo os menores de 16 anos impossibilitados de qualquer maneira.

No Brasil o assunto poderia gerar muita polêmica, sob a análise do art. 1860, parágrafo único, do Código Civil,

no Brasil, o testamento vital, supondo-se ser possível aceitar sua validade, deveria ser realizado pelo interessado plenamente capaz (rompendo-se com a regra aplicável aos testamentos contemplados pelo Código Civil, que podem ser realizados pelos maiores de 16 anos, consoante estipula o seu art. 1.860, parágrafo único), sendo também fundamental averiguar se o consentimento é prestado de forma livre e espontânea, isto é, isento de erro, dolo ou coação. (GODINHO, 2012, p. 962).

Quanto à forma com a qual o documento pode ser redigido, bem como aquilo que pode e não pode ser tratado no mesmo, estaria disposto a partir do art. 7º¹⁴², bem como demais disposições.

Preza-se pela criação de comitês especializados para ajudar as pessoas a redigir as suas diretivas, o que em tese não seria tão difícil quanto à criação do Registro

tratando do paciente terminal terão acesso ao Registro, mediante senha.§4º Os hospitais, nos quais o paciente terminal esteve internado, terão acesso ao Registro mediante senha. (DADALTO, 2015, p. 194/195).

¹⁴²Art. 7º As diretivas antecipativas devem ser redigidas de forma clara, dispondo especificamente sobre os tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido, a fim de não causar interpretações díspares. Para tanto, todos os hospitais públicos devem criar um comitê especializado no assessoramento de pessoas que desejam redigir suas declarações prévias.

Art. 8º Para efeitos do Testamento Vital será válidas apenas disposições de recusa a tratamentos fúteis, entendidos como tratamentos que visam apenas prolongar a vida do paciente, sem apresentar qualquer benefício quanto à qualidade de vida.

Art. 9º É permitido ao paciente dispor sobre suspensão da hidratação e alimentação.

Art. 10. Não serão eficazes disposições que versem sobre suspensão ou não aplicação de medicamentos que aliviem a dor.

Art. 11. As diretivas antecipativas podem ser revogadas e /ou modificadas a qualquer tempo pelo outorgante.

Art. 12. As diretivas antecipativas obrigam todos os profissionais de saúde, os hospitais e os parentes do outorgante.§1º Os profissionais de saúde têm direito à objeção de consciência. Neste caso, deverão encaminhar o paciente a outro profissional. § 2º Caso não exista outro profissional, não será possível que o médico se valha da objeção de consciência. (DADALTO, 2015, p. 195/196).

Nacional de Testamento Vital, pois os hospitais teriam muito interesse em aplicar as diretivas, principalmente, os médicos. Nas diretivas, seria possível apenas solicitar que os tratamentos fúteis fossem suspensos, bem como cuidados paliativos também não poderiam ser recusados. Diante da liberdade da manifestação da vontade, propõe-se que as diretivas antecipativas possam ser modificadas e revogadas a qualquer momento.

A preocupação com o profissional da saúde não pode ser absoluta, pois, caso contrário, infringiria o interesse do paciente. Ademais, alguns procedimentos podem ser considerados inerentes ao ofício. Assim, como em algumas oportunidades pode ocorrer com outros profissionais, como é o caso do defensor público, que em algumas ocasiões, por questões éticas, preferiria não defender um estuprador, por exemplo.

Ainda poderiam ser analisados cinco pontos para a criação de um modelo de Declaração Prévia de Vontade do paciente em fim de vida, como requisitos para a criação do documento:

- a) Valores e desejos: cujo o objetivo é deixar claro quais são os valores que fundam a vida do paciente e quais são os desejos destes, a fim de nortear as decisões da equipe médica e do procurador nomeado.
- b) Decisões sobre o fim da vida: para quais são os estados clínicos nos quais o paciente deseja recusar tratamentos/procedimentos e quais os tratamentos/procedimentos recusados pelo outorgante.
- c) Outras disposições: disposições gerais acerca do local onde o outorgante gostaria de passar seus últimos momentos em vida, do enterro ou cremação, e do reconhecimento da função do documento.
- d) Diretrizes para a equipe médica: informa a equipe médica se o paciente possui médico de confiança e esclarece sobre o objetivo do documento e da plena consciência do paciente acerca do papel da equipe e das limitações.
- e) Revogação: manifestação da ciência da possibilidade de revogação do documento a qualquer tempo. (DADALTO, 2015, p. 198).

Os valores seriam para tentar entender o porquê da tomada dessa decisão; as decisões para analisar quais os tratamentos que devem ou não ser interrompidos; nas outras disposições, suas últimas vontades; nas diretrizes médicas, tentar analisar de que forma vem sendo acompanhado por médicos e a revogação, que já foi tratada anteriormente.

Percebe-se que se trata de uma preocupação muito além da simples manifestação da vontade ou do interesse, pretende-se, também, tentar entender o estilo de vida do paciente como forma de entender o porquê da tomada de tal decisão, ou seja, não existe apenas uma preocupação fria com o paciente. Objetiva-se entender o paciente tanto nas suas aflições como nos seus desejos e vontades.

Por fim, a proposta trazida por Dadalto é boa, no entanto, merece ser discutida e analisada de maneira minuciosa, pois se trata de um assunto de extrema importância e principalmente complexidade, sendo que uma vez regulado pode trazer discussões ainda mais complexas sobre o assunto, como ocorreu na Argentina.

Embora seja um assunto relevante, não se sabe quanto tempo pode levar para ser discutido e positivado. O problema é que, enquanto isso não acontece, às pessoas e, principalmente, os profissionais da saúde, médicos, sobretudo, ficam num limbo legal, em que não há regulamentação para nenhum dos lados.

Para dar uma solução a essa insegurança, seria pertinente

a promulgação de uma lei que expressamente contemplasse e regulamentasse as diretivas antecipadas não encontraria semelhante empecilho, haja vista se tratar de matéria que necessariamente seria regida de forma unitária por todo o território nacional, através de lei federal. (GODINHO, 2012, p. 958).

Havendo uma lei federal que verse sobre esses institutos, possivelmente problemas quanto ao tema seriam sanadas. A partir de agora, será feita uma análise mais aprofundada em relação ao testamento vital e o mandato duradouro.

4.2.2 Testamento vital

O testamento vital é conhecido por diversas formas, nos EUA é conhecido como *living will*, na Itália, testamento biológico, na França, *testament de vie*, na Espanha, *instrucciones previas*. (DADALTO, 2015).

Em relação ao conceito de testamento vital, é possível afirmar:

A nomenclatura testamento vital é fruto de errôneas e sucessivas traduções de *living will*. O erro da tradução cinge-se basicamente à incompatibilidade das características do testamento vital com a característica principal do testamento, qual seja, a produção de efeitos *mortis causa*, pois o conceito apresentado acima deixa claro que essa declaração surtirá efeito durante a vida do paciente. (DADALTO, 2015, p. 97).

O testamento vital pode ser entendido ainda como,

testamento biológico, testamento de vida ou testamento do paciente consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma. (GODINHO, 2012, p. 956).

É possível perceber que se tem feito muita confusão em relação a esses termos, mas essa confusão se deve, por vezes, ao fato da origem do termo. O testamento vital, diferentemente dos demais testamentos, gera efeitos em vida.

O testamento vital pode ser mais eficaz em relação ao mandato duradouro no seguinte sentido,

o testamento vital, desde que bem redigido, poderá garantir com maior fidelidade o cumprimento a vontade do celebrante, pois evitará que outra pessoa (o procurador, no caso do mandato duradouro) porventura venha a distorcer de algum modo o sentido dos interesses do paciente. (GODINHO, 2012, p. 970).

No testamento vital é possível prever inúmeras possibilidades, como, por exemplo, se a pessoa em estado terminal deseja ficar ligada a aparelhos, ou ainda, se quiser realizar a doação de seus órgãos. Trata-se de um documento que produz efeitos *erga omnes*, vinculando parentes, médicos, curadores, procuradores de saúde. (DADALTO, 2015).

Além do mais,

o testamento vital, enfim, permite que seja o próprio indivíduo a decidir sobre sua vida e saúde, e não seus familiares, aos quais, em tese, recairia o encargo de consentir quanto aos tratamentos médicos, sempre que o próprio interessado não tiver o necessário discernimento para fazê-lo. (GODINHO, 2012, p. 961).

O testamento vital pode evitar a jurisdicionalização da morte, pois, em algumas hipóteses, o médico pode se recusar a cumprir as diretivas antecipativas. Inclusive, tal recusa se encontra expressa no artigo 28, do Código de Ética Médico, que trata que é direito do médico recusar a realização de atos que, embora permitidos por lei, sejam contrários à sua consciência, ou seja, o médico não é obrigado a realizar um procedimento mesmo que legalmente aceito, mas, no entanto, não o fazendo, deve encaminhar o paciente para um médico que o possa realizar. Sem contar que alguns médicos optarão por não realizar a Suspensão do Esforço Terapêutica por medo de incorrer na eutanásia passiva consentida. (DADALTO, 2015).

Tenta-se fazer uma distinção entre eutanásia passiva e Suspensão de Esforço Terapêutico:

A eutanásia passiva, ainda que consentida, pressupõe, segundo Gray, a suspensão de meios terapêuticos proporcionados e úteis – aqui denominados

de tratamentos ordinários ou cuidados paliativos -, no testamento vital pretende-se a retirada de tratamentos extraordinários ou fúteis. Ou, em outras palavras, na eutanásia provoca-se a morte, enquanto a suspensão do esforço terapêutico permite que ela ocorra de modo natural, o que, por conseguinte, é denominado de ortotanásia (...). (DADALTO, 2015, p.101/102).

Tratamentos contraindicados para a patologia do paciente ou que não sejam mais aplicados devido à evolução tecnológica médica não podem ser consideradas, tendo vista o melhor interesse do paciente. (DADALTO, 2015).

Apesar de o testamento vital poder trazer certa segurança quanto à tomada de decisões em face do paciente, tais decisões ainda podem ser questionáveis, conforme levanta Dworkin:

[...] pode parecer fácil quando o paciente assinou um testamento de vida determinando o que deve ser feito em tais circunstâncias, ou quando expressou seus desejos de modo menos formal, mas ainda assim eloquente – por exemplo, repetindo-se muitas vezes a seus parentes. Mesmo em tais casos, porém não há garantia de que não viria a mudar de ideia em algum momento posterior à última declaração formal ou informal, ou que não mudaria de ideia se tivesse voltado a refletir sobre a questão. (DWORKIN, 2003, p. 269).

A preocupação de Dworkin pode ser considerada real, porém, sabe-se que, na maioria dos casos, existe uma vasta complexidade, embora muitas vezes seja necessária a tomada de uma decisão. O testamento vital não é um instituto que procura trazer uma certeza do interesse do paciente, o que seria impossível, mas procura dar um direcionamento no sentido daquilo que o paciente prefere que seja feito caso fique incapacitado de expressar a sua vontade.

Muitas dessas pessoas que assinam os testamentos em vida não pensam apenas em si, mas também pensam nos seus parentes amigos e familiares. No gasto de tempo, dinheiro, sem contar o desgaste emocional pelo qual essas pessoas passarão. Além do mais, esse testamento é uma forma de evitar o sofrimento físico para a própria pessoa.

O testamento vital pode ser considerado um negócio jurídico solene, escrito e registrado em cartório competente. Em boa parte dos países não há a possibilidade da realização testamento vital, pois não existem cartórios específicos para a sua realização. É possível discutir essa necessidade de registrar em cartório, bem como da participação de testemunhas.

Nos Estados Unidos,

a primeira lei sobre o testamento vital foi editada na Califórnia, em 1976, e rapidamente serviu como referência para o surgimento de diplomas

semelhantes naquele país. Até 1986, mais de 30 estados americanos já haviam legislado sobre o assunto. Já em 1990, emergiu, como norma federal, a Lei de Autodeterminação do Paciente (“Patient Self-Determination Act”), com o propósito de estimular a elaboração, pelos pacientes, de diretivas antecipadas, segundo as leis estatais que versem sobre o tema. (GODINHO, 2012, p. 957).

Em relação à forma, o testamento vital, caso fosse implementado no Brasil, poderia ser público ou privado como ocorre na Espanha. Na primeira forma é registrado em cartório, na segunda, é assinado na presença de testemunhas, não há uma previsão legal que fale sobre a quantidade de testemunhas. (DADALTO, 2015).

Na Espanha,

a primeira norma de caráter nacional sobre o tema sobreveio com a Lei n. 14, de 14 de novembro de 2002, cujo art. 11, ao regulamentar as “instruções prévias” – nomenclatura que, naquele país, substituiu as “diretivas antecipadas” –, estabelece os pressupostos essenciais para a validade do ato, entre eles a plena capacidade do agente. A norma tem o mérito, ainda, de fazer referência não apenas ao testamento vital (embora este termo não tenha sido expressamente contemplado na lei), mas também à possibilidade de se nomear um representante, para servir como interlocutor entre o representado e a equipe médica e assegurar o estrito cumprimento das instruções prévias (tema que será objeto de análise no tópico a seguir). (GODINHO, 2012, p. 958/959).

Caso tal documento fosse lavrado por meio de escritura pública, haveria a necessidade da criação de um banco nacional de declarações de vontade. Assim, deveria o cartório ter um prazo exíguo para encaminhar o testamento vital para o registro nacional sob pena de que seja inócuo.

Estuda-se a possibilidade de que no Brasil o documento apenas possa ser feito de forma pública, para evitar maiores complicações. Em São Paulo, por exemplo, de acordo com as disposições do provimento CG 06/1994, objetiva-se implementar um registro único de testamentos. Tal ideia se difundiu em outros Estados, sendo que, em Minas Gerais, o registro único ainda está em fase de implementação. (DADALTO, 2015).

Segundo a Resolução nº. 1.638/2002, o prontuário do paciente tem o dever de conter:

Documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo. (Conselho Federal de Medicina. Resolução nº. 1.638/2002).

O prontuário médico, quando for em meio eletrônico, pode ser assinado eletronicamente. Seria recomendável que o testamento vital fosse anexado junto ao prontuário do paciente. Em caso de não existência de testamento vital do paciente, que fosse emitida uma certidão que declarasse tal informação. Essas informações poderiam ajudar, bastante, os profissionais da saúde.

Em relação ao discernimento, é possível afirmar que o simples fato da pessoa não possuir capacidade não deve ser um fato impeditivo e limitador da autonomia privada. Flexibilizar os institutos da incapacidade e da curatela podem ser uma alternativa na busca de atender os interesses do paciente.

Para isso,

a admissibilidade do testamento vital e o reconhecimento da sua validade e eficácia apresentam a conveniência de eliminar eventuais conflitos entre os parentes e mesmo entre o consentimento destes e a verdadeira intenção do paciente. Com efeito, o aspecto de maior relevo consiste em evitar ambiguidades, pois o próprio paciente terá explicitamente antecipado seu consentimento ou dissentimento quanto a determinadas práticas médicas; mais do que isso, o instrumento é redigido num momento em que o indivíduo não apenas goza da plenitude de suas faculdades mentais, mas também não se vê na iminência de ter de aceitar ou rejeitar de plano determinados cuidados médicos, o que lhe permitirá refletir com mais cautela sobre sua vida e sua saúde. (GODINHO, 2012, p. 961).

É possível fazer a seguinte analogia: um menor de idade que queira fazer um testamento vital apenas poderá fazê-lo caso tiver uma ordem judicial para tanto, no entanto, essa ordem judicial apenas poderá ser negada caso o menor não possuir discernimento para tanto. Todavia, quando completar a maioridade, deverá ratificar tal declaração.

Essa possibilidade deve ser permitida ao menor uma vez que ninguém sabe melhor do que ele quais são os seus interesses e vontades. Ademais, apesar de escritos e válidos, podem ser revogados a qualquer momento, não se tratando de algo irrevocável.

Quanto ao prazo de validade das diretivas antecipativas, existe uma grande preocupação, pois, devido aos avanços tecnológicos médicos, uma doença que não tinha cura no momento da criação do testamento vital daqui a pouco tempo pode ter cura. Esse foi o argumento do legislador português para impor à DAV um prazo de validade de 05 anos, conforme prevê a Lei nº. 25/2012. (DADALTO, 2015).

Em que pese respeito a tal entendimento, Dadalto não enxerga a necessidade de impor ao testamento vital um prazo de validade, pois assim como acontece no testamento de bens esse também é passível de revogação, ou mesmo, caso os médicos

percebam que o tratamento passou de extraordinário para ordinário deverão aplicá-lo sem analisar o interesse do paciente.

No que tange ao argumento dos avanços medicinais, esses da mesma forma podem ser combatidos de maneira clara:

A simples verificação dos limites do testamento vital, quais sejam, a inaplicabilidade de disposições contrárias a ordenamento jurídico brasileiro, de disposições contraíndicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos que já tenham sido modificados pela ciência médica. Desta feita, a simples verificação de que a medicina avançou e que determinado tratamento ou não tratamento disposto no testamento vital não é mais utilizado/recomendado revoga tacitamente a disposição, não havendo, portanto, razão em se prever prazo de validade para o instituto. (DADALTO, 2015, p. 190).

Assim, o testamento apenas deve ser aplicado aos casos em que a situação fática seja a mesma daquela da criação do documento, sendo que qualquer diferença deve ser, minuciosamente, analisada.

Nos EUA, por exemplo, o testamento vital apenas possui eficácia após 14 dias da sua criação, acreditou-se que seria um período em que a pessoa que realizou o mesmo pudesse se arrepender e revogá-lo. Na Espanha não existe prazo já que pode ser revogado a qualquer momento. (DADALTO, 2015).

Na realidade brasileira,

não há norma jurídica que regule o testamento vital, embora não exista razão que impeça a discussão de sua validade e eficácia. Por não vigorar, quanto aos atos jurídicos, o princípio da tipicidade, os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não contempladas em lei, contanto que tal conduta não venha a representar qualquer afronta ao ordenamento. (GODINHO, 2012, p. 957).

No Brasil seria possível estudar a ideia de que ele poderia ser eficaz no momento em que for juntado ao prontuário médico, tendo assim efeito *erga omnes*, tendo em vista o testamento ter sido fornecido pelo Registro Nacional de Testamento Vital. Caso o médico possua algum impedimento moral para realizar tal procedimento deve encaminhar o paciente a outro médico para que dê andamento ao procedimento solicitado no testamento¹⁴³. (DADALTO, 2015).

¹⁴³As possibilidades trazidas são meramente hipotéticas, pois não há nenhuma regulamentação sobre o assunto.

4.2.3 Mandato duradouro

Nas diretivas, podem ser abordados dois institutos: o testamento vital e o mandato duradouro, sendo que o testamento vital já foi visto. O mandato duradouro pode ser visto da seguinte forma:

É um documento no qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente - definitiva ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento. O procurador decidirá tendo como base a vontade do paciente. (DADALTO, 2015, p. 91).

Trata-se de um instituto no qual deve haver uma intimidade muito grande entre o outorgante e o outorgado, pois o outorgado deve refletir sobre quais poderiam ser os interesses derradeiros e verdadeiros do paciente. É possível se adentrar na discussão de quem deveria ser o outorgado, cônjuge, pai e mãe, irmão, enfim, mas acredita-se que cabe ao paciente decidir quem deve ter esse poder ou responsabilidade.

Nesse sentido,

O instituto do mandato duradouro pressupõe a constituição de um mandatário, aí designado “procurador de cuidados de saúde”, que recebe poderes expressos para, ao agir em nome do paciente e segundo instruções por ele transmitidas, decidir acerca dos tratamentos e cuidados com a saúde o próprio representado admite ou rejeita para si. O referido procurador, portanto, atuará como um interlocutor entre o paciente, cujas instruções deverá fielmente seguir, e a equipe médica. (GODINHO, 2012, p. 968).

Ainda é prudente que o paciente e o procurador tenham previamente discutido as possibilidades em relação à tomada de decisões futuras. Essa é uma das razões pelas quais é defendido o fato de que um terceiro imparcial, como um juiz, não possa decidir em face dos interesses de uma pessoa, bem como do juiz nomear um familiar para tomar tal decisão pelo paciente. Já que mesmo pessoas da família poderiam tomar uma decisão diversa à querida pelo paciente, em face de aspectos morais ou religiosos.

Em relação à aplicabilidade do mandato duradouro, entende-se:

(...)a aplicabilidade não se restringe a situações de terminalidade da vida, seria interessante fazer um testamento vital contendo a nomeação de um procurador (mandato duradouro), e, concomitantemente redigir um mandato duradouro, nomeando o mesmo procurador – para que não haja conflito entre os documentos – a fim de que este possa agir em situações que envolvam fim da vida. Inexistindo o procurador seria necessária a nomeação de uma equipe médica, de um juiz ou até um comitê de ética do hospital para dirimir conflitos existentes entre os parentes do incapaz, pautando-se nos melhores interesses dos pacientes. (DADALTO, 2015, p. 95/96).

É possível mencionar algumas vantagens do mandato duradouro em relação ao testamento vital, em que pese que ambos tenham peculiaridades,

ao contrário do testamento vital, em que a declaração se projeta para um futuro possivelmente bastante distante e incerto –, o mandato duradouro assegura que a vontade do paciente será realmente respeitada, segurança que não se verifica no testamento vital, posto que, neste caso, não haverá uma pessoa escolhida pelo interessado para acompanhar se os procedimentos médicos efetivamente caminham no mesmo rumo das decisões por ele declaradas. Outra vantagem do mandato duradouro consiste no fato de que o procurador, diante de uma situação inesperada e imprevista pelo próprio paciente, pode adequar a vontade deste às vicissitudes do caso concreto, liberalidade que, à partida, não se verifica no testamento vital. (GODINHO, 2012, p. 969/970).

O mandato duradouro iria surtir efeitos, também, em caso de incapacidade temporária, já o testamento vital apenas surtiria efeitos em caso de incapacidade definitiva. Por isso, seria necessário que o testamento vital e mandato duradouro fossem feitos separadamente, o que inviabilizaria utilizar o procurador em caso de incapacidade temporária.

5 ANÁLISE DE ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O direito à eutanásia/ortotanásia até pode ser bastante discutido no meio jurídico, médico e acadêmico, no entanto, existe pouca judicialização em relação ao mesmo.

Optou-se, assim, por trabalhar dois acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para analisar e buscar entender o entendimento judicial local sobre o assunto.

A pesquisa foi realizada entre o período de 20 de janeiro de 2007 a 20 de janeiro de 2017, tendo duração de dez anos, no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no ícone de pesquisa jurisprudencial. Foram utilizados como objeto de pesquisa os seguintes termos: eutanásia; ortotanásia; mistanásia; distanásia; suicídio assistido; morte piedosa; diretivas antecipativas; testamento vital; mandato duradouro.

Quando utilizado o termo eutanásia apareceram poucos acórdãos, dentre desses a maioria versava sobre o procedimento em animais. O termo ortotanásia foi o mais preciso na busca, localizando os dois acórdãos se enquadraram diretamente no objeto do estudo, sendo que esses serão objeto da análise. O termo testamento vital trouxe apenas um dos acórdãos elencados. E por fim, os termos mistanásia, distanásia, suicídio assistido; morte piedosa; diretivas antecipativas e mandato duradouro não apresentaram nenhuma localização.

Finalmente, tendo em vista que dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se enquadraram no assunto trabalhado, os mesmos serão analisados, quais sejam: apelação cível nº. 70054988266 e a apelação cível nº. 70042509562.

5.1 Apelação Cível nº. 70054988266, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Trata-se de uma apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual objetivando a concessão de alvará para suprimir a vontade de uma pessoa idosa, em que o médico do paciente procurou ajuda junto ao Ministério Público para poder realizar o procedimento cirúrgico.

O idoso está com uma necrose no pé esquerdo, que é resultado de uma lesão sofrida em novembro de 2011, tal fato vem lhe trazendo inúmeras complicações, como emagrecimento progressivo, anemia que, por consequência, resulta do direcionamento da corrente sanguínea para a lesão tumoral, razão pela qual precisaria amputar o pé.

O laudo da psicóloga no processo menciona que o paciente é depressivo, e que enxerga na morte um alívio, sendo que em, primeira instância, o pedido do alvará foi indeferido sob o argumento de que o paciente é pessoa capaz, tendo liberdade para agir, mesmo que esse interesse possa causar a sua morte, não cabendo ao Estado interferir nesse caso.

Nas razões de apelação, o Ministério Público salienta a importância da amputação, pois o idoso corre o risco de morrer em virtude de uma infecção generalizada. Ainda que o idoso não possua condições psíquicas de recusar o tratamento cirúrgico, pois apresenta quadro depressivo e que deve prevalecer o direito à vida, que é inviolável em face da Constituição Federal, a procuradoria opinou pelo desprovimento do apelo.

Inúmeros institutos foram citados no acórdão, conforme se percebe na ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.
2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.
3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.
4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.
5. Apelação desprovida. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 7005498826).

Pode-se ressaltar dentre as menções que foram feitas na ementa a ortotanásia, o testamento vital e a Resolução 1.995/2012, que serão discutidos mais adiante.

A decisão em desprover o apelo do Ministério Público Estadual foi unânime, sendo que o voto do relator foi acompanhado pelos demais desembargadores que julgaram o caso em tela.

No voto do relator foram trazidos os conceitos de eutanásia, ortotanásia e distanásia:

(a) a eutanásia, também chamada “boa morte”, “morte apropriada”, suicídio assistido, crime caritativo, morte piedosa, assim entendida aquela em que o paciente, sabendo que a doença é incurável ou ostenta situação que o levará a não ter condições mínimas de uma vida digna, solicita ao médico ou a terceiro que o mate, com o objetivo de evitar os sofrimentos e dores físicas e psicológicas que lhe trarão com o desenvolvimento da moléstia, o que, embora todas as discussões a favor e contra, a legislação brasileira não permite;

(b) a ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar o sofrimento, morte sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural, o que vem sendo entendido como possível pela legislação brasileira, quer dizer, o médico não é obrigado a submeter o paciente à distanásia para tentar salvar a vida;

(c) a distanásia, também chamada “obstinação terapêutica” (L’archementthérapeutique) e “futilidade médica” (medical futility), pela qual tudo deve ser feito, mesmo que o tratamento seja inútil e cause sofrimento atroz ao paciente terminal, quer dizer, na realidade não objetiva prolongar a vida, mas o processo de morte, e por isso também é chamada de “morte lenta”, motivo pelo qual admite-se que o médico suspenda procedimentos e tratamentos, garantindo apenas os cuidados necessários para aliviar as dores, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

Reforçou que o presente caso se trata da ortotanásia:

O caso sub judice se insere na dimensão da ortotanásia. Em suma, se o paciente se recusa ao ato cirúrgico mutilatório, o Estado não pode invadir essa esfera e procedê-lo contra a sua vontade, mesmo que o seja com o objetivo nobre de salvar sua vida. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

Nesse caso, cabem algumas discussões, pois os posicionamentos podem ser os mais diversos, em que pese seja possível fazer uma analogia do caso ao procedimento da ortotanásia. Pode causar um pouco de estranheza numa primeira análise, pois se está acostumado a ouvir o termo ortotanásia para pessoas que estão em estágio terminal de vida e não querem dar seguimento ao tratamento, e no presente caso não fica muito elucidado em qual estágio de tratamento o paciente se encontra. Assim, poderia o aspecto da ortotanásia ser citado como uma razão suplementar no presente caso.

Foi trazido o aspecto religioso:

Com efeito, o Papa João Paulo II, ao promulgar, em 1995, a Encíclica *Evangelium Vitae*, condenou apenas a eutanásia e a distanásia, silenciando quanto à ortotanásia. Isso é interpretado como implícita a sua admissão pela Igreja Católica, que é, como sabemos, bastante ortodoxa nos temas relativos à defesa da vida. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

O aspecto religioso foi mencionado, objetivando justificar a admissibilidade da realização do procedimento da ortotanásia pela Igreja Católica.

Trazidas ainda razões constitucionais:

Resumindo, o direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. Em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Ninguém pode ser processado criminalmente por tentar suicídio. (...), a Constituição instituiu o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter à cirurgia ou tratamento. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

Tratam-se de argumentos fortes e contundentes trazidos ao caso, argumentos esses que também já foram abordados na parte teórica do presente trabalho.

O embasamento doutrinário foi no seguinte sentido:

Sem adentrar na disciplina dada a esses temas pela Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, e ficando no âmbito constitucional e infraconstitucional, pode-se dizer que existe razoável doutrina especializada no sentido da previsão da ortotanásia, por exemplo, o Artigo ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA ORTOTANÁSIA: O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE, de autoria do Dr. Thiago Vieira Bomtempo, disponível no seu portal jurídico na Internet. Conforme o Artigo acima citado, o entendimento de que “não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento, embora haja o dever estatal de que os melhores tratamentos médicos estejam à sua disposição”, é também defendido por Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Acrescenta que o desrespeito pelo médico à liberdade do paciente, devidamente esclarecido, em relação à recusa do tratamento, “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 se submeter ao tratamento ou, tendo esse já iniciado, se vai continuar com ele. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

É possível vislumbrar nessa menção, possivelmente, o argumento mais forte para a tomada da decisão no presente caso, qual seja: que o paciente não pode ser coagido a realizar determinado procedimento, ou seja, não pode haver a violação do seu corpo, organismo e, principalmente, dos seus interesses.

É reforçada a preocupação de passar de maneira correta e, particularmente, clara e de modo acessível as informações sobre a situação de saúde do paciente, conforme é visto no trecho da decisão:

No final do Artigo, Nota nº 8, o Dr. Thiago Vieira Bomtempo, reproduz mais uma passagem do entendimento da Drª Roxana Borges, a qual reproduzo: “O consentimento esclarecido é um direito do paciente, direito à informação, garantia constitucional, prevista no art. 5º, XIV, da Constituição, e no Cap. IV, art. 22, do Código de Ética Médica. Segundo Roxana Borges, o paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas da terapia, decidir se vai se submeter ao tratamento ou, já o tendo iniciado, se vai continuar com ele. Estas informações devem ser prévias, completas e em linguagem acessível, ou seja, em termos que sejam compreensíveis para o paciente, sobre o tratamento, a terapia empregada, os resultados esperados, o risco e o sofrimento a que se pode submeter o paciente. Esclarece a autora, ainda, que para a segurança do médico, o consentimento deve ser escrito.”

Por coincidência, eminentes colegas, a Revista SUPERINTERESSANTE, nº 324, do corrente mês de outubro/2013, publica matéria sob o título COMO SERÁ SEU FIM? Nas páginas 83-4, fala justamente da ortotanásia e a possibilidade de o paciente detalhar quais procedimentos médicos quer usar para prolongar a vida, como diálise, respiradores artificiais, ressuscitação com desfibrilador, tubo de alimentação, mas também pode deixar claro que não quer retardar sua morte. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

O paciente necessita estar ciente daquilo que pode acontecer consigo e em relação à sua saúde, dependendo da decisão que for tomar.

A menção à legislação infraconstitucional também é feita. Esse argumento poderia ser a justificativa principal e mais forte para a tomada da decisão no presente caso. Segue menção feita da mesma:

Ademais, no âmbito infraconstitucional, especificamente o Código Civil, dispõe o art. 15: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” O fato de o dispositivo proibir quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo, a pessoa pode ser constrangida a tratamento ou intervenção cirúrgica, máxime quando mutilatória de seu organismo. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

Assim, poderiam ser trazidos ao presente caso, como argumentos principais para a tomada da decisão, os aspectos constitucionais, dignidade da pessoa humana e, principalmente, a autonomia privada, juntamente com o disposto no art. 15, do Código Civil, que traz disposto que ninguém poderá ser submetido ou constrangido a tratamento médico ou cirúrgico.

Ademais, foi muito bem trazido no presente acórdão que ao idoso “não se pode desconsiderar o trauma da amputação, causando-lhe sofrimento moral, de sorte que a

sua opção não é desmotivada.” (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

Na parte final da presente análise jurisprudencial, é possível fazer uma análise crítica em relação a algumas razões trazidas ao caso concreto. A primeira em relação ao seguinte argumento:

Tal manifestação de vontade, que vem sendo chamada de TESTAMENTO VITAL, figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina, na qual consta que “Não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano” e prevê, então, a possibilidade de a pessoa se manifestar a respeito, mediante três requisitos: (1) a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, isto é, antes da fase crítica; (2) o paciente deve estar plenamente consciente; e (3) deve constar que a sua manifestação de vontade deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assistem. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

Inicialmente, em relação à Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, que prevê a não justificativa de prolongar sofrimento desnecessário desde que cumpridos três requisitos.

O primeiro em tese resta preenchido, pois o paciente tomou a decisão antes da doença estar num estágio muito avançado, apesar de poder haver questionamentos quanto ao preenchimento deste requisito. O terceiro requisito resta preenchido de maneira clara e sem muitas arguições e questionamentos.

O segundo requisito é o mais preocupante, pois foi mencionado que no processo há um parecer emitido por uma psicóloga que aponta que o idoso está com depressão, assim estaria plenamente consciente para tomar a decisão? Trata-se de uma pergunta com uma resposta muito subjetiva. Poder-se-ia, para ao menos tentar diminuir um pouco essa subjetividade, ter solicitado um parecer de um psicólogo ou psiquiatra objetivando saber se o paciente estaria plenamente consciente em relação às suas condições psíquicas e mentais para tomar qualquer tipo de decisão. Caso, hipoteticamente, fosse constatado que a pessoa tem depressão. Teria ela direito de se negar a realizar o procedimento?

A segunda dúvida pode ter sido gerada na seguinte explicação:

(...) a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tenho que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o seu testamento vital no sentido de não se submeter à amputação, com os riscos inerentes à recusa. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.7005498826).

Conforme trabalhado na parte teórica do trabalho, principalmente na parte em que versa sobre o testamento vital, é possível afirmar, categoricamente, que o interesse expressado pelo idoso se enquadra como testamento vital? Não seria uma simples recusa ao tratamento?

Para alguns doutrinadores, como para Dadalto, apenas pode ser considerado Testamento Vital aquele em que a pessoa manifesta sua vontade em relação a tratamento e cuidados que a pessoa deseja se submeter quando estiver fora de possibilidades terapêuticas.

Por fim, independentemente da resposta desses questionamentos, é necessário muito cuidado quando se traz esses termos e conceitos, que ainda são novos no nosso contexto. Além do mais, até o presente momento, não existe uma legislação específica em relação ao direito, seja em face da eutanásia/ortotanásia, seja em relação às diretivas antecipativas.

5.2 Apelação Cível nº. 70042509562, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Trata-se de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em face da apelação interposta pela Associação dos Funcionários Públicos do Estado do Rio Grande do Sul – AFRPERGS, em que o Hospital Ernesto Dornelles mantinha internada, desde 05.12.2010, a Sra. Irene, devido apresentar quadro de descompensação secundária à insuficiência renal, pré-edema agudo de pulmão, sendo que se apresentou como responsável o neto Guilherme.

Os médicos que analisaram a situação da paciente indicaram a realização de hemodiálise. Posteriormente, apresentou-se o filho da paciente, Sr. Gilberto, informando ser o real responsável pela mãe. Gilberto alega que a mãe não deveria ser autorizada a realizar a hemodiálise, pois correria risco de vida e não era um interesse da sua mãe efetivar o procedimento.

Objetivou-se que, devido ao quadro de uremia, que a vontade do responsável fosse suprida, autorizando os médicos a realizarem o tratamento indispensável. Em primeiro grau, a parte ré obteve o benefício da assistência judiciária gratuita, sendo que o Ministério Público se manifestou pelo deferimento da liminar, no entanto, a inicial foi indeferida.

Em fase de apelação, a recorrente trouxe a responsabilidade objetiva:

No apelo, a entidade autora, invocando responsabilidade objetiva, nos termos do art. 14, CDC, sustenta sua legitimidade ativa, aduzindo pretender respaldo judicial “*frente à divergência familiar no tocante a aderência ou não da paciente ao tratamento proposto, principalmente diante das circunstâncias que norteiam as decisões baseadas na ortotanásia.*” Embora reconheça ser a vontade da paciente, assim como de seu filho, de não realizar o tratamento de hemodiálise, “*o que realmente é compreensível diante do sofrimento maior que tal procedimento ainda pode causar ao enfermo e aos seus familiares, sem garantia de que o tratamento proposto outorgará melhor qualidade de vida, pois a doença que a comete não tem cura*”, em atenção a sua eventual responsabilização, insiste no provimento judicial autorizar de sua realização. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

O Procurador de Justiça se manifestou pela negativa do provimento da apelação.

O apelo foi indeferido, conforme vislumbra-se na ementa do mesmo:

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO.

Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a “*morte no seu tempo certo*”, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento à apelação. Custas na forma da lei. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

A decisão trouxe, como argumento central, o fato de que não pode um indivíduo continuar a sofrer inutilmente, sob o argumento de meros interesses financeiros, devido a uma possível responsabilidade indenizatória por parte do Hospital.

O acórdão, na parte dos fundamentos, faz menção a duas disputas, quais sejam: da ortotanásia e a distanásia, conforme se percebe:

O presente processo, *ultima ratio*, reflete a disputa entre a ortotanásia e a distanásia, corresponde a primeira assegurar às pessoas uma morte natural, sem interferência da ciência, evitando sofrimentos inúteis, assim como dando respaldo à dignidade do ser humano, ao passo que a segunda implica prolongamento da vida, mediante meios artificiais e desproporcionais, adjetivando-a de “*obstinação terapêutica*”, na europa, senão de “*futilidade médica*”, nos Estados Unidos. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

Houve uma preocupação no sentido de que as pessoas não devam sofrer inutilmente, pois deve ser assegurado o direito da dignidade da pessoa humana.

Inúmeras foram as menções doutrinárias nas razões do presente acórdão:

LIA FEHLBERG, professora e doutora, em artigo denominado “A Ortotanásia no Projeto do Código Penal”, assim discorre: “Distanásia seria, portanto, a morte dolorosa, com sofrimento, conforme se observa nos pacientes terminais de aids, câncer, doenças incuráveis e outras. O prolongamento da vida para estes indivíduos, seja por meio de terapêuticas ou aparelhos, nada mais representaria do que uma batalha inútil e perdida contra a morte. Jean Robert Debray foi o responsável pela introdução na linguagem médica francesa da expressão “obstinação terapêutica”, que tinha o significado de “comportamento médico que consiste em utilizar processos terapêuticos, cujo efeito é mais nocivo do que os efeitos do mal a curar, por inútil, porque a cura é impossível ou o benefício esperado é menor que os inconvenientes previsíveis”. Conceituando-se a ortotanásia como a morte natural, do grego *orthós*: normal e *thanatos*: morte, ou eutanásia passiva na qual se age por omissão, ao contrário da eutanásia onde existe um ato comissivo com real induzimento ao suicídio. A ortotanásia, também seria a manifestação da morte boa, desejável. Na busca de precisão conceitual, existem muitos bioeticistas, entre os quais GAFO (Espanha) que utilizam o termo ortotanásia para falar da “morte no seu tempo certo”. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

Percebe-se uma grande preocupação em conceituar a ortotanásia e a distanásia, tendo em vista que não se trata de um assunto corriqueiro no judiciário. Reforçam-se tais conceitos com termos advindos de fora do Brasil.

Foi mencionado o Código de Ética Médico de 2006, que vigia a época do julgamento:

Particularmente no âmbito da atuação dos médicos, o tratamento decorrente dos termos do art. 57, Código de Ética Médica, que veda ao médico “Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente”, veio a receber considerável giro em seu alcance, quando o Conselho Federal de Medicina baixou a Resolução CFM nº 1.805/2006. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

O Código de Ética Médico era um aspecto a ser trabalhado na presente decisão, pois em seu artigo 57, que veda ao médico deixar de fornecer ao paciente todos os meios disponíveis para seu tratamento que estejam ao alcance, ou seja, a presente decisão iria ser contrária a disposição do Código de Ética Médico.

Usou-se do artigo de Alexandre Magno Fernandes Moreira para trabalhar e trazer legislação esparsa sobre o assunto:

“Aliás, já existe lei estadual dispondo expressamente em sentido contrário. Em São Paulo, a Lei Estadual 10.241/1999, que regula sobre os direitos dos usuários dos serviços de saúde, assegura ao paciente terminal o direito de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. Mário Covas, governador do Estado à época, afirmou que sancionava a lei como político e como paciente, já que seu câncer já havia sido diagnosticado. Dois anos depois, estando em fase terminal, se utilizou dela, ao recusar o prolongamento artificial da vida.”

Mesmo autor que lembra projeto de reforma do Código Penal e a introdução do § 4º ao art. 121:

“§ 4º - não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.”(Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

Existe uma grande preocupação do caso em tela em relação ao aspecto penal. Apesar de ser um processo que tramita na esfera cível, pode vir a ter consequências que levem as partes a um possível processo criminal. Razão pela qual foi trazida à tona a Lei Estadual nº. 10.241/1999, de São Paulo, de autoria do então governador Mário Covas e o Projeto de mudança do Código Penal, objetivando a descriminalização da ortotanásia.

Fez-se uma breve menção aos aspectos jurídicos, sociólogos e tecnológicos que assolam a realidade:

A evolução sociológica e jurídica, percebe-se, quanto à questão filosófica, tende a fazer respeito aos sentimentos pessoais, notadamente naquilo em que se remetem à preservação da dignidade da pessoa humana, permitindo-lhe banir recursos científicos para manter artificial existência, notadamente quando impregnados aqueles de sofrimento. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

Pouco é trabalhado nas razões, quanto aos aspectos sociológicos e, principalmente, em relação aos aspectos científicos e tecnológicos, pois cabe ressaltar que boa parte da complexidade desse caso existe devido aos mesmos.

Apesar de ser trabalhado todo um contexto histórico, filosófico sobre o assunto, retorna-se a discussão dos fatos. O neto Guilherme quer submeter a avó ao procedimento da hemodiálise, já o filho Gilberto não o quer, tendo em vista manifestação prévia feita por Irene. O neto Guilherme postulou objetivando que sua vontade prevalecesse em face da vontade do filho da paciente.

Traz-se o célebre caso americano de Terri Schiavo ao contexto:

falecida em 31.03.2005, após ter sido mantida em vida vegetativa por mais de quinze anos, quando a Justiça norte-americana terminou por fazer prevalecer a vontade externada pelo marido, contraposta à dos pais. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

No caso da americana Terri Schiavo prevaleceu a vontade do marido em face dos interesses dos pais da moça, inclusive, nesse caso, houve a discussão quanto a um possível interesse financeiro, pois, caso Terri morresse, o marido teria direito ao valor de uma indenização que até então cabia a Terri.

Aplicando tal exemplo ao caso concreto, é possível ver que, em uma primeira análise, deve prevalecer o direito do ente familiar mais próximo, no caso de Irene, seu filho Gilberto, além do mais era interesse da paciente.

Tal posicionamento já havia sido tomado na sentença de primeiro grau:

A paciente, por estar acometida de séria doença, não pode expressar aos médicos, empregados do autor, a sua vontade, o que levou à negativa de autorização à realização do tratamento de hemodiálise pelo seu filho, imediato responsável por ela, dentro do Hospital. Referiu o autor que lá também se encontra o neto da paciente, o qual teria opinião contrária, por autorizar o tratamento. Ora, sem poder expressar a sua vontade, e não havendo notícia de lá se encontrar o cônjuge da paciente, responde por ela, em primeiro lugar, o seu descendente mais próximo, no caso o filho. A justificativa dada pelo descendente, para negar autorização para o tratamento, foi de que seria esta a última vontade de Irene Freitas, o que é factível, uma vez que é de conhecimento comum que o procedimento da hemodiálise é muito desgastante. Constantes são as desistências pelas dificuldades decorrentes e pela intensidade e tempo que o paciente fica atrelado ao equipamento. Em época na qual é crescente a discussão sobre a necessidade de ponderar-se o direito à vida, confrontando-o com o direito à dignidade da pessoa, o qual também se deve entender como a possibilidade de viver com dignidade e sem sofrimento, tais tipos de tratamentos e doenças, por serem muito gravosos, muitas vezes são, de forma consentida, rechaçados. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

O Filho Gilberto defende a vontade de sua mãe em não realizar o procedimento da hemodiálise, pois se trata de um procedimento gravoso que não lhe garantirá uma melhor condição de vida, bem como fará com que sofra, assim estando infringido seu direito à dignidade.

Ainda, em relação a quem poderia expressar e tomar a melhor decisão para Irene:

Com relação à alegação de que o neto da paciente é favorável à realização do tratamento, tal não corrobora com a pretensão do autor, pois que em primeiro lugar, responde por ela o filho. Ademais, não há nos autos motivo para retirar a legitimidade do fundamento do filho, quando se nega a autorizar a

hemodiálise. Teria toda a legitimidade, o neto, para pleitear o suprimento da vontade, provando especial fato para alterar a vontade. Havendo qualquer motivo para afastamento da responsabilidade do filho, deverá quem tenha relação legal ou de afeto com a paciente, insurgir-se. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

Em regra, nesse caso, o representante legal é o filho, esse somente teria a vontade e interesse suprimidos pelo neto caso ele provasse ou demonstrasse, por algum motivo, pelo qual o filho não poderia externar o interesse de Irene.

Ademais, restou demonstrado nos autos quais eram os interesses de Irene:

(...) não há que se aceitar que a paciente não poderia dispor de sua saúde, se quando ainda possuía discernimento, optou por não mais submeter-se à hemodiálise. No documento de fl. 238, os médicos responsáveis atestam que o tratamento possui risco de levar a paciente a óbito, o que vem a confirmar a alegação do filho, réu, de que não pretendia mais prosseguir lutando contra a doença. Além disso, não é a hemodiálise a solução do quadro de saúde da paciente, que sofre, também, de descompensação cardíaca secundária à insuficiência renal e pré-edema agudo de pulmão. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

O interesse da paciente havia sido manifestado quando em condições de fazê-lo. A paciente simplesmente decidiu, por estar acometida de várias enfermidades, não precisar mais passar por dores e sofrimentos desnecessários.

A partir de tal interesse, podem os médicos aceitar a negativa do tratamento, conforme já disposto na sentença:

(...) ainda passível de reforma, mas pelo privilégio da dignidade da pessoa, podem os médicos aceitar a negativa de tratamento ao paciente nessas condições. O caso em tela enquadra-se nesse contexto. O filho pretende, negando autorização, realizar o último desejo de sua mãe. (...) os médicos podem deixar de prescrever tratamento nos casos específicos dispostos acima, no qual se enquadra a paciente, e concluindo-se que é aceitável que a própria paciente rejeite tratamento para doença que acaba com a sua saúde, tenho que a vontade expressada pelo filho deve ser acolhida, nada podendo fazer o Hospital a respeito. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

Assim, não cabendo ao hospital qualquer tipo de reparação sob alegação de eventual responsabilidade, pois se acautelou colhendo declaração autenticada do filho de que a mãe não se submeteria ao tratamento.

Faz-se uma analogia do caso Terri, com eventual responsabilidade indenizatória no caso concreto:

Desde logo registro não poder eventual responsabilidade indenizatória servir de mote à assunção, pela recorrente, quanto à vontade e desígnio que não são seus, pela óbvia razão de o interesse patrimonial não poder se sobrepor a algo tão relevante como a saúde e, mais, a própria vida.

Fosse a pretensão assente na indeclinabilidade do tratamento como *conditio sine qua non* para assegurar uma sobrevida à paciente, outro o enfoque, maior a preocupação gerada pela pretensão trazida a juízo.

Mas, como está visto, é na primeira órbita de interesses em que se situa a pretensão dita cautelar (na realidade, tutela satisfativa, com pleito antecipatório). (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

O fato de nenhuma pretensão ou preocupação financeira pode-se sobrepor à saúde ou à vida de uma pessoa. Preocupação financeira por parte do Hospital em, no futuro, ter que indenizar os familiares da paciente. O presente argumento também se encontra na ementa do acórdão.

Por fim, é trazida a transcrição de boa parte da sentença de primeiro grau. Inicialmente, em relação à Constituição Federal e Estatuto do Idoso:

A Constituição Federal, bem como o Estatuto do Idoso, elevam o direito à vida como garantia fundamental de primeira ordem. O idoso merece especial atenção por sua natural hipossuficiência física, o que legitima algumas pessoas à sua proteção, inclusive para interesses individuais, o Ministério Público, quando indisponíveis. No caso em tela, a solução da questão passa pela análise da disponibilidade do direito à saúde e à vida, o que implica na necessária análise da legitimidade ativa. Fundamenta-se. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

No momento em que a pessoa se tornar incapaz de promover seus interesses ou direitos, alguém os promoverá por ela, seja seu tutor, curador ou responsável legal, sob a supervisão e fiscalização conjunta do Ministério Público.

Foi trazida, na argumentação do acórdão, a decisão do Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF, Roberto Luis Luchi Demo, no processo nº 2007.34.00.014809-3¹⁴⁴, em

¹⁴⁴Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. A distanásia é, frequentemente, resultado da aplicação de meios não ortodoxos ou usuais no protocolo médico, que apenas retardarão o momento do desenlace do paciente, sem trazer-lhe chances de cura ou sobrevida plena, e, às vezes, provocando-lhe maior sofrimento. No meio das duas espécies, figura a ortotanásia, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível. Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

que foi reconhecida a legitimidade da Resolução nº. 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, que liberou a realização da ortotanásia desde que o paciente esteja em estágio terminal e incurável, podendo suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente.

Em primeiro grau, usou-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cadastrada sob o número: 70020868162, como paradigma que versava sobre a transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Em que foi decidido que o Hospital não possui interesse de agir no caso. Segue ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. É que, nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida. Assim, os recursos médicos disponíveis ainda são úteis e passíveis de manter a vida, sendo a omissão do profissional, neste caso, realmente criminosa. A eutanásia, assim, na forma ativa ou passiva, é prática que provoca a morte do paciente, pois ainda não há processo de morte instalado, apesar do sofrimento físico e/ou psicológico que possa atingir o paciente. No entanto, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos extraordinários quando a morte já é certa (ortotanásia), não produz a morte do paciente, uma vez que nenhum ato do médico sobre ele poderá evitar o evento do desenlace. Por sua vez, a mistanásia, também chamada de "eutanásia social", é a morte provocada por problemas de infra-estrutura da saúde pública, que atinge direta e conscientemente a parcela mais pobre da população, que menos tem acesso a adequados recursos. Nem de longe tem relação com a ortotanásia, que é prática adotada pelo médico, com a anuência de quem de direito, não por imperativos de falta de mecanismos (aqui, sequer de anuência se cogita), mas por imperativo - ético e de consciência - de que, sendo inútil a adoção de recursos terapêuticos extraordinários, é desnecessário impor maior sofrimento ao paciente terminal. Diante de tais conceitos, passemos a contrariar a tese central desta demanda, segundo a qual a ortotanásia constituiria crime de homicídio. [...]A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana. Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade. A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano. E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente. Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro "tribunal de vida ou morte", como parece pretender a inicial. CONJUR. Sentença. Processo: 2007.34.00.014809-3. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

Após trazer um significativo número de argumentos, decidiu-se pelo não provimento da ação devido à ilegitimidade ativa do Hospital:

No caso, pela leve diferença com relação ao caso acima mencionado, tenho que o problema é de ilegitimidade ativa, pois não pode o Hospital sobrepor-se à vontade da família e, mais especificamente, do representante legal da paciente, para interferir de maneira gravosa na vida da paciente, ainda que com boa intenção e para lhe dar mais algum tempo de vida, porém, a custo de sofrimento que ela não pretende passar.(Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70042509562).

Não é fácil o enquadramento de cada caso concreto, se pode ser visto como eutanásia, ortotanásia; recusa ao tratamento médico ou alguma outra situação. Não obstante essa situação, não há legislação que verse sobre esses direitos.

Percebe-se que até o próprio judiciário tem dificuldade em julgar esses tipos de situações. Nesses casos se está tratando da vida de pessoas, não está se tratando de forma direta de bens materiais ou da restrição de liberdade de um indivíduo, tendo em vista que no Brasil, em situações normais, não existe a pena de morte. Assim, dependendo da decisão, o judiciário poderia estar decretando a possibilidade de morte de um indivíduo, fato que traz ainda mais complexidade para a tomada de decisão.

Apesar de toda uma complexidade nos dois casos apresentados, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio de seus julgadores (desembargadores), realizou um aprofundado estudo quanto ao direito do procedimento da eutanásia/ortotanásia, pois trouxe inúmeros aspectos para fundamentar suas decisões, como resoluções médicas, doutrina, legislação e, ainda, termos mais recentes, como é o caso das diretivas antecipativas (testamento vital e mandato duradouro).

6 CONCLUSÕES FINAIS

O Brasil pode ser considerado um país com uma das Constituições mais garantistas do mundo, seguindo, inclusive, de exemplo para alguns países. É possível se elogiar a Constituição, principalmente quanto aos direitos sociais dos cidadãos, que são muito defendidos pela Lei Maior, apesar da Consolidação das Leis do Trabalho ser anterior à Constituição.

O Código Civil também procurou abarcar as alterações que vinham ocorrendo ao longo dos anos, mas, atualmente, encontra-se um pouco defasado devido a significativas alterações, principalmente no que tange o direito de família.

Apesar da breve menção da Constituição Federal, da CLT e do Código Civil, o objetivo é analisar de que forma a legislação brasileira tem conseguido acompanhar, ou não, as alterações, sejam elas de âmbito, social, cultural, religioso, científico, político, econômico, entre outros, especialmente no que tange ao procedimento da eutanásia/ortotanásia e quanto às diretivas antecipativas.

Foi possível perceber que até o próprio judiciário brasileiro acaba tendo dificuldades em julgar casos que envolvam esse direito. Trata-se de um assunto que merece um aprofundado e preocupado estudo, pois sua complexidade é muito vasta. Percebe-se essa dificuldade pelo fato de países desenvolvidos, em sua grande maioria, ainda não terem algo pacífico e positivado em relação ao assunto.

Inclusive países mais liberais ou mais radicais, que possuem em seu ordenamento jurídico a pena de morte como punição, não se manifestam ou se manifestaram contrariamente à realização do procedimento da eutanásia/ortotanásia. Não seria uma obrigação do Brasil ser um dos países pioneiros em relação ao assunto, por ter uma Constituição conservadora e garantista.

Da mesma maneira que boa parte dos países, o Brasil também não possui uma positivação em relação ao assunto, e pelo que se percebe essa positivação pode demorar a vir, o que, muitas vezes, acaba deixando profissionais da saúde sem saber o que fazer em algumas situações com os pacientes, sendo que, com essa situação, a dignidade da pessoa humana corre grandes riscos de ser violada.

As legislações, de boa parte do mundo, acabam tendo certa dificuldade em acompanhar as evoluções da sociedade. A evolução responsável por desencadear essa discussão foi a evolução tecnológica científica, que fez com que fosse possível prolongar o tempo de vida significativamente.

Essa prolongação significativa da vida gerou discussões: se uma vida mantida por aparelhos sem expectativa de cura ou reversão poderia ser considerada uma vida digna? E se a pessoa em estágio terminal de vida não quisesse ficar ligada a aparelhos, deveria ficar ligada mesmo assim? Deveria essa pessoa ser forçada a permanecer viva ou poderia prevalecer a autonomia privada? Fazendo uma breve analogia, seria possível internar compulsoriamente um indivíduo com depressão? Foram essas e outras discussões que geraram toda a amplitude desse assunto.

Foi possível perceber que essa complexidade está presente desde a conceituação desses termos. Em alguns momentos da pesquisa foi possível perceber que a eutanásia ativa, eutanásia passiva, ortotanásia, homicídio piedoso e suicídio assistido foram por vezes formas iguais e por vezes formas diferentes de conceituar o mesmo procedimento dependendo do país. Essa conceituação diversa pode ser vista até mesmo em âmbito nacional. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul usa como base o termo ortotanásia, enquanto o projeto do Novo Código Penal traz a eutanásia.

Em que pese haver certa dificuldade na conceituação, existe uma carência de positivação sobre esse direito. Em alguns países foram necessários fatos de grande repercussão para ser criada legislação sobre a eutanásia/ortotanásia, bem como em relação às diretivas antecipativas, como, por exemplo, na Colômbia, para depois se criar uma legislação em face do ocorrido. No Brasil, possivelmente, não será diferente. Provavelmente, depois que ocorrer um fato com repercussão nacional, será dada uma ênfase maior ao assunto, inclusive sendo possível a criação de uma legislação que verse sobre os direitos. Mas, enquanto isso não acontece, boa parte da população fica à mercê de uma positivação.

Os profissionais da saúde também se encontram à mercê, pois somente podem tomar a decisão com base numa resolução do Conselho Federal de Medicina, que, no momento em que for parar no judiciário, pode ser considerada sem força normativa por ser contrária aos preceitos constitucionais.

Poder-se-ia começar pelas diretivas antecipativas no Brasil, como forma de respeitar ao menos a autonomia da vontade/privada da pessoa. Assim, a pessoa não poderia mais ser coagida a ficar ligada a aparelhos durante vários e longos anos, sem nenhuma qualidade de vida.

Não deveria haver a necessidade de ter um caso com grande repercussão para se começar a pensar no assunto de maneira mais contundente. Pequenos casos, como o de

Santa Maria¹⁴⁵, deveriam ser suficientes para se pensar de maneira mais preocupada o assunto.

Além da dignidade do paciente muitas vezes estar comprometida, está prejudicada, também, a vida de todo o círculo familiar. Por exemplo, como deve se sentir um pai que cuida de seu filho em estado vegetativo irreversível por mais de 10 anos, ou um marido que cuida da esposa por igual período nas mesmas condições?

Será que uma família que cuida de uma pessoa em estado vegetativo irreversível, por um longo período, ainda consegue imaginar como era aquela pessoa em normais condições, sendo que a visão mais presente dessa pessoa é acamada?

O legislativo já buscou, em alguns momentos, positivar o direito à eutanásia/ortotanásia, através da apresentação de alguns projetos, alguns, inclusive, ainda em votação, como é o caso do projeto do Novo Código Penal.

É possível perceber um imenso impasse nessa discussão,

entre dois limites opostos: de um lado a convicção profunda de não abreviar intencionalmente a vida (eutanásia), de outro a visão de não implementar um tratamento fútil e inútil, prolongando o sofrimento e adiando a morte inevitável (distanásia) – entre o não abreviar e o não prolongar está o amarás... (conceito de ortotanásia). É um desafio grande aprender a amar o paciente terminal sem exigir retorno, com a gratuidade com que se ama um bebê, num contexto social em que tudo é medido pelo mérito! O sofrimento humano somente é intolerável quando ninguém cuida, diz Cicely Saunders. Como fomos cuidados para nascer precisamos também ser cuidados no adeus final da vida. Cuidar fundamentalmente é procurar viver a solidariedade que coloca o “coração na mão”, une competência técnico-científica e ternura humana pelos que hoje passam pelo “vale das sombras da morte”, sem esquecer que “a chave para se morrer bem está no bem viver!” (PESSINI, 2004, p. 294).

Assim, em respeito ao princípio da autonomia privada, da dignidade da pessoa humana, da liberdade de escolha, deveria ser proporcionado a possibilidade de escolha ao ser humano se quer continuar a viver, principalmente, quando não há mais nada a ser vivido.

¹⁴⁵CA VALHEIRO, Cassiano. Mulher assassinada pelo marido sofria de doença incapacitante. Diário de Santa Maria, RS. 2016. Disponível em: <<http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/geral-policia/noticia/2016/04/mulher-assassinada-pelo-marido-sofria-de-doenca-incapacitante-5788821.html>> Acesso em 24 de maio de 2016.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

Atleta paralímpica com grave doença degenerativa planeja eutanásia. G1, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/09/atleta-paralimpica-com-grave-doenca-degenerativa-planeja-eutanasia.html>>. Acesso em: 15 set. 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BRASIL: Senado Federal, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 23 de nov. de 2015.

BRASIL. **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: 08 de dez. de 2015.

BRASIL. **Lei nº. 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 12 de set. 2016.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=786B08D8C8DDD98677341AC5968F96A0.proposicoesWeb1?codteor=1169661&filename=Dossie+-PL+4662/1981>. Acesso em: 28 out. de 2015.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=786B08D8C8DDD98677341AC5968F96A0.proposicoesWeb1?codteor=1169661&filename=Dossie+-PL+4662/1981>. Acesso em: 28 out. de 2015.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141853&filename=Dossie+-PL+1989/1991>. Acesso em: 28 de out. de 2015.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE6B18AB2DA3E8AC5480714149AFC77A.proposicoesWeb1?codteor=1232749&filename=Avulso+-PLP+190/1994>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=295399&filename=PL+5058/2005>. Acesso em 28 out. de 2015.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Câmara dos Deputados.

Disponível

em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>>. Acesso em 28 de out. de 2015.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Senado Federal. Disponível

em:<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>>. Acesso em: 28 de out. de 2015.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Senado Federal. Disponível

em:<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>>.

Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Senado Federal. Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº. 236, 2012 (Projeto do Novo Código Penal)

Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Quadro-Comparativo-CP.pdf>> Acesso em: 24 dez. 2016.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **Intimidade e vida privada no novo Código**

Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio

Antonio Fabris Ed., 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Argumentação, capacidade civil e discernimento**: a

interpretação possível após o estatuto da pessoa com deficiência. In: Germano

Schwartz; Diogenes Hassan Ribeiro. (Org.). 01ed. FLORIANOPOLIS: CONPEDI,

2016, v. 4. Disponível

em:<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c50o2gn1/tz6xhk8k/Q96UrqjzIkZ9N24f.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016. (P. 145-162)

CAVALHEIRO, Cassiano. Mulher assassinada pelo marido sofria de doença

incapacitante. Diário de Santa Maria, RS. 2016. Disponível

em:<<http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/geral-policia/noticia/2016/04/mulher->

assassinada-pelo-marido-sofria-de-doenca-incapacitante-5788821.html> Acesso em 24 de maio de 2016.

CAMPI, Sandra. **O valor intrínseco da vida e a autonomia:** Reflexões sobre a eutanásia. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, 2004. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PFIL0031.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. CAMILO Andryelle Vanessa. **Da eutanásia – efetivação dos direitos da personalidade e causa supralegal de excludente de ilicitude.** Ano: 2009. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/05_1251.pdf> Acesso: 29 dez. 2016.

CONJUR. Sentença. Processo: 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

Conselho Federal de Medicina. Resolução nº. 1.638/2002. **Diário Oficial da União,** Brasília, 09-08-2002. Seção I, p.184-5. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm>. Acesso em 08 de jun. 2016.

Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.805/2006. **Diário Oficial da União,** Brasília, 28 nov. 2006. Seção I, p. 169. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

Conselho Federal de Medicina. Resolução nº. 1.995/2012. **Diário Oficial da União,** Brasília, 31-08-2012. Seção I, p. 269-70. Disponível em:<www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em 23 nov. 2015.

DADALTO, Luciana. **Bioética e diretivas antecipadas de vontade.** 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2014.

_____. **Diretivas antecipadas de vontade:** ensaios sobre o direito à autodeterminação. 1. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

_____. **Testamento vital.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Processo nº. 0019373-95.2013.4.01.0000. Sentença. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 20 Jan. de 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.

Dicionário Aurélio. Disponível em:<<http://dicionariodoaurelio.com/capacidade>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Domínio da vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A justiça de toga.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Justiça para ouriços.** Coimbra: Almedina, 2012.

Expectativa de vida dos brasileiros sobe para 75,2 anos, diz IBGE. G1 São Paulo, SP, 2015. Disponível em:< <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobe-para-752-anos-diz-ibge.html>> Acesso em: 26 de dezembro de 2016.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, versus a liberdade de expressão e informação.** 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica a árvore, o animal e o homem.** Editora Difel, 2009

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **RIDB**, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 945 – 978, 2012. Disponível em:<http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/02/2012_02_0945_0978.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016

GOLDIM, José Roberto. **Princípio de justiça.** Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

_____. **Bioética.** Disponível em:<<https://www.ufrgs.br/bioetica/textos.htm#eutanasia>> 2016. Acesso em: 24 dez. 2016.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HERMES Héli da Ribeiro. LAMARCA, Isabel Cristina Arruda. **Cuidados paliativos: uma abordagem a partir das categorias profissionais de saúde.** Departamento de Ciências Sociais, Escola Nacional de Saúde Pública, Fiocruz. R. Leopoldo Bulhões,

2013. p. 2577-2588. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n9/v18n9a12.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

HORTA, Márcio Palis. **Eutanásia – problemas éticos da morte e do morrer**. Revista do Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 01, 1999. Disponível em:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/290/429>. Acesso em: 23 ago. 2016.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LENZA Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 89-131. ISBN 978-85-7983-660-2. Available from SciELO Books

MARTIN, Leonard Michael. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira, OSELKA, Gabriel, GARRAFA, Volnei (Coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm> . Acesso em: 28 dez. 2016.

MÖLLER, Leticia Ludwig. **Direito a morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá, 2007.

Morre americana com câncer que lutou por suicídio assistido. Terra, 2014. Disponível em:<<https://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/morre-americana-com-cancer-que-lutou-por-suicidio-assistido,ab5d5f610d379410VgnCLD200000b2bf46d0RCRD.html>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

NEDEL, José. **Ética aplicada pontos e contrapontos**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

PAULO II, João. **Carta encíclica evangelium vitae do sumo pontífice João Paulo II aos bispos, aos presbíteros e diáconos, aos religiosos e religiosas, aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana**. Roma, mar. 1995. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em: 28 dez. 2016.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Edições Loyola, 2004.

ROSA, Eduardo. Testamento vital relata como pessoa quer ser tratada no fim da vida. Clicrbs, RS, 2014. Disponível em:<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2014/11/testamento-vital-relata-como-pessoa-quer-ser-tratada-no-fim-da-vida-4645795.html>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

RIBEIRO, Diaulas Costa. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Observatório da justiça**: informativo on-line, n.13, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.sinajur.org/artigo13a.php>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. **Direitos coletivos e liberdade individual**. Curitiba: Juruá, 2010.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.7005498826**. Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 12 abr. 2016.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.70042509562**. Apelante: Associação dos Funcionários Públicos do ERGS - AFPERGS. Apelado: Gilberto Oliveira de Freitas e Guilherme da Silva Benites. Relator: Armino José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 01 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 12 abr. 2016.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70058469362**. Agravante Robito Luiz Botoloso. Agravados: Município de Erechim e Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=transfus%C3%A3o+testemunha+de+jeov%C3%A1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=autonomia+da+vontade&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 28 dez. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudeleil0241.htm>>. Acesso em: 30 de maio de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SERTÃ, Renato Lima Charnaux. **A distanásia e a dignidade do paciente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, Ronaldo Corrêa Ferreira. HORTALE, Virginia Alonso. Cuidados paliativos oncológicos: elementos para o debate de diretrizes nesta área. Cad. Saúde Pública v.22 n.10 Rio de Janeiro. 2006. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006001000011&lng=pt>. Acesso em 30 dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed.,. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. Decisão da Justiça Federal de Brasília suspendendo os efeitos da Resolução do Conselho Federal de Medicina que trata da ortotanásia. 05 dez. 2007. Disponível em:< <http://professorflavioartuce.blogspot.com.br/2007/12/deciso-n-2007-b-processo-n-2007.html>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

VALADARES, Maria Thereza Macedo. MOTA, Joaquim Antônio César. OLIVEIRA, Benigna Maria. Cuidados paliativos em pediatria: uma revisão. **Revista bioética**, v.21, n.3, p.486-493, 2013. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a13v21n3.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.