

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO - UAPPG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/FACID
NÍVEL MESTRADO

ALICE POMPEU VIANA

TERMINALIDADE DA VIDA E DIGNIDADE HUMANA

SÃO LEOPOLDO

2014

Alice Pompeu Viana

TERMINALIDADE DA VIDA E DIGNIDADE HUMANA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS - concentrada na área de Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Sandra Regina Martini

São Leopoldo

2014

V614t Viana, Alice Pompeu
Terminalidade da vida e dignidade humana / Alice Pompeu
Viana. - 2014.
133 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale
do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São
Leopoldo, RS, 2014.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Sandra Regina Martini.

1. Dignidade humana - Bioética. 2. Princípio constitucional -
Dignidade humana. 3. Direito - Vida. 4. Direito - Morrer. I. Título.
II. Martini, Sandra Regina.

CDU 340.68

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**TERMINALIDADE DA VIDA E DIGNIDADE HUMANA**", elaborada pela mestranda **Alice Pompeu Viana**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 01 novembro de 2014.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dra. Sandra Regina Martini Vjal Sandra Regina Martini Vjal
Membro: Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo Florisbal de Souza Del'Olmo
Membro: Dr. Wilson Engelmann Wilson Engelmann

Dedico este sonho aos que me fizeram acreditar e lutar por ele: meus pais, Tadeu Sinimbú Santiago Viana e Consuelo Cabral Pompeu Viana, que me tiveram como primogênita e a mim se uniram como almas gêmeas, sem, contudo, negar-me o dom de ter irmãos, com quem aprendi a amar, a cuidar e a compartilhar.

Também às minhas avós, Amélia Sinimbú Santiago Viana e Maria Neide Cabral Pompeu, por terem me ensinado que nada é mais precioso do que tê-las ao lado, me proporcionando a doçura da vida.

Ainda, como não poderia deixar de ser, uma dedicatória àquela que cuida de mim todos os dias, incansavelmente, há vinte e oito anos, Maria dos Remédios Martins Barros.

AGRADECIMENTOS

Crete, assim me defino. Crete no Pai, em um ser superior que me guia pelo caminho certo - nem sempre, o mais fácil. Em sendo assim, não poderia deixar de agradecer-lhe, em primeiro plano: obrigada Deus Pai, pelos dias de sofrimento, pelos dias de abandono e pelos dias de felicidade e de acolhimento. Simplesmente, por todos os dias.

Aos meus pais, Consuelo Cabral Pompeu Viana e Tadeu Sinimbú Santiago Viana, por me fazerem conhecer o perfeito significado das palavras amor, equilíbrio e limites.

Aos meus queridos irmãos, Tadeu Sinimbú Santiago Viana Filho, Raimundo Soares Viana Neto e Thaís Pompeu Viana, por suas contribuições, cada um a seu modo.

A todos os meus nove “avós”: tataravó Odília; bisavós maternos, Maria José Cabral e Raimundo Alves Cabral; Consuelo Pinheiro Pompeu de Sousa Brasil e José Pompeu; avós maternos, Maria Neide Cabral Pompeu e Thomas Pompeu de Sousa Brasil, e paternos, Amélia Sinimbú Santiago Viana e Raimundo Soares Viana, pela oportunidade de conviver com todos eles e saber que não existe nada melhor do que tê-los. O amor e a doçura são imensuráveis.

Aqueles a quem chamo carinhosamente de *Big Big Family*: Solange Viana de Arêa Leão e Família, Raimundo Soares Viana Filho e Família, Hermes Walter Sinimbú Viana e Família, Maria do Socorro Sinimbú Viana Hidd e Família. Meus queridos tios e primos, sem vocês a minha vida não teria o mesmo sabor e a mesma diversão. Amo vocês, meus louquinhos!

Às minhas amigas-irmãs pela compreensão com as minhas ausências em virtude de compromissos com o Mestrado. Eu sei, perdi festas de um ano dos meus sobrinhos, batizados, chás de bebês e até casamentos. Mas vejamos, nada foi em vão. As reclamações pelas faltas foram sempre ouvidas e sentidas, mas agradeço por estarem ao meu lado em todos os momentos e por me receberem a cada retorno com os braços abertos e um sorriso no rosto.

Ao meu parceiro de vida e de trabalho, um irmão que a vida me deu e a quem quero levar para o resto da minha vida; embora nos desentendamos todos os dias, o nosso amor um pelo outro nos faz sempre perceber que somos melhores, quando estamos juntos: obrigada pelo apoio, Leonardo Airton Pessoa Soares.

À minha orientadora, Sandra Regina Martini, que me acolheu quando estava abandonada e sem rumo, que me fez perceber que era capaz e que me deu forças para prosseguir quando já não tinha quase nenhuma esperança. O aconchego de sua casa, o fogo de sua lareira, seus puxões de orelha e o seu impecável carinho foram os combustíveis que me fizeram terminar esta dissertação.

Aos amigos que o Mestrado me trouxe, dedico alguns agradecimentos especiais: Julianna Moreira Reis, a quem já conhecia há mais de dez anos, mas que me permitiu conhecer com mais afinco. O Mestrado veio e me surpreendeu, pois nos fez muito mais que amigas, fez-nos irmãs. Nunca se esqueça: *mi casa, su casa*; Vitória Josefina D'Almeida Rocha Mota, pelo companheirismo, pelas experiências e pelas agonias compartilhadas; e Otoniel d'Oliveira Chagas Bisneto, por todas as palavras que não consegui entender e, também, por todas aquelas que passei a entender;

Agradeço, ainda, aos que fazem parte do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, em especial, ao Prof. Dr. Wilson Engelmann e à Vera Loebens, por estarem sempre dispostos, gentilmente, a ajudar.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”

Arthur Schopenhauer.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABCP	Associação Brasileira de Cuidados Paliativos
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias
AgR	Agravo Regimental
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEM	Código de Ética Médica
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CP	Código Penal
DJ	Diário de Justiça
DOU	Diário Oficial da União
DPVAT	Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres
ESP	Escola de Saúde Pública
FIOCRUZ	Fundação Oswaldo Cruz
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial de Saúde
ORG	Organização
PUC Rio	Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
RS	Rio Grande do Sul
SES	Secretaria Estadual de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UFPA	Universidade Federal do Pará
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

RESUMO

Vida e morte são dois componentes de uma mesma fórmula. Contudo, jurídica e paradoxalmente, somente a vida é protegida. As preocupações sociais, filosóficas e jurídicas, quando da proteção do direito à vida - em especial, a fim de estabelecer o que vem a ser uma vida digna, de acordo com os moldes preconizados pelas normas programáticas que constam na Constituição da República Federativa do Brasil - não refletem as mesmas preocupações, no que concerne ao direito de morrer dignamente. Os seres humanos são os únicos viventes que conseguem compreender e questionar a sua existência. Todavia, essa categoria diferenciada de seres, mesmo diante de tal condição, ainda não consegue assimilar e aceitar serenamente a única das certezas da vida: a morte. Ademais, é preciso depreender que vida e morte são dois processos que se complementam, pois sem a noção de um, não existiria a noção de outro. A vida representa uma prerrogativa protegida legalmente, pois, se de outro modo não fosse, não faria qualquer sentido a garantia de quaisquer direitos. A proteção do direito à vida abarca várias acepções, destacando-se, no presente trabalho, a necessidade de preservação da dignidade humana em seu decorrer, como princípio esculpido na Constituição Federal Brasileira, que o posiciona como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu artigo primeiro. Entretanto, não se observa, em quaisquer dos princípios elencados, a garantia de direito à morte digna. Se vida e morte compõem a mesma fórmula, questiona-se: porque o ordenamento jurídico assegura o direito à vida digna, mas não o faz com relação à morte? Dessa feita, a presente dissertação objetiva discorrer sobre o direito à morte digna, buscando evidenciar que, como decorrência natural da vida, deve ser um processo conglobado também pela dignidade. O estudo objetiva tratar acerca da terminalidade da vida, especialmente para demonstrar que o pensamento jurídico brasileiro deve evoluir para a construção de uma legislação que possibilite a abreviação da vida do paciente que se encontra incuravelmente doente - como já o fizeram outros países, como a Bélgica e a Holanda. Ressalte-se que o estudo se desenvolve de forma transdisciplinar, procurando mostrar a importância social, jurídica, ética, moral, filosófica e religiosa do presente tema. Visa ainda correlacionar o tema às disposições penais e civis que criminalizam as práticas de abreviação da vida e sujeitam os médicos a sanções criminais e civis decorrentes de tais atos. Embora se proceda a análise de legislações estrangeiras acerca do tema, importa salientar que a pesquisa se desenvolve principalmente sob a perspectiva do Direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito à vida. Direito à morte. Dignidade humana.

ABSTRACT

Life and death are two components of a same formula. However, juridically and paradoxically only life is protected. Social, philosophical and juridical preoccupations do not reflect the same preoccupation about the right to die with dignity, when it comes to protect the right to life, specially about stablishing what would be a dignified life, in the molds exposed by the programmatic rules in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Human beings are the only living beings that can comprehend and question their existence. However, this distinct category of beings, even with this condition, still can not comprehend and accept in a calm way the only certainty of life: death. Moreover, it is necessary to understand that life and death are two complementary processes, because without the notion of life we would not have the notion of death. Life is a legally protected right, for if it was not, it would not make any sense the guarantee of any rights. The assurance of the right to life involves many interpretations, and in the present work we emphasize the need of preserving human dignity through life. Human dignity is a present principle in the Brazilian Federaral Constitution, that puts it as one of the fundaments of the Federative Republic of Brazil in its first article. Nevertheless, it is not observed in any of the listed rights/principles the guarantee of a dignified death. If life and death are components of a same formula, we question why the legal system guarantees the right to life, but does not do it in relation to death. Therefore, the present thesis aims to discuss about the right to a dignified death, attempting to demonstrate that death, as a natural result of life, must also be a process embraced by dignity. The study aims to discuss the terminally of life, specially to demonstrate that brazilian legal thought must evolve to raise a legislation that enables the abbreviation of a patient's life who is incurably ill, as other countries already did, such as Belgium and Holland. We enhance that this research will be developed in a transdisciplinary way, searching to emphasize the social, juridical, ethical, moral, philosophical and religious importance of the present theme. Moreover, this research will also seek to correlate the theme to civil and penal provisions that criminalizes the practices of abbreviation of life and subject physicians to criminal and civil sanctions arising from such acts. Although we analyse foreign laws about the theme, it is importante to enhance that the research will be mainly developed under the brazilian laws perspective.

Keywords: Right to life. Right to death. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 TERMINALIDADE DA VIDA E CUIDADOS PALIATIVOS	20
2.1 Aspectos Socioculturais e Jurídicos da Terminalidade da Vida	21
2.2 A Perspectiva Histórico-Cultural da Concepção de Morte	28
2.3 As Definições de Distanásia e de Ortotanásia e os Cuidados Paliativos	34
2.3.1 A Definição de Distanásia e Ortotanásia	34
2.3.2 Os Cuidados Paliativos	39
3 DIREITO À VIDA E SUAS CONCEPÇÕES NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	44
3.1 A Evolução do Direito à Vida na Legislação Brasileira	44
3.1.1 A Evolução da Proteção ao Direito à Vida nas Constituições Brasileiras	44
3.2 O Outro Lado da Forma: eutanásia e suicídio assistido	51
3.2.1 Eutanásia e Suicídio Assistido: condutas próximas, situações diferentes	51
3.2.2 Eutanásia e Suicídio Assistido: o posicionamento da doutrina penal brasileira	57
3.2.3 Os Posicionamentos sobre a Eutanásia	59
3.2.3.1 <i>Países em que a Eutanásia é Considerada Homicídio: os casos de Brasil e Itália</i>	60
3.2.3.2 <i>Países que Admitem a Eutanásia: os casos de Bélgica e Uruguai</i>	61
3.2.3.3 <i>O Caso Sui Generis dos Estados Unidos da América</i>	62
3.3 A Ética Médica. A responsabilidade penal e civil do médico. Erro de diagnóstico...	64
3.3.1 Erro Médico: a responsabilidade penal do médico	64
3.3.2 Erro Médico: a responsabilidade civil do médico	67
4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: VIDA E/OU MORTE DIGNA	70
4.1 Definição de Dignidade Humana: uma tarefa impossível?	70
4.2 Princípios Bioéticos: reflexões sobre o morrer. O respeito à autonomia e a relação médico/paciente	81
4.2.1 Princípio da Autonomia	81
4.2.2 Princípio da Beneficência	88
4.2.3 Princípio da Não Maleficência	92
4.2.4 Princípio da Justiça	95
4.3 O Direito à Morte Digna: a relação médico/paciente	98
4.3.1 O Direito aos Cuidados de Saúde	99
4.3.2 O Direito/Dever de Informação: das comunicações ao paciente	107

5 CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

O foco desta pesquisa abrange a tarefa de pensar sobre aquilo que *muitos já viram e outros tantos já pensaram*, no entanto, ainda não se produziram efeitos significativos, em termos sociojurídicos. Assim, se verifica a dificuldade que *é pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê* - o que sintetiza o desafio ao qual se propõe a escolha do tema deste estudo.

A terminalidade da vida - objeto de análise em que se concentra esta dissertação - é aqui compreendida sob a perspectiva sociojurídica, e os momentos que a antecedem, em especial, pretendem estabelecer o porquê e em que momento a opção pela morte digna, diante do livre convencimento motivado pelo abandono do tratamento, pode se tornar a melhor alternativa para a efetivação do direito do paciente.

Portanto, trata-se de uma pesquisa que destaca a necessidade de se estabelecer novas discussões sociojurídicas acerca do momento terminal da vida e de garantir ao ser humano a dignidade nessa fase - tema que se enquadra à linha de pesquisa que se denomina como *Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização*, do Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) - por desenvolver ideias que abarcam temas que tangem à bioética, ao biodireito e aos direitos humanos no ensejo de formular uma discussão social que resulte em evolução jurídica, em estabelecimento de legislação e em consequente segurança jurídica para os pacientes terminais e para os atos a serem praticados pela equipe de saúde.

Tendo em vista o tema a que se propõe o trabalho, o enfoque não se concentrará somente no Direito, mas buscará o âmbito transdisciplinar¹. Logo, o tema é extremamente complexo, ao envolver questões jurídicas, políticas, culturais, religiosas e sociológicas e se precisará sair do Direito para retornar ao próprio, com fundamentos muito mais fortes e consolidados. Embora o assunto continue sendo temido hoje, existe a necessidade jurídica de decidir e, portanto, de discorrer sobre tal.

Morte e vida fazem parte da mesma forma, a qual apresenta dois lados: difícil identificar a possibilidade de um lado sem o outro, já que estão conectados. Por conseguinte, é claro que a sociedade atual tem se ocupado muito mais com um dos lados dessa forma - a vida

¹ Segundo Jean Piaget, "no estágio das relações interdisciplinares podemos esperar o aparecimento de um estágio superior que seria "transdisciplinar", que não se contentaria em atingir as interações ou reciprocidades entre pesquisas especializadas, mas situaria essas ligações no interior de um sistema total em fronteiras estáveis entre as disciplinas. PIAJET, J. *Colloque sur l'interdisciplinarité*. Nice, OCDE, 1970. Citado por NICOLESCU, Basarab *Sciences et tradicion*. Revue 3^e Millénaire, Paris, n. 2, p. 83, 1992.

- sem se dar conta de que é apenas um de seus lados. Então, se torna imperioso proceder a análise da perspectiva histórica da cultura da morte, demonstrando a evolução de pensamento até os dias atuais e apontando as diferenças conceituais entre os eventos que a antecedem, enfatizando ainda a doutrina jurídica brasileira sobre o tema e, por fim, analisando alternativas sociojurídicas para a adoção de procedimentos paliativos aos doentes terminais, especialmente no que se refere às digressões sobre o princípio da dignidade humana para contribuir para a evolução da doutrina jurídica brasileira, em se tratando da terminalidade da vida.

Ademais, o tema adquire nova relevância hodiernamente, uma vez que o homem é o único ser vivo que pensa sobre sua existência, e conseqüentemente, sobre sua morte, que deixou de ser um momento e passou a ser um processo, o qual pode ser refletido a partir de mecanismos racionais, ainda que outros aspectos - dentre os quais, os místicos e os religiosos - continuem tendo impacto sobre o morrer.

Assim, mitos e ritos sobre a morte são incontáveis: todas as culturas criam um modo especial de imaginar e de contar a própria versão, estruturando as características coletivas das diferentes religiões. Incontestável é que a morte marque um fim físico e demande um ritual - ou uma atitude de respeito - que venha a preservar o direito à vida e à dignidade humana.

Na busca por estabelecer um marco jurídico para a morte e por permitir a retirada de órgãos, a legislação brasileira determina que o indivíduo encontra-se morto quando lhe cessa a atividade cerebral, como define o artigo 3º da Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, de tecidos e de partes do corpo humano, para fins de transplante.

A referida lei permite *o prolongamento da vida em outra vida*, o que, numa perspectiva solidária ou fraterna, é importante e ao mesmo tempo complexo, pois possibilita indagar se existe o *dever de doar um órgão*, diante do direito fraterno. A doação de órgãos é viabilizada quando os mesmos se encontram em duplicidade no corpo - caso em que não se observa necessária a ocorrência da morte. Entretanto, a maioria dos órgãos vitais vive em unidade, de modo que a doação só é possível após a morte.

Lembre-se que, no Brasil, qualquer ato de disposição do próprio corpo deve se dar de forma gratuita, e aqui caberia ingressar em outras searas, como a venda de órgãos. Porém, não é este o objetivo. Ao contrário, este trabalho visa demonstrar que a morte pode reviver a vida em outra vida, educando o ser humano a ser fraterno e a viver em outro ser, “a viver em mundo de cooperação e solidariedade, em um mundo capaz de responder satisfatoriamente às necessidade fundamentais de todos os habitantes do planeta”². Assim, a permissão da doação

² AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo, capitalismo e democracia*. Coimbra: 2003. p. 53-55.

de órgãos eleva o tema da morte a um patamar altruísta e solidário, sendo jurídica e socialmente relevante pensar sobre os momentos terminais para que dele se possa melhor se aproveitar.

Ademais, objetiva-se esclarecer se, diante da situação de uma doença incurável, o paciente tem o direito de saber e de ser informado, e quais as implicações jurídicas para o profissional de saúde quando o não informa, questionando o porquê e em que momento a opção pela morte digna, diante do livre convencimento motivado acerca do abandono do tratamento, se torna a melhor alternativa para o paciente.

Dentre os termos que devem ser clarificados nessa abordagem, faz-se especial referência à eutanásia, à distanásia e à ortotanásia e ao suicídio assistido, para depois se analisar a doutrina jurídica brasileira, com especial comparativo em relação às doutrinas jurídicas que assegurem os procedimentos referidos. Cumpre conceituar eutanásia como o procedimento que objetiva abreviar a vida do ser humano que se encontra incuravelmente doente e que, por isso, sofre com dores lancinantes que tornam a existência insuportável.

O abreviar da vida - neste caso, melhor dizendo, a antecipação de morte - quando aplicada, deve ocorrer por motivo de solidariedade e de piedade, mas isso nem sempre é o que acontece. Diga-se que a prática, juridicamente, ainda não é aceita no Brasil, configurando conduta penalmente reprovável. Assim, há que se separar a acepção jurídica da social, da emocional e da familiar. No decorrer da pesquisa, esclarecer-se-ão as espécies de eutanásia, valendo citar algumas no presente momento, quais sejam: eutanásia ativa, passiva, de duplo efeito, voluntária, involuntária e não voluntária.

Já a distanásia é um conceito que remonta uma origem epistemológica grega e resulta do prefixo *dis*, que significa afastamento, malfeito, e do vocábulo *thanatus*, que por sua vez, significa morte. Define-se a distanásia como o afastamento da morte, ou seja, o prolongamento da vida do ser humano que não possui mais condições dignas de viver, o que resultará em uma morte lenta e dolorosa.

O prolongamento sem critérios da vida humana, em muitos casos, constitui verdadeira desumanidade terapêutica, pois recorre a tratamentos desmedidos e desproporcionais que não respeitam o direito do paciente a uma morte digna, condicionando-o à dor e ao sofrimento desmesurado.

O presente trabalho não tenciona evidenciar que o paciente deva desistir dos tratamentos que ainda possam surtir efeito. Na distanásia, a questão central é exatamente outra: versa especialmente sobre o fato de conferir esperanças e de implementar tratamentos

que, se sabe, não surtirão mais nenhum efeito, ao revés que prolongarão a dor e a agonia da morte.

Objetiva-se, outrossim, apontar que a atividade jurídica brasileira deve se preocupar com os anseios sociais no que concerne ao desejo dos pacientes terminais, discutindo acerca da implementação de regras para que o paciente terminal - ou quem por ele responda - possa decidir acerca do prosseguir do tratamento e do abreviar/prolongar a vida.

A ortotanásia, por sua vez, contempla o comportamento do médico que, frente à morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos necessários, o que pode se caracterizar como conduta correta frente à morte.

Há ainda que se definir a conduta do suicídio assistido, o qual se confunde com a eutanásia, mas efetivamente não configura a mesma conduta, principalmente quanto ao agente que realiza o ato. O suicídio assistido ocorre quando o indivíduo não consegue concretizar sozinho a sua intenção de morrer e pede auxílio a um terceiro. Entretanto, há de se ressaltar que a conduta que levará à morte não é efetivada pelo terceiro, de modo que seu auxílio se resume à colocação de meios para que o doente realize o ato de sua própria morte - modelo adotado por Jack Kevorkian, mundialmente conhecido como Doutor Morte, que popularizou a luta pelo direito ao suicídio assistido e que sustentava que não ajuda ninguém a morrer, mas a acabar com um sofrimento intolerável³.

Todas as digressões sobre o momento terminal ensejam questionamentos jurídicos e sociais, haja vista que a Constituição Federal (CF) garante o direito à vida. Por outro lado, a Carta Magna também legitima ao indivíduo o respeito à sua dignidade humana, que deve ser observada inclusive durante o processo de morte. Para tanto, calha pensar juridicamente acerca da morte. No Brasil, as condutas de abreviação da vida ainda são consideradas como criminosas e podem figurar crime de auxílio ao suicídio, ou até mesmo homicídio. Países como a Holanda e a Suíça passaram a aceitar condutas que levam à morte os pacientes terminais. Evidentemente, há regras para a adoção do procedimento, na intenção de validar a segurança, quando ocorre a prática.

Tratar da forma vida/morte requer não somente adotar uma postura trans e multidisciplinar, mas sim refletir com profundidade sobre as legislações específicas, tanto no âmbito constitucional, quanto penal. Mais do que isso, é preciso ver o que prenuncia o Código

³ DR MORTE - Eutanásia - Documentário Kevorkian [S.l.], 2009. (90 min 49 seg). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=whrPMW9Af5c>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

de Ética Médica (CEM), como será aprofundado no terceiro Capítulo desta dissertação. A legislação brasileira tem buscado evoluir a partir de pressões sociais, quanto ao momento antecedente à morte, especialmente após a edição da Resolução 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina (CFM).

O referido documento propicia ao paciente participar de seu processo de morte, podendo determinar os limites do tratamento a que aceita ser submetido, ou seja, manifestar sua vontade no que diz respeito às decisões terapêuticas, dividindo a responsabilidade da escolha. Além do que, é nessa linha de pensamento que se deve compreender o direito à vida, pois a garantia insculpida na CF refere-se não somente ao direito de viver, mas também à prerrogativa de uma existência digna.

O direito à vida se prevê, de forma genérica, no caput do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. O texto constitucional protege todas as formas de vida - inclusive, a uterina - e ganha sentido porque a vida é o mais imprescindível de todos os direitos, de modo que, sem ele, nenhum outro se realiza. Sem sua proteção incondicional, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se concretizam.

Cabe ao Estado afiançar o direito à vida, em duplo aspecto: o direito de nascer, por exemplo, quando se criminaliza a prática do aborto, e o direito de subsistir - ou de sobreviver. Destarte, o direito à vida abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida - portanto, de continuar vivo - como também o direito de ter uma vida digna. Como se pode ver, ao proteger a vida, a CF veio a salvaguardar também a vida digna - a saber, aquela em que o ser humano tem suas necessidades vitais básicas abonadas - proibindo-se qualquer tratamento indigno ou degradante.

Para a compreensão acerca do que vem a ser uma vida digna, nos moldes promulgados pela CF, insta conhecer os delineamentos do princípio da dignidade humana, a qual, segundo o art. 1º, inciso III da CF, sintetiza um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Dessa feita, congloba um valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na lei.

Quando a Constituição proclama a dignidade da pessoa humana, está corroborando um imperativo de justiça social. É o valor constitucional supremo no sentido que abarca três dimensões⁴: 1ª) fundamentadora: simboliza o núcleo basilar e informativo de todo sistema jurídico positivo; 2ª) orientadora: estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem

⁴ LUÑO, Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid. Tecnos. 2010. p. 57.

ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e 3ª) crítica: se posiciona em relação às condutas.

A dignidade da pessoa humana é vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988 e consigna um sobreprincípio, o que confere base aos demais pórticos constitucionais. A sua observância é obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional devido à força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem - dentre eles, o direito à vida.

Então, estando esclarecidos os delineamentos constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa, há de se compreender, neste momento, o que vem a ser uma vida digna ao ser humano que se encontra diagnosticado com uma doença incurável. Sob tal ponto de vista, ocorre o embate entre as práticas de prolongamento e de abreviação da vida e a colisão entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Indaga-se, por fim: será que o prolongamento/abreviação da vida de um indivíduo que se encontra incuravelmente doente, embora resguarde o seu direito à vida, preserva, na totalidade, a garantia constitucional do direito à vida, se uma das implicações desse mesmo direito é o direito à vida digna? A dignidade do doente será preservada, se a existência dele passa a decorrer de uma subvida, com dores e com extremo sofrimento? Essas são questões que norteiam este estudo: a todo o tempo, se reflete sobre a possibilidade de caracterizar social e juridicamente a vida digna.

Cabe ainda esclarecer alguns outros parâmetros que serão utilizados nesta dissertação, especialmente o conceito recorrente de paciente. A terminologia será largamente utilizada neste trabalho, no entanto, a definição atual caracteriza algo mais complexo, de modo que o paciente não é somente isso, mas também sujeito de direitos - mas, como tradicionalmente se fala de paciente, aqui será a nomenclatura adotada. Ademais, trabalhar com esse tema é extremamente complexo e sempre se pode incorrer em erros.

Assim, deve-se falar da equipe médica ou da equipe de saúde - ou de ambas? Quando uma, e quando outra? Muito embora se reconheça uma tendência na área de saúde em preferir o termo *equipe de saúde* à *equipe médica*, para os termos desta pesquisa, estabeleceu-se como relevante tratar que o correto é falar em equipe de saúde, falando-se em equipe médica, do hospital ou, em alguns casos, do próprio médico, pois quando da contratação, o paciente celebra o contrato com o médico que levará sua equipe de saúde ou utilizará a designada pelo hospital.

Diante de todos os questionamentos que se explicitam, o presente trabalho pretende esclarecer porque e em que momento a opção pela morte digna, diante do livre convencimento motivado acerca do abandono do tratamento, se torna a melhor alternativa para o paciente, de modo que sejam garantidos ao doente tanto o direito à vida, como a preservação de sua dignidade. No que se refere ao tema, as pesquisas inicialmente empreendidas demonstram que é obrigação do médico a prestação de informações completas e suficientes ao paciente, podendo ele desistir do tratamento, em busca de assegurar seu direito à vida digna.

Esclareça-se que a presente pesquisa desenvolveu-se a partir do método de abordagem fenomenológico-hermenêutico, partindo-se da compreensão de que visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Nesse sentido, procedeu-se uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos, já que, ao contrário, o sujeito (pesquisador) está diretamente implicado com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências de seus resultados. Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, pois ele se insere no mundo em que a pesquisa se desenvolve.

Ao lado do método de abordagem, selecionou-se como método de procedimento o monográfico, uma vez que não se pretende um estudo enciclopédico, um manual, mas uma pesquisa direcionada a uma temática bem delimitada e específica, o que proporciona mais segurança à sua elaboração. Todavia, o fato de se fazer uso do método procedimental monográfico não significa que não se utilizará, paralelamente, de uma visão panorâmica de outras temáticas correlatas, pois são necessárias e imprescindíveis ao estudo da temática escolhida na medida em que informem, justifiquem, estruturem ou norteiem o sentido do tema central. Nessa perspectiva, considerando-se o tema da pesquisa, se torna essencial a utilização, concomitantemente ao método monográfico, dos métodos histórico e comparativo, observados especialmente nos Capítulos 2 e 3.

No tocante à técnica de pesquisa, decidiu-se pela documentação indireta, caracterizada pelo emprego de vasta pesquisa bibliográfica, valendo-se da doutrina existente acerca da temática proposta - livros e periódicos - e do fichamento e do apontamento, além do aporte da legislação.

Considerou-se a evolução histórica do direito e das formas de sua interpretação, tendo como pilar a valorização sistemática da CF e dos direitos fundamentais para um redimensionamento da decisão política mais adequada e legítima que respalda uma resposta hermeneuticamente correta - nomeadamente, no que tange aos espaços de discursividade jurídico-constitucional. Além disso, duas outras técnicas de pesquisa foram empregadas: a

documentação direta, desenvolvida na pesquisa documental que envolveu a CF, as leis e as resoluções. A elaboração da dissertação obedeceu à dogmática jurídica e deu-se de forma sistemática.

O método aplicado foi o hipotético-dedutivo, em que se principia a pesquisa de um conhecimento adquirido e a análise de estudos anteriores sobre o tema. De posse dos conceitos iniciais da matéria, conforme exposto anteriormente, buscou-se enumerar os problemas que se apresentam em relação à terminalidade da vida e à pretensa colisão entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Foi utilizada, para isso, a pesquisa bibliográfica, constituída de artigos científicos e de livros, e a pesquisa documental, cuja utilização de reportagens, de documentos oficiais e de outros materiais possibilitaram melhor compreensão, no cotidiano da sociedade, acerca do assunto a ser estudado.

As fontes de pesquisa consistiram basicamente na consulta à Constituição Federal da República Federativa do Brasil e de outras nações, no intuito de esclarecer os delineamentos do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, em diferentes culturas. Consultaram-se ainda textos e pesquisas publicados na Internet e na imprensa oficial sobre o tema. Dessa forma, logrou-se êxito em reunir dados doutrinários para serem analisados, propiciando a realização de fichamento da pesquisa bibliográfica e a conclusão desta dissertação.

2 TERMINALIDADE DA VIDA E CUIDADOS PALIATIVOS

*Procurou o seu habitual medo da morte e não o encontrou*⁵.

Liev Tolstói

O tema central da presente pesquisa converge para a terminalidade da vida, em especial, para os aspectos jurídicos que a circundam e os cuidados paliativos que podem ser aplicados aos pacientes terminais e a seus familiares. A estes últimos, eles não se referem ao ministrar de remédios para o alívio da dor - como se faz para os pacientes - mas sim à ajuda psicológica e ao apoio ao luto.

Lev Nikolayevich (Leon) Tolstói, no livro *A Morte de Ivan Ilitch*, postula que a morte, durante toda a vida, se apresenta como algo obscuro, ao qual se deva temer. Assim foi a vida de Ivan Ilitch, burguês russo, bastante vitoriano, alto funcionário do Estado e respeitado socialmente - em suma, alguém que tinha um medo habitual da morte. Entretanto, logo que se depara com a doença, que se agrava com rapidez, posiciona-se ao lado da morte, sem medo, apenas esperando que ela aconteça.

Historicamente, os seres humanos sempre trataram a morte com reservas e tentaram, de todas as formas, adiá-la. A evolução das pesquisas na área de saúde dos últimos anos levou o homem a acreditar que poderia vencer esse desígnio divino, como decorrência obrigatória da vida. A morte deixou de ser somente um momento, passando a ser um processo - muitas vezes, doloroso para doente e para os seus familiares. Aceitá-la, como consequência natural e inafastável da vida, implicará em impactos sociais e até economicamente favoráveis.

Embora, em um primeiro momento, possa parecer insensível, a aceitação da morte para aquele que se encontra doente é, ao contrário, altruísta. O paciente que aceita o fim confere a si e aos seus entes queridos o direito à felicidade que, embora não escrito, deve ser tido como direito fundamental. Reconhece ainda o direito do próximo, especialmente sob a perspectiva da doação de órgãos e da liberação de leitos para o tratamento de pacientes que ainda tenham possibilidade de cura.

É nesse aspecto que a dissertação se desenvolve, de modo a destacar que as leis devem refletir os anseios sociais, notadamente no que se refere à preservação da vida e da dignidade humana. Sobre o tema, Ivone Vitulia leciona que “As leis são, em conjunto, espelho da sociedade e guia dos comportamentos: esses devem salvaguardar os direitos fundamentais das

⁵ TOLSTÓI, Leão, Conde. *A morte de Ivan Ilitch*. Trad. de Boris Schnaiderman. São Paulo: Ed. 34, 2006. p. 76.

pessoas, principalmente antes de tudo, a dignidade da pessoa humana”⁶. Assim, o pensamento jurídico e social deve evoluir - o brasileiro, principalmente - no sentido de discutir e de construir a legislação acerca do direito de morrer, em busca de preservar o direito à vida, notadamente em relação à preservação da dignidade humana.

2.1 Aspectos Socioculturais e Jurídicos da Terminalidade da Vida

As questões de terminalidade da vida - ainda pouco discutidas e extremamente controversas - tanto no sistema jurídico brasileiro, quanto mundial, vêm ganhando importância. Por conseguinte, discussões filosóficas, sociais e juridicamente complexas sobre o que vem a ser a vida - a qualidade de vida tanto do enfermo, como de seus familiares - e digressões jurídicas sobre a preservação do direito à vida e a garantia da dignidade humana, que deve ser protegida até no momento da morte, tem permeado mais insistentemente o pensamento dos teóricos do Direito.

No Brasil, as questões em torno da morte vêm sendo discutidas com maior afinco após a edição da Resolução 1995/2012 do CFM, que normatiza a relação entre médico e paciente no sentido deste proporcionar uma morte tranquila e humana àquele e que propõe diretrizes acerca do testamento vital.

Vida e morte são duas faces de uma mesma moeda - ou dois lados de uma mesma forma - para que a garantia do direito à vida, conferido em uma aceção digna, só pode ser preservado se conferir-se ao enfermo incurável o direito de decidir sobre a sua morte, momento no qual pode compreender a finitude da vida e fazer dignos os seus últimos momentos, eternizados para si e para os demais. Agir assim, portanto, é humanizar o processo de morte.

O tema que se apresenta adquire pertinência no processo evolutivo social, econômico e jurídico brasileiro. Vale observar que, ao compreender a vida e sua finitude, o paciente incuravelmente doente age para si, ao se dar o direito de morrer dignamente, e para outrem, no momento em que deixa de ocupar vaga no sistema de saúde já tão debilitado, e que pode ser efetivamente utilizada por algum doente que tenha ainda possibilidade de cura; ou ainda, como já ressaltado, doar seus órgãos e se fazer semear em outro ser humano.

Tais reflexões não se encaminham a promover a apologia à morte ou à desistência da vida do/pelo paciente. É evidente que a adoção dessas posturas pode causar medo social e

⁶ VITULIA, Ivone. Ciência e pesquisa: entre direito e à saúde e tutela da vida. *Boletim da Saúde*, Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 53, 2010.

inseguranças jurídicas, caso as diretrizes para a morte não sejam bem delineadas, como já o fizeram outros países - como a Holanda, Bélgica e recentemente a Argentina, que embora não possua legislação sobre o tema, proferiu a primeira decisão que permitiu abreviar a vida de paciente em estado vegetativo. Exatamente por essa necessidade de estabelecer diretrizes sólidas que a discussão sobre o tema é econômica, social e juridicamente relevante.

Como exemplo a ser seguido pelo Brasil no desenvolvimento de legislação sobre o tema, se podem citar as regras estabelecidas para a prática da eutanásia na Holanda - país em que a eutanásia e o suicídio assistido tornaram-se procedimentos legais, alterando-se os artigos 293 e 294 da Lei Criminal Holandesa, em dez de abril de 2001. Sobre os critérios para a prática, José Roberto Goldim descreve que

A Lei Funeral (Burial Act) de 1993 incorporou os 5 critérios para eutanásia e os 3 elementos de notificação do procedimento. Isto tornou a eutanásia um procedimento aceito, porém não legal. Estas condições eximem o médico da acusação de homicídio.

Os cinco critérios, propostos em 1973, durante o julgamento do caso Postma, e estabelecidos pela Corte de Rotterdam, em 1981, para a ajuda à morte não penalizável, por um médico, são os seguintes:

- 1) A solicitação para morrer deve ser uma decisão voluntária feita por um paciente informado;
- 2) A solicitação deve ser bem considerada por uma pessoa que tenha uma compreensão clara e correta de sua condição e de outras possibilidades. A pessoa deve ser capaz de ponderar estas opções, e deve ter feito tal ponderação;
- 3) O desejo de morrer deve ter alguma duração;
- 4) Deve haver sofrimento físico ou mental que seja inaceitável ou insuportável;
- 5) A consultoria com um colega é obrigatória⁷.

Veja-se que os primeiros dois critérios fazem referência à necessidade de solicitação do enfermo, através de um pedido do paciente consciente e de forma perfeitamente voluntária, sem que se possa perceber qualquer vício na declaração de vontade, como pressões médicas ou familiares. A legislação holandesa ainda elenca os passos a serem seguidos pelo profissional médico, após a realização do procedimento (fase de notificação), a saber:

O acordo entre o Ministério da Justiça e a Real Associação Médica da Holanda, estabelece 3 elementos para notificação:

- 1) O médico que realizar a eutanásia ou suicídio assistido não deve dar um atestado de óbito por morte natural. Ele deve informar a autoridade médica local utilizando um extenso questionário;
- 2) A autoridade médica local relatará a morte ao promotor do distrito;

⁷ GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia - Holanda*. [S.l.], 03 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanhol.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

3) O promotor do distrito decidirá se haverá ou não acusação contra o médico⁸.

Como se pode verificar, na Holanda, os critérios para a realização da eutanásia e do suicídio assistido são bem delineados tanto no momento que antecede a prática, ao legitimar que a vontade do doente seja aquela que deve ser levada em conta, como pela validação do pedido por outro profissional médico, depois do processo, já que o médico deve obrigatoriamente notificar a autoridade de saúde do país da ocorrência da prática, para que, como autoridade, determine se a conduta médica é condizente - ou não.

O estabelecimento das referidas normas é prerrogativa de vida ao paciente, que não pode ser privado de seu direito sem plena e consciente autorização. Entretanto, também configuram garantia ao Estado, que tem a legitimidade para regular as atividades de saúde, impedindo que vidas sejam retiradas sem a vontade/autorização do paciente e transformando a prática em mera atividade eugênica, de eliminação dos enfermos e dos deficientes.

Analisando-se os aspectos jurídicos do tema, tem-se que, quanto aos direitos individuais, as Constituições Brasileiras sempre fixaram em seu corpo permanente de normas uma declaração de direitos e de garantias fundamentais. A Carta Política do Império do Brasil de 1824 foi, inclusive, a primeira Constituição do mundo a expressar, em termos normativos os direitos do homem⁹.

Nos ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais possuem três dimensões e

[...] tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens), em todos os lugares, num certo tempo – perspectiva universalista ou internacionalista; como ainda podem ser referidos a direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num estado concreto – perspectiva estadual ou constitucional¹⁰.

Os direitos e as garantias fundamentais incorporados ao sistema normativo constitucional brasileiro surgiram para conferir limitações ao poder delegado pelo povo aos seus representantes. O sistema constitucional brasileiro contemporâneo confere ao povo o poder do Estado, o que pode ser exercido pelos representantes eleitos. Todavia, nem sempre

⁸ GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia - Holanda*. [S.l.], 03 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanol.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

⁹ BULOS, Uadi Lanmeço. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 105.

¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 11.

foi assim: o poder era exercido pelo Império e, posteriormente, pelo Estado, mas não na configuração que hoje se apresenta. O Estado influenciava incisivamente na vida dos cidadãos e a doutrina dos direitos fundamentais foi a resposta a esse direcionismo, em busca de maior liberdade do cidadão frente ao Estado. É função dos direitos fundamentais, nos preceitos de J.J. Gomes Canotilho, a

[...] defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)¹¹.

O regramento de direitos e de garantias fundamentais está densamente ligado à edição de declarações de Direitos do homem com a finalidade de estabelecer limites ao poder político, incorporando direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, e subtraindo-se seu reconhecimento e sua garantia à disponibilidade do legislador infraconstitucional. No entanto, a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias resulta de uma evolução histórica, pois as normas que os regem nem sempre foram como hoje se mostram.

Os direitos fundamentais evoluíram ao longo dos tempos, e a doutrina constitucional utiliza um critério didático para demonstrar seu desenvolvimento, dividindo o progresso em quatro etapas distintas e bem delimitadas. A primeira geração remonta o final do século XVII e se influencia pelo surgimento das liberdades públicas, conferindo proteção especial aos direitos e às garantias individuais e políticas clássicas, as quais encontravam na limitação do poder estatal o seu embasamento. Nesse estágio, prestigiavam-se as denominadas prestações negativas, as quais geravam o dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à religião, à associação, dentre outros.

A segunda geração de direitos compreende os amparos sociais, econômicos e culturais que visam assegurar a igualdade, obrigando o Estado a realizar prestações positivas no sentido de fazer algo para garantir o bem-estar social do homem. Themistocles Brandão Cavalcanti, sobre os direitos de segunda geração, assevera que

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores das

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.

liberdades das nações e das normas de convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo a doença, a velhice etc.¹².

A terceira geração conglomerava os denominados direitos de solidariedade ou de fraternidade - nomenclatura mencionada pela primeira vez na abertura dos trabalhos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1979, por Karel Vasak - e englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, com saudável qualidade de vida, com progresso, com paz, com autodeterminação dos povos, dentre outros direitos difusos e coletivos. Ainda no que se refere às gerações de direitos, Celso de Mello sustenta que

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade¹³.

A vertente constitucional clássica aponta a existência somente das três gerações de direitos supracitados. Entretanto, Paulo Bonavides¹⁴ foi além, ao propor a inclusão de uma quarta geração de direitos que visa proteger as pesquisas biológicas e científicas, a defesa do patrimônio genético, o direito das minorias e os direitos relativos à informática, à biociência, à eutanásia, às clonagens, dentre outros aspectos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 classifica, dentre os direitos fundamentais, o direito à vida, o qual deve ser inviolável. A proteção constitucional diz respeito não somente ao direito biológico da vida, abrangendo-a em um sentido mais amplo e complexo pelo qual deve ser garantida aos indivíduos a existência plena de condições sociais, psíquicas e jurídicas. Elencado dentre os direitos de primeira geração, a vida é a garantia mais fundamental, já que constitui o pré-requisito de existência de todos os demais direitos. Na perspectiva de Paulo Gustavo Gonet Branco, “Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um

¹² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 202.

¹³ MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 89.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais”.¹⁵

É complexa a tarefa de definir o que vem a ser o vocábulo *vida*, já que possui inúmeros significados e assim se dificulta sua definição, em sentido único. Buscando-se uma acepção jurídica da palavra, o conceito adotado nesta dissertação é uma concepção alargada originária das disposições constantes do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, exposta por José Afonso da Silva como

Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput) não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida¹⁶.

A garantia constitucional do direito à vida vai além da simples garantia do ser humano de manter-se vivo. A Constituição brasileira pretende a proteção mais global e complexa, no sentido de que os indivíduos têm o direito de gozar a vida dignamente e o direito de assim viver, acessando a liberdade, o emprego, a família, os bens e o seu completo aproveitamento, durante o processo vital. Porém, não se pode esquecer que o processo vital termina com a morte, a qual também deve ser efetivada dignamente. O que vem a ser uma morte digna ainda é um questionamento social e jurídico vago para a legislação brasileira, devendo os poderes constituídos discutir sobre o tema.

O substantivo dignidade possui raiz etimológica no latim *dignus* - termo que designa aquele que merece estima - ou seja, aquele que pode ser considerado importante. Assevera Maria Celina Bodin de Moraes que “a ideia de dignidade envolve o ser humano de modo particular, individual, tendo sido o pensamento cristão o primeiro no curso da história a concebê-lo”¹⁷. Acerca disso, Beatrice Maurer preleciona que

O conceito de dignidade seria, então, fundamental, e, ao mesmo tempo extremamente subjetivo, cada um defendendo a sua própria concepção de dignidade do homem em nome mesmo de sua dignidade. É por isso que a

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 394.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 200-201.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76.

filósofa Simone Weil não gostava da expressão ‘eminente dignidade da pessoa humana’. Para ela, longe de manifestar o caráter sagrado do homem, esta o torna mais obscuro e abstrato¹⁸.

Embora todas as definições relatadas coadunem com vetor interpretativo usado neste trabalho, o norte interpretativo acerca do conceito de dignidade aqui adotado será o de Ingo Wolfgang Sarlet, que discorre sobre a dificuldade de estabelecer limites claros para o conceito vago e impreciso no artigo intitulado *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, reconhecendo que “a noção de dignidade da pessoa humana (especialmente no âmbito do Direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações”.¹⁹

Após relatar a dificuldade de definição precisa do conceito de dignidade da pessoa humana, em virtude do conteúdo e da necessidade de preservação da liberdade e da cultura de cada um dos povos, Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁰.

O princípio da dignidade da pessoa humana insculpido na CF configura-se como vetor interpretativo de todo ordenamento jurídico, no particular aspecto de que qualquer viés interpretativo que se pretenda deve sempre preservar o ser humano na qualidade de pessoa participante de uma comunidade socialmente justa, fraterna e saudável.

Das reflexões comentadas, exsurge uma aparente colisão entre o direito à vida e à dignidade humana - aparente - pois, ao fazer a escolha política acerca da regulamentação do direito à decisão sobre a própria vida e à dignidade,

¹⁸ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Melo Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121-122.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico - constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e Direito Constitucional*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Melo Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17.

²⁰ *Ibid*, p. 37.

O legislador deve ser sábio pelo peso da deslegitimação que o ataca quando seu produto não é socialmente reconhecido.

Então, um legislador digno desta nobre função deve ser liberado da obsessão de um esquema que confia às próprias intervenções somente a normas de supremacia que impõe, ou seja, um só ponto de vista, mas deve saber ter critérios de compatibilização capazes de consentir a convivência de valores diversos, algumas vezes até mesmo opostos, arriscando a merecer a apelação do legislador democrático²¹.

Ao desenvolver a legislação para regulamentar o direito à desistência de tratamento - ou mesmo o direito à morte digna - o legislador deve compatibilizar direitos que, em tese, se opõem, entretanto, antes de tudo, se complementam, estabelecendo assim diretrizes e regras claras acerca dos limites para a efetivação do processo.

2.2 A Perspectiva Histórico-Cultural da Concepção de Morte

A morte - tema central que delinea esta pesquisa - representa a fase final componente do processo de terminalidade da vida e sempre foi tratada com reservas pela humanidade. A compreensão da perspectiva histórica da morte é importante para entender o significado que o assunto possui, nos dias atuais. Assim, costuma-se dizer que o homem tem medo da morte, mas, historicamente, esta não seria a expressão mais correta a ser utilizada, de modo que, mais que medo, os indivíduos possuem respeito pelo momento terminal e o reconhecem como única certeza da vida.

Não se sabe, ao certo, em que momento o homem apercebeu-se de sua finitude e nem de que modo as sociedades passaram a ritualizar tal passagem, conforme discorre Françoise Dastur, em seu livro *A Morte: Ensaio sobre a Finitude*,

O que é, em todo caso, certo é que esse fim, que é a própria morte, se apresenta desde que há pensamento, isto é, representação, como tema privilegiado para ela, a tal ponto que podemos afirmar que a humanidade não alcança a consciência de si mesma a não ser através do enfrentamento da morte²².

Dentre os escritos sobre a morte, o mais antigo de que se tem notícia relata a epopeia mesopotâmica de Gilgamesh, que data do segundo milênio antes da era atual. Os escritos

²¹ VITULIA, Ivone. Ciência e pesquisa: entre direito e à saúde e tutela da vida. *Boletim da Saúde*, Porto Alegre, v. 24, n. 2, 2010. p. 54.

²² DASTUR, Françoise. *A morte: ensaio sobre a finitude*. Trad. Maria Teresa Pontes. Rio de Janeiro; DIFEL, 2002. p. 13.

relatam a perigosa viagem empreendida por Gilgamesh quando descobre a doença de seu amigo Enkidu, e sai em busca do remédio que servisse para evitar a morte e,

É assim que Gilgamesh, após a morte de Enkidu, ficou obcecado com o que aconteceu a seu amigo e, temendo sofrer o mesmo fim, se revolta contra este prazo inevitável que parece, contudo, inscrever-se na própria natureza das coisas e se impõe inutilmente à procura do que lhe permitisse escapar da lei universal da morte [...]²³

As concepções sobre a morte foram se modificando ao longo do tempo e de acordo com cada cultura. Algumas culturas passaram a conceber a morte apenas como uma passagem, acreditando que era caracterizada apenas como “vida invisível”, mas que os que fizeram a passagem ainda continuariam “deste lado”, senão

Uma antropologia histórica da morte mostra, com efeito, que os homens das sociedades arcaicas repugnavam a ideia de uma destruição definitiva e total e acreditavam que os mortos continuavam a levar ao nosso lado uma vida invisível e não cessam de intervir no curso da existência daqueles que chamam a si mesmos de vivos. Aqui a ruptura entre mortos e vivos não é definida e a morte se vê mais que integrada ao ciclo da vida [...]²⁴.

A ritualística que envolve a fase terminal da vida também se modifica durante o tempo e nas diferentes culturas. Na Idade Média, a morte era anunciada por um ritual, pois para acostumar-se com ela, era preciso certo período de tempo. Portanto, era encarada como um processo em que tanto o morto, quanto os familiares e os amigos se despediam e declaravam seus últimos desejos e frustrações. A morte repentina era caracterizada como castigo, e considerada infamante e imoral. Para Philippe Ariès,

Furtar-se ao aviso da morte era expor-se ao ridículo. A crença que a morte mandava aviso atravessou séculos e podemos encontra-la nos dias de hoje no imaginário popular, em histórias, contos e causos. Esta morte que se anuncia não deveria ser, portanto, repentina e inesperada, se o fosse podia ser interpretada como cólera divina; assim, a mors repentina era considerada infamante e vergonhosa²⁵.

Na Idade Média, os rituais católicos encerravam-se com o enterro do corpo morto, numa cerimônia que, em um primeiro momento, era realizada nas igrejas e nas basílicas, pois se acreditava que o falecido deveria ser protegido pelos santos cujas imagens encontravam-se

²³ DASTUR, Françoise. *A morte: ensaio sobre a finitude*. Trad. Maria Teresa Pontes. Rio de Janeiro; DIFEL, 2002. p. 14.

²⁴ Cf. MORIN, Edgar. *O homem a morte*, Seuil, 1976, citado por DASTUR, Françoise. *A morte: ensaio sobre a finitude*. Trad. Maria Teresa Pontes. Rio de Janeiro; DIFEL, 2002. p. 17-18.

²⁵ ARIÈS, Philippe. *História da morte no ocidente*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. p. 12.

nos altares. Após o crescimento populacional e a migração para as cidades, passou a ser impossível o enterro dentro de igrejas, que passaram a ser reservadas aos eclesiásticos e aos que, por nobreza e por mérito, se distinguiram nos serviços a Deus e nas causas públicas. Nessa época, se criaram os cemitérios, localizados próximos às igrejas onde os indivíduos deveriam ser enterrados - excluindo-se os indignos, como os suicidas.

A evolução da atitude humana perante a morte foi descrita por Philippe Ariès, em seu livro *A História da Morte no Ocidente desde a Idade Média*. No artigo intitulado *O Doente, a Família e o Médico*, relata as atitudes humanas diante da morte no decorrer dos séculos, fazendo compilações de textos desenvolvidos pela população da época, que descrevia seus anseios, seus medos e suas atitudes em relação ao fato. Esclarece Ariès: “Neste artigo, proponho-me a mostrar como a nossa civilização ocidental passou a exaltação da morte na época romântica (princípio do século XIX) para a recusa da morte em nossos dias”²⁶.

No mesmo artigo, Ariès inicia as observações da descrição da atitude perante a morte da Família La Ferronay, no ano de 1834 - fase de complacência para com a morte. Composto pelos pais e por dez filhos, o núcleo viu-se dizimado pela tuberculose - a doença do século - e todas as mortes foram narradas por uma das irmãs. Tem-se no documento, redigido complacentemente, e no auxílio de documentos irrefutáveis, provas comportamentais perante a morte e a maneira de morrer das pessoas muitos jovens²⁷.

Naquela época, a atitude das pessoas perante a morte era mais natural, como um desaguar obrigatório da vida. A máxima da época parece ser aquela de que tudo que está vivo, um dia morrerá. Assim, “não havia obsessão do diagnóstico, não por medo do resultado, mas por indiferença à peculiaridade da doença, ao seu caráter científico”²⁸. O diagnóstico médico de morte era aceito de forma simples e clara, sem necessidade de maiores questionamentos ou de informações. Observe-se que o doente era tratado pelo médico, mas o diagnóstico já era certo, qual seja, a *evolução do mal* - e, por fim, a morte. Na fase da descrição, vê-se que a morte é ENCARADA, e não prolongada, nem adiada, nem sentida, nem observada - e, por que não dizer - aproveitada²⁹. Por consequência, Ariès aduz que

A morte é encarada aqui como um acidente previsto, que não faz parar a vida das famílias. Esta observação, um pouco amarga permite-nos compreender que a imagem não era muito antiga. Corresponhia ao modelo moral, social e estético do romantismo. Este compreendia bem o ritual tradicional da morte:

²⁶ ARIÈS, Philippe. *História da morte no ocidente*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1977. p. 170.

²⁷ *Ibid.*, p. 170.

²⁸ *Ibid.*, p. 171

²⁹ Entenda-se “aproveitada” no sentido de gozada com e pelos familiares, de modo a ter a possibilidade de conviver e se despedir adequadamente de seu ente querido acometido pela enfermidade.

adeus aos sobreviventes, confissão religiosa, caráter público da agonia do luto, tal como se conservava nas classes populares. Mas o romantismo acrescentava a tudo isso uma dramatização e uma sentimentalidade nova [...]”³⁰.

A fase intermediária da atitude sobre a morte é retratada por Ariès com base em uma obra de Tolstói - a novela *Três Mortos*, de 1859. Nessa etapa, demonstra-se maior interesse pela doença, inserindo-se o médico no seio da família com a única preocupação direcionada ao diagnóstico. A morte então não é mais vista de forma romantizada, como dantes. Assim, “Algumas dezenas de anos após a morte dos La Ferronay, os odores da morte e o bacio do doente grave tornaram-se inconveniências”³¹.

Ainda nesse momento, o ministrar de remédios, como o ópio e a morfina, tentam dar cabo à dor e aliviar a vida do paciente, sem que lhe seja fornecida a completa informação sobre seu estado de saúde. Aqui, o paciente não é comunicado sobre seu estado real de saúde, estando à mercê das decisões do médico. Para caracterizar essa falta de informação e a necessidade crescente de *dar voz* ao paciente terminal, Ariès finda a análise da novela de Tolstói com a redação que segue:

Um dia, enfim I.I (Ivan Ilitch) revolta-se. Volta-se para a parede, atitude denunciada por sociólogos americanos (B.G Glaser e A.L Strauss) como a do moribundo pouco cooperante, que recusa comunicar com o pessoal médico. Manda passear a mulher que lhe fala de remédios: ‘Deixe-me morrer em paz’. Já não se dá ao trabalho de ocultar as suas queixas. Venceu as mentiras, esqueceu as conveniências. Receio bem que se trate da *embarrassingly graceless dying*, que Glaser e Strauss nos dizem ser temida pelas equipas técnicas clínicas dos hospitais³².

Em uma terceira fase, caracterizada a partir do século XX, diante das novas pesquisas e da descoberta de técnicas e de medicamentos, cresceu o sentimento de repugnância pela morte, de modo que “[...] é-lhe concedida o mais tarde possível”³³. Na mesma linha de pensamento, Ariès revela a história do Padre Dainville que, diagnosticado com leucemia, se vê em um leito de hospital, “[...] com dois tubos inalatórios nas narinas e um tubo expiratório que lhe fechava a boca, não sei que aparelho para lhe aguentar o coração, um braço sob perfusão e outro sob transfusão e na perna a tomada do rim artificial”³⁴.

³⁰ ARIÈS, Philippe. *História da morte no ocidente*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1977. p. 173-174.

³¹ *Ibid.*, p. 175.

³² *Ibid.*, p.176.

³³ *Ibid.*, p. 177.

³⁴ *Ibid.*, p. 178-179.

Por fim, o Padre arranca a máscara da boca e diz: “Estão a privar-me da minha morte”³⁵. Atente-se que, àquela época, as palavras do padre já corroboravam a necessidade de abandono do paternalismo e de sua substituição pelo consentimento livre e esclarecido. Logo, desenvolveu-se o princípio da autonomia do paciente, de modo que “fala-se hoje em *empowerment health*, apoderamento sobre a saúde, ou seja, o paciente conquistou o poder de tomar decisões sobre sua saúde e sua vida”³⁶ e a autonomia passou a conferir-lhe tanto o direito de viver, como o direito de morrer. Claus Roxin se pronuncia:

se o paciente recusa a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixá-lo morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento³⁷.

Por conseguinte, a noção sobre a morte e a atitude em relação ao evento de todos os entes envolvidos - paciente, família e médico - evolui de forma sequenciada de aceitação (simples notícia da doença) à necessidade de maior informação do paciente e da família pelo médico (busca pelo diagnóstico), seguida pela fase de *medicalização do sentimento da morte*, em que se observa a difícil aceitação do momento final. Tal evolução culmina/explica/justifica hoje com/a dificuldade das legislações em aceitar práticas de abreviação da vida, como a eutanásia e o suicídio assistido.

Steven Luper, em sua obra *Filosofia da Morte*, realiza a exposição minuciosa acerca do fim da vida, esclarecendo que muitos teóricos o consideram como um fato momentâneo, enquanto outros o encaram como um processo, composto por vários eventos, destacando ainda que, quando concebida como processo, sustenta duas afirmações. A primeira propugna que “[...] ela não é instantânea. Ao morrer, os processos vitais se extinguem progressivamente, até se desvanecerem por fim, em um processo que se estanque por um certo período, ainda que breve”. A segunda afirmação é de que “[...] a morte carece de fronteiras claras”³⁸.

Quando passa a definir os eventos componentes do fim da vida, evidenciam-se duas ou três possibilidades: desfecho da morte, preâmbulo da morte e integração da morte. Na primeira possibilidade, a *morte* poderia se referir à conclusão do processo, a perda do

³⁵ ARIÈS, Philippe. *História da morte no ocidente*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1977. p. 179.

³⁶ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2006000800024&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 23 ago. 2014.

³⁷ ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Editora Damásio de Jesus; 2005. p. 23.

³⁸ LUPER, Stéven. *A filosofia da morte*. Trad. Cecília Bonamine. São Paulo : Madras, 2010. p. 56-57.

derradeiro fim da vida³⁹, ou seja, o evento somente se efetiva quando a última célula perde a vida. Essa não é a posição adotada pela legislação brasileira, que a reconhece a partir da detecção da morte cerebral - ou a falência do córtex cerebral - conforme prevê o artigo 3º da Lei 9.434/1997, que dispõe acerca da doação de órgãos⁴⁰.

A segunda se relacionaria a um ponto preliminar processo de morte⁴¹, ou seja, nem todas as células corporais humanas morreriam, e nem todos os processos vitais seriam encerrados, entretanto, declara-se a morte pela inexistência da possibilidade de retorno. Finalmente, uma última possibilidade se apresenta: a integração da morte, o que “ocorre quando os diversos sistemas fisiológicos do corpo cessam de funcionar irreversivelmente como um todo integrado”⁴². Sua caracterização é muito semelhante à primeira possibilidade, mas dela divergente, já que pode configurar fase anterior ou posterior a ela. No caso, se reconhece a morte apenas quando se verifica a impossibilidade de retorno à vida de todos os sistemas componentes do corpo humano. Isso pode significar que eles ainda estejam funcionando, mas que não é mais possível que retornem ao estágio vital. Por último,

O fato de que os processos vitais declinam antes de terminar por completo sugere que o processo de morte ocorre em graus e que, se o estágio de morte não é apenas o produto final do processo de morte, mas também seus produtos intermediários, então pode nos colocar em um estado no qual estamos apenas parcialmente vivos. Ou seja, em determinado momento, o processo de morte talvez tenha apenas começado, deixando-nos bastante vivos e, momentos depois, poderia estar acontecendo, deixando-nos apenas um pouco vivos, e assim por diante. Portanto, a morte pode ser um estado (estar morto) ou processo de extinção morrer.

À vista disso, a morte é, na verdade, um processo que deve ser encarado como tal, especialmente no que se refere às informações que o médico fornece ao paciente doente e aos seus familiares, para que possam decidir qual caminho percorrer, até o final dele. A possibilidade de vários caminhos a serem seguidos - por exemplo, o tratamento ou a possibilidade de abandono e até a abreviação da vida - deve resumir a preocupação dos legisladores brasileiros, que necessitam observar os anseios sociais e estabelecer regras para a adoção de procedimentos, como a eutanásia e o suicídio assistido, como bem o fizeram países como a Holanda e a Bélgica.

³⁹ LUPER, Stéven. *A filosofia da morte*. Trad. Cecilia Bonamine. São Paulo : Madras, 2010. p. 57.

⁴⁰ BRASIL. *Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 23 ago. 2014.

⁴¹ LUPER, *op. cit.*, p. 57.

⁴² *Ibid.*, p. 58.

2.3 As Definições de Distanásia e de Ortotanásia e os Cuidados Paliativos

O presente tópico pretende esclarecer os conceitos dos procedimentos denominados como distanásia e ortotanásia, os quais remetem a outro necessário esclarecimento: os cuidados paliativos que também serão tratados nesta seção.

2.3.1 A Definição de Distanásia e Ortotanásia

Neste momento, torna-se necessário discorrer acerca de temas relacionados com a antecipação ou o prolongamento da morte, com referência à distanásia e à ortotanásia, para as quais se podem usar os cuidados paliativos como método de tratamento. Inicialmente, ao se definir distanásia, aponta-se que o conceito remonta à origem epistemológica grega e resulta do prefixo *dis*, que significa afastamento, malfeito, e do vocábulo *thanatos*, que por sua vez, significa morte.

Diante disso, define-se a distanásia como o afastamento da morte, ou seja, o prolongamento da vida do ser humano que não possui mais condições dignas de viver, o que acabará em uma morte lenta e dolorosa. Renato Lima Charnaux professa distanásia como “morte lenta e com excessivo sofrimento”⁴³. Caracteriza-se como “tratamento médico fútil, quando ministrado em pacientes portadores de graves moléstias, para as quais não há solução facilmente identificável pela ciência médica”⁴⁴. Ainda discorrendo sobre a temática, aponta Joaquim Antônio César Mota⁴⁵ que é “ação médica cujos potenciais benéficos para paciente são nulos ou tão pequenos ou improváveis que não superam os seus potenciais maléficos”.

O próprio Código de Deontologia Médica de 1931 preconizava, no artigo 16, que “um dos propósitos mais sublimes da medicina é sempre conservar e prolongar a vida”⁴⁶. Nesse passo, a interpretação que o médico dava ao artigo é de que ele deveria perseguir a vida a qualquer custo, mesmo que essa obstinação terapêutica causasse dor e sofrimento ao paciente terminal. O que se nota é a exaltação do direito à vida em detrimento do princípio da dignidade humana, não tão desenvolvido àquela época.

⁴³ CHARNAUX, Renato Lima. *A distanásia e a dignidade do paciente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 01.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ MOTA, Joaquim Antônio César. Quando um tratamento torna-se fútil? *Revista de Bioética*, Brasília, DF, v. 7, n. 1, 1996. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/291/430>. Acesso em: 5 mar. 2014.

⁴⁶ BRASIL. *Código de deontologia médica de 1931*. Brasília, DF, 1931. Disponível em: <[http://www.portal.medico.org.br/arquivos/codigo_deontologia_medica\(1931\).pdf](http://www.portal.medico.org.br/arquivos/codigo_deontologia_medica(1931).pdf)>. Acesso em: 28 jul. 2014.

Entretanto, a substituição do referido documento pelo CEM de 1988 suprimiu a redação do artigo 16 e passou a firmar, em seu Capítulo I, incisos, II, V, VI, XVI e XXIII ⁴⁷, que o alvo da atenção do médico é a saúde da pessoa, devendo o profissional sempre agir em seu benefício, num entendimento que se mantém no atual Código, em vigor desde treze de abril de 2010.

Na prática da Medicina, o médico deve zelar pela aplicação dos princípios da bioética - especialmente os que englobam a autonomia do paciente - sendo respeitoso ao desejo deste de se submeter - ou não - a determinado tratamento, e o princípio da não maleficência, a fim de não causar qualquer dano ao paciente durante o tratamento. Sobre o princípio da não maleficência, dispõe Luciano de Freitas Santoro que

Há necessidade de observância pelo médico, ainda do princípio da não maleficência devendo se abster de proceder com condutas que causem dano intencional no seu paciente. Mais ainda, somente deve exercer o seu mister para o bem daquele sob seus cuidados. [...] ⁴⁸.

O desejo de prolongamento da vida é objeto dos pressupostos de Hans Jonas, em seu livro *O Princípio da Responsabilidade*. Embora não se pronuncie diretamente sobre a distanásia, assevera sobre o desejo humano de vencer a morte (ou de prolongar a vida):

Hoje, porém, certos progressos da biologia celular nos acenam com a perspectiva de atuar sobre os processos bioquímicos de envelhecimento, ampliando a duração da vida humana, talvez indefinidamente. A morte não parece ser uma necessidade pertinente à natureza do vivente, mas uma falha orgânica evitável; suscetível, pelo menos de ser em princípio, tratável e adiável por longo tempo ⁴⁹.

O questionamento ético proposto se refere à contraposição entre mortalidade e natalidade, tendo em vista que o prolongamento da vida deve ser pensado sob outro aspecto - não somente no de preservação indeterminada do ser humano, mas também na perspectiva de renovação - “pois está claro que, na escala demográfica, o preço por uma idade dilatada é o retardamento proporcional da reposição, isto é, um ingresso menos de vida nova” ⁵⁰.

⁴⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução CFM nº 1.931/2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21000&Itemid=474>. Acesso em: 28 jul. 2014.

⁴⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. 1. ed. Curitiba : Juruá, 2012. p. 131.

⁴⁹ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p. 58.

⁵⁰ *Ibid.*

Nessa linha de pensamento, a distanásia é resultado de um “problema humano profundo, a relutância em aceitar a morte como fim de nossa existência”⁵¹. Leo Pessini delinea o panorama médico no Brasil que diz respeito à distanásia em muitos de seus escritos, especialmente em sua tese doutoral intitulada *Viver com Dignidade a própria morte: reexame da contribuição da ética teológica no atual debate sobre a distanásia*, trabalho transformado no livro *Distanásia, até quando prolongar a vida*⁵². No texto, declara que a maioria dos profissionais da Medicina ainda hoje não está preparada para lidar com a morte, isso porque foram educados para salvar vidas e, em regra, associam a morte do paciente ao fracasso na prestação de seus serviços.

Outro conceito que precisa se alinhar tange à ortotanásia, advinda do vocábulo grego *orthós*, que significa normal, correto, e *thánatos* que, segundo já esclarecido anteriormente, significa morte - termo cunhado por Jacques Roskam, no Primeiro Congresso Internacional de Gerontologia, em Liège, Bélgica, concluindo que “entre encurtar a vida humana através da eutanásia e a sua prolongação pela obstinação terapêutica existiria uma morte correta, justa, isto é, aquela ocorrida no seu tempo oportuno”⁵³. Assim, o termo designa a morte natural, sem interferência da ciência e contrapondo-se aos conceitos supracitados. Na assertiva de Eduardo Luiz Santos Cabette,

A ortotanásia consiste na ‘morte a seu tempo’, sem abreviações do período vital (eutanásia), nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). É a morte correta mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, morte esta a que não se busca (pois o que se pretende aqui é humanizar o processo de morrer, sem prolonga-lo abusivamente), nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade que o sujeito padece)⁵⁴.

Assim, não se podem confundir práticas diversas - quais sejam, eutanásia e ortotanásia - pois “enquanto na eutanásia a morte decorre de um ato praticado voluntariamente pelo médico”, na ortotanásia, “o seguimento natural da doença e seu agravamento são independentes das ações ou omissões do facultativo”⁵⁵, haja vista que “o fundamento

⁵¹ VARGA, Andrew C. *Problema de bioética*. Trad. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Ed. Unisinos, RS, 2001. p. 230.

⁵² PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida*. São Paulo: Loyola, 2001.

⁵³ ROSKAM, Jacques. Purely, vegetative survival in cerebroscerosis: dysthanasia, orthothanasia. *Revue Médicale de Liège*, Liège, p. 709-713, out. 1950.

⁵⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à resolução 1.805/06 CFM: aspectos éticos e jurídicos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 25.

⁵⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito. a necessidade de controle social das técnicas médicas. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, n. 11, p. 20-26, mar. 2000.

principal da ortotanásia é a absoluta ineficácia de uma intervenção médica extremada para evitar a morte do paciente”⁵⁶. A ortotanásia se configura como o meio termo entre a eutanásia e a distanásia, portanto pode ser admitida, nos dizeres de Ricardo Barbosa Alves,

Desde que compreendida num sentido muitíssimo restrito, isto é, desde que não se cogite de antecipar o desfecho letal - tal qual ocorreria com a pura e simples desconexão de aparelhos que mantem a pessoa viva -, mas simplesmente de profligar o encarniçamento terapêutico, adotando métodos de amparo ao moribundo menos agressivos que uma cirurgia inútil ou um tratamento quimioterápico rigorosamente inócuo⁵⁷.

O CEM, em seu artigo 14, determina que o médico, quando observar a existência de doença incurável e terminal, não pode abreviar a vida, limitando-se a “oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, sem empreender ações diagnósticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, de seu representante legal”⁵⁸.

A presente pesquisa - cabe lembrar - se propõe a um viés trans e multidisciplinar, em que interessa esclarecer que a própria Igreja Católica já se pronunciou acerca da ortotanásia, autorizando a supressão de cuidados de reanimação em pacientes que estejam em morte iminente e inevitável. O Papa Pio XII manifestou-se no sentido de que o homem não é obrigado a se submeter a uma carga extraordinária para conservar a própria vida⁵⁹.

Esclarecidas, portanto, as diferenças existentes entre os termos usados nesta pesquisa, resta questionar como - e se - as práticas relacionadas se inserem no ordenamento jurídico brasileiro, e de que modo podem evoluir para permitir, ante a terminalidade, o direito à vida dos pacientes terminais e a preservação do princípio da dignidade humana, nesses casos.

A doutrina penal brasileira⁶⁰ tem questionado se o comportamento médico ortotanásico configura a conduta criminosa prevista no artigo 121, mesmo que na forma privilegiada do parágrafo primeiro, o qual diminui a pena do autor de um sexto a um terço,

⁵⁶ ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, bioética e vidas sucessivas*. Sorocaba: Brazilian Books, 2001. p. 32.

⁵⁷ *Ibid.* p. 405.

⁵⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução CFM nº 1.931/2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21000&Itemid=474>. Acesso em: 28 jul. 2014.

⁵⁹ PIO XII, Papa. *Lettera Enciclica Fidei Donum*. Roma, 21 Apr. 1957. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_21041957_fidei-donum_it.html>. Acesso em: 28 jul. 2014.

⁶⁰ Diversas doutrinas penais que classificam, erroneamente, o abandono de tratamento como eutanásia passiva também tem questionado acerca da caracterização deste como conduta criminosa. Entretanto, aqui se abordará apenas a classificação da doutrina penal brasileira, buscando demonstrar que o abandono de tratamento não configura eutanásia passiva, não se enquadrando na figura típica do homicídio exposta no Código Penal Brasileiro.

caso cometa o crime por relevante valor social ou moral. Embora existam posicionamentos diferentes, este estudo visa defender a inexistência de crime, quando da prática da ortotanásia.

Veja-se que, para o procedimento, cabe que o paciente seja diagnosticado com doença incurável, bem como que a morte se apresente de forma iminente - ambas as condições medicamente atestadas, esclareça-se. A apresentação iminente da morte, que ocorrerá independentemente da ação médica, rompe o nexo causal entre a conduta e o resultado, de modo que não se pode afirmar que a conduta médica de não administrar o remédio foi condição *sine qua non* para a morte do paciente, não havendo como expressar o tipo penal descrito no artigo, 121 do Código Penal (CP).

A doutrina contrária à prática sinaliza ainda para o dever de agir do médico, determinando que, independentemente de qualquer condição que se apure, o médico não pode quedar-se inerte, quando se trata de salvar a vida. Todavia, para que se possa falar em imputação da responsabilidade penal, é possível que exista a capacidade de agir do médico, pois se exige a presença do binômio “podia e devia agir”⁶¹. No caso da prática da ortotanásia, o médico até poderia agir. Mas será que deveria, diante da morte iminente? Será que esse agir não gera colisão entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana?

Em verdade, “se o dever de agir não vier acompanhado da possibilidade de ação não há omissão relevante”⁶². Ademais, se vê que “a alteração do curso causal é benéfica para o paciente, promovendo, em verdade, a preservação de um bem jurídico constitucionalmente tutelado, qual seja, a dignidade humana”⁶³. Sobre o tema, Luciano de Freitas Santoro sustenta que

O comportamento ortotanásico, então, por ser uma conduta que não impedirá a ocorrência do resultado morte, poderá ser considerada como sua causa e punido conforme dispõe o art. 121, parágrafo primeiro do Código Penal? Em primeiro lugar, há que se observar que, se o paciente não estivesse acompanhado de um médico, o resultado morte ocorreria em virtude da própria doença que acomete aquele. Porém, se o médico viesse alternativamente a intervir, a vida do paciente poderia ser prolongada, ainda que por pouco tempo. Portanto, o evento morte não teria se operado naquele exato momento, mas, em uma ocasião futura. Percebe-se, assim, que o resultado morte irá ocorrer inevitavelmente⁶⁴.

⁶¹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 152.

⁶² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à resolução 1.805/06 CFM: aspectos éticos e jurídicos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 91.

⁶³ *Ibid.*, p. 90.

⁶⁴ SANTORO, *op. cit.*, p. 147.

De acordo com o que se ressaltou anteriormente, o médico deve preservar, além da vida, a dignidade do paciente, visto que, nos moldes presumidos no CEM, deve-se perseguir o bem-estar humano. Hoje, a dignidade da pessoa é pressentida como sobreprincípio no ordenamento jurídico brasileiro - “razão pela qual, *a priori*, justifica constitucionalmente a ortotanásia”⁶⁵. Desse modo, se percebe que a conduta ortotanásica não se subsume a qualquer das descrições de condutas típicas reputadas no artigo 121 do CP.

2.3.2 Os Cuidados Paliativos

Os cuidados paliativos conglobam métodos de se tratar um paciente sem que se objetive a sua cura. Assim, têm um público-alvo: o doente em estágio terminal. O objetivo final dos cuidados paliativos não é a cura, tendo em vista que isso já não é mais possível, mas sim o cuidar do paciente até o final de sua vida. Diz-se que o objetivo final desses cuidados não é a cura porque são aplicados a pacientes com diagnósticos avançados, em que o ministrar de qualquer técnica de salvamento/cura apenas trará a ele e a seus familiares, dor e sofrimentos. Os referidos cuidados não são aplicados somente aos doentes, mas também aos parentes, no intuito de que aceitem a morte do ente querido e possam desfrutar os últimos momentos da convivência: “o trabalho dos paliativistas é legitimado socialmente: trata-se de minimizar o sofrimento dos doentes e familiares, gerando seu bem”⁶⁶.

Os cuidados paliativos são originários de um movimento desenvolvido por Cecily Saunders e por seus colaboradores, chamado *hospice*, desenvolvido sob dois pilares, a saber: o controle efetivo da dor e de outros sintomas decorrentes do tratamento em fase avançada das doenças e o cuidado que abrange as dimensões psicológicas, sociais e espirituais de pacientes e de suas famílias⁶⁷.

Com a evolução da tecnologia médica, a expectativa de vida dos cidadãos tem aumentado constantemente e o desenvolvimento e a aplicação dos cuidados paliativos expressam estreita ligação com os novos parâmetros. Isso porque, quanto mais velha a sociedade, mais doenças crônicas tende a apresentar, uma vez que a saúde se deteriora com o avançar da idade, numa simples constatação fisiológica. Além do que, “a questão crucial em

⁶⁵ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 141.

⁶⁶ MENEZE, Rachel Aisengart. *Em busca da boa morte: antropologia dos cuidados paliativos*. Rio de Janeiro: Garamond: FIOCRUZ, 2004. p. 174.

⁶⁷ MELO, Ana Georgia Cavalcanti; CAPONERO, Ricardo. Cuidados paliativos: abordagem contínua e integral. In: SANTOS, Franklin Santana (Org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009. p. 257.

cuidados paliativos é qualidade de vida em questão, e não apenas o tempo atribuído a ela”⁶⁸, visando ao controle da dor e ao alívio dos sintomas da doença detectada. Ademais, o conceito inicial de cuidados paliativos se desenvolveu pela OMS, no ano de 1990. Porém, em 2002, a mesma OMS o reformulou e concedeu especial enfoque à prevenção do sofrimento:

Cuidados Paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace 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 espirituais⁶⁹.

Veja-se que o conceito redigido faz referência à assistência de equipe multidisciplinar, que deve dar apoio e alívio não só ao paciente, mas aos seus familiares. Destarte, a composição da equipe deve incluir, além dos médicos e dos enfermeiros, os psicólogos, os assistentes sociais e até mesmo um agente que possa prestar ajuda espiritual a todos os envolvidos no processo, considerando-se que “essas abordagens devem reafirmar a vida e considerar a morte como um processo natural sem acelerar ou postergá-lo”⁷⁰.

No que concerne à prestação de assistência espiritual, Puchalski e Romer enaltecem a necessidade da criação de um histórico espiritual que facilite o entendimento e as comunicações entre o paciente e o médico e que viabilize “[...] aos médicos e profissionais de saúde, elementos textuais para que não apenas compreendam mais seus pacientes, mas comecem a atender a algumas dessas necessidades espirituais que são de grande importância no final da vida”⁷¹.

A visão acerca dos cuidados paliativos que aqui se examina, até o momento, parece relatar uma concepção fantasiosa do momento da morte como uma situação em que o paciente terminal se vê consciente e opinativo sobre o seu modo de morrer, o que nem sempre se observa em virtude de, com o passar do tempo, o doente ficar cada vez mais debilitado física e emocionalmente. No entanto, as dificuldades que se revelam não devem ser vistas como

⁶⁸ MELO, Ana Georgia Cavalcanti; CAPONERO, Ricardo. Cuidados paliativos: abordagem contínua e integral. In: SANTOS, Franklin Santana (Org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009. p. 257.

⁶⁹ MORITZ, Rachel Duarte. Terminalidade e cuidados paliativos na unidade de terapia intensiva. *Rev. bras. ter. intensiva*, São Paulo, v. 20, n. 4, p. 422-428, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22970/000715411.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

⁷⁰ SAPORETTI, Luís Alberto. Espiritualidade em cuidados paliativos. In: SANTOS, Franklin Santana (Org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009. p. 270.

⁷¹ PUCHALSKI, C.; ROMER, A. L. Taking a spiritual history allows clinicians to understand patients more fully. *Journal of Palliative Medicine*, New Rochelle, v. 3, n. 1, p. 129-137, 2000. Disponível em: <<http://online.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/jpm.2000.3.129>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

obstáculos ao respeito à autonomia do paciente que, como já referido, pode confeccionar seu testamento vital e informar à equipe multidisciplinar quais procedimentos deseja - ou não - ser submetido. A preservação da vontade do paciente no momento da morte outorga respeito pelo princípio da dignidade humana e

Os paliativistas, no acompanhamento da vida final do doente, qualificam a morte como boa ou má. A primeira é significada positivamente, sinônimo de ‘morte com dignidade’, sem sofrimento, tranquila, aceita e pacífica. Em contraposição, o ‘morrer mal’ está associado à impossibilidade de controle de sintomas, acarretando agonia e sofrimento aos doentes⁷².

Em vista disso, a *boa morte* - ou a morte com dignidade - representa aquela que o paciente escolheu. Beverly McNamara a define como “um conceito idealizado e, especialmente no contexto das unidades paliativas, significado como o processo na qual os profissionais, pacientes e familiares compartilham a aceitação da proximidade da morte, empenhando-se na realização do ideal”.⁷³

A morte, por representar a ruptura drástica e radical, deve ter sua visão transformada pela equipe paliativista: de evento negativo e definitivo para um momento de travessia à outra dimensão, o que deve se dar de forma calma, serena, sem sacrifícios e sem dor para o paciente, para sua família e para toda a equipe envolvida no processo. Atente-se que, em todas as passagens, a equipe multidisciplinar também é incluída no processo de aceitação da morte, pois, a partir do momento em que se busca melhorar a qualidade de vida - e, por que não dizer, de morte do paciente - se envolve com ele e com a sua família e demonstra especial compaixão e desejo de informação, de escuta e de cuidado.

Os cuidados paliativos possuem alguns princípios que devem ser aplicados, quando do diagnóstico irreversível, dentre os quais,

Escutar o paciente, fazer um diagnóstico antes de tratar, conhecer muito bem as drogas a serem utilizadas, empregar drogas que tenham mais de um objetivo de alívio, manter tratamentos os mais simples possível; nem tudo que dói deve ser tratado com medicamentos e analgésicos; cuidados paliativos são intensivos; aprender a reconhecer e desfrutar pequenas realizações e ter consciência de que sempre há alguma coisa que pode ser feita.

⁷² MENEZE, Rachel Aisengart. *Em busca da boa morte: antropologia dos cuidados paliativos*. Rio de Janeiro: Garamond: FIOCRUZ, 2004. p. 176.

⁷³ McNAMARA, Beverly. A good enough death? In: PETERSEN A.; WADELL, C. *Health masters: a sociology of illness, prevention and care*. Buckingham: Open University Press, 1999.

Os princípios listados são todos complementares entre si. O escutar o paciente atentamente levará ao conhecimento completo dos sintomas, o que facilitará o diagnóstico e a definição do tratamento. Após a decisão, a equipe deve observar os medicamentos a serem aplicados e principalmente buscar aqueles que melhor atendam às necessidades do paciente e que, ao mesmo tempo, causem menos reações adversas, visto que os objetivos principais dos cuidados paliativos abrangem o alívio da dor e a melhora da qualidade de vida do paciente, como outrora mencionado.

O princípio de reconhecer e de desfrutar pequenas realizações demonstra necessidade de sensibilidade, de compaixão e - também - de superação e de frequente otimismo da equipe médica. Percebe-se que os cuidados paliativos também visam conferir uma injeção de ânimo nos pacientes e em seus familiares, porque embora não escrito, todos - inclusive os doentes terminais - possuem direito à felicidade, o corolário da dignidade humana.

Para que finalmente se entendam as condutas adotadas na aplicação dos cuidados paliativos, insta conhecer seus programas, que são: clínica dia, assistência domiciliar, internação, serviços de consultoria e suporte para o luto. Tais estágios não são obrigatoriamente sequenciados, porém é comum que, inicialmente, o paciente receba assistência na clínica dia - local onde recebe informações, orientações e cuidados diários da equipe multidisciplinar. Em caso de piora ou de impedimento, será encaminhado aos cuidados em domicílio, em que “o atendimento é integral no contexto familiar, utilizando serviços especializados e equipamentos que monitoram o paciente e seu próprio lar, integrando os familiares e proporcionando um ambiente acolhedor”⁷⁴.

A internação deve ser vista como medida extrema e analisada de forma cautelosa, e em muitos casos, pode não ser efetiva. Os serviços de consultoria são prestados ao paciente e aos seus familiares quando a equipe não se encontra em domicílio, servindo para escutar os pacientes e seus familiares, reconhecendo emergências e fornecendo segurança aos doentes e aos familiares. O auxílio ao luto, por fim, é um cuidado prestado somente à família, após a morte do paciente. Conforme se aprecia,

A proposta construída em contraposição ao modelo da ‘morte moderna’ no qual o poder é exercido unicamente pelo médico e o doente não é ouvido, o modelo de assistência paliativa determina que o indivíduo que está morrendo passe a ser o personagem central na tomada de decisão. A equipe interdisciplinar de cuidados paliativos deve possuir conhecimentos técnicos

⁷⁴ MELO, Ana Georgia Cavalcanti; CAPONERO, Ricardo. Cuidados paliativos: abordagem contínua e integral. In: SANTOS, Franklin Santana (Org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009. p. 263.

para escuta diálogo e atendimento das necessidades do doente, agora tonado objeto de uma assistência específica. Uma nova forma de relação médico/paciente deve ser estabelecida, na qual os dois atores desempenham novos papéis, distintos do modelo até então vigente.⁷⁵

Embora o interesse pelos cuidados paliativos tenha se desenvolvido mais nos últimos anos no Brasil - inclusive com a criação da Associação Brasileira de Cuidados Paliativos⁷⁶ (ABCP) - as explicações acerca do tema e a implementação dos tratamentos e dos princípios ainda são incipientes no país. Ainda não se formalizaram normas acerca da informação e da implementação dos referidos cuidados. Calha então esclarecer aos pacientes e aos familiares a ideia do que sejam os cuidados paliativos e de como eles podem ajudar no momento terminal, evitando dores e sofrimento e conferindo dignidade ao paciente e aos familiares.

⁷⁵ MENEZES, Rachel Aisengart. *Em busca da boa morte: antropologia dos cuidados paliativos*. Rio de Janeiro: Garamond: FIOCRUZ, 2004. p. 60.

⁷⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CUIDADOS PALIATIVOS. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.cuidadospaliativos.com.br/site/inicio.php>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

3 DIREITO À VIDA E SUAS CONCEPÇÕES NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A fórmula é simples: o início é o início da vida; o fim é o fim da vida.

Luciano de Freitas Santoro⁷⁷

A vida simboliza a garantia máxima de gozo e de fruição de qualquer direito. A proteção do direito à saúde, à dignidade, dentre outros valores, só faz sentido se existir a vida. Portanto, somente o ser nascido que tenha respirado, possui direitos. Embora o Código Civil proteja o nascituro, ele tem apenas expectativa de direitos, ou seja, só os terá, se nascer com vida. A mesma fórmula vale para o final da vida. A existência da pessoa natural termina com a morte, bem como com ela se vão todos os outros direitos⁷⁸, mostrando efetivamente que *o início é o início e que o fim é o fim*, porém, juridicamente, maiores complexidades se apresentam. Assim, com esse fogo, este capítulo tratará do referido tema sob a perspectiva constitucional brasileira.

3.1 A Evolução do Direito à Vida na Legislação Brasileira

O direito à vida, conforme se aborda na sequência desta pesquisa, nem sempre foi objeto de preocupação para as Constituições brasileiras, e em muitas delas, somente se observava sua proteção pela forma reversa, já que não se encontrava efetivamente descrito textualmente.

3.1.1 A Evolução da Proteção ao Direito à Vida nas Constituições Brasileiras

A evolução do processo constitucional brasileiro compreende a edição de sete Constituições, entretanto nem todas declararam a existência do direito à vida, conforme se

⁷⁷ MENEZES. Rachel Aisengart. *Em busca da Boa Morte: antropologia dos cuidados paliativos*. Rio de Janeiro: Garamond: FIOCRUZ, 2004. p. 142.

⁷⁸ Ressalvas à construção doutrinária de Marcos Luiz Lovato que pretende o reconhecimento de direitos de personalidade tanto ao nascituro quanto ao morto. LOVATO, Marcos Luiz. Os direitos de personalidade antes do “início” e após o “fim” do sujeito de direito. *Revista Discurso Jurídico*, Campo Mourão, v. 4, n. 2, p.1-18, ago./dez. 2008. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/246/119>>. Acesso em: 24 ago. 2014. Em que pesem os argumentos utilizados pelo autor o Código Civil ainda é claro em seus artigos 2º e 6º. Artigo 2º do Código Civil - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Artigo 6º do Código Civil - A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

observará adiante. A primeira Constituição brasileira foi a Constituição *Política do Império do Brasil*, jurada em vinte e cinco de março de 1824⁷⁹.

Segundo Boris Fausto, “A primeira Constituição brasileira nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao ‘povo’, embora devamos entender por povo a minoria de brancos e mestiços que votava e que de algum modo tinha participação na vida política”⁸⁰. O texto instituiu a forma unitária de Estado, privilegiando a centralização político-administrativa e a forma monárquica de governo. Como se vê, a preocupação do documento se dava apenas com a manutenção do poder nas mãos do monarca, de modo que os direitos e as garantias fundamentais encontrassem guarida limitada em seu bojo.

Nos dizeres de Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, ali se estabeleceu um “governo monárquico, hereditário e representativo”⁸¹. Limitou-se ainda a delimitar os direitos fundamentais em seu artigo 179, nos seguintes termos: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império”⁸². Assim, não se preocupou em assegurar, na forma escrita, o direito à vida. A simples omissão de escrita do referido direito não significa que não era validado pelo Império brasileiro - mesmo porque os direitos listados no dito artigo 179 somente poderiam ser exercidos por pessoas com vida.

Contudo, àquela época, o Estado brasileiro controlava a vida dos cidadãos, principalmente através do Poder Moderador, que era a “chave de toda a organização política do Império, sendo delegada privativamente ao monarca. Contudo, o monarca, no exercício do Poder Moderador, interferia no exercício dos demais”⁸³.

A primeira Constituição Republicana foi a de 1891 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), a qual estabeleceu a forma federativa de Estado adotando a Teoria da Tripartite dos Poderes de Montesquieu. Cumpre dizer que foi inovadora quanto ao modo de organização do Brasil, ao empregar a forma federativa de Estado, e a República como

⁷⁹ Embora largamente conhecida como Constituição de 1824, segundo alguns doutrinadores não se pode denominar a referida como Constituição, vez que é resultado de um processo arbitrário e autoritário. Assim, a denominação Constituição aplica-se somente aos textos que foram precedidos de livre discussão, votação e promulgação por intermédio de uma Assembleia Constituinte, escolhida pelo povo, como nos casos das Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.

⁸⁰ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 128. (Didática, 1).

⁸¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 90.

⁸² BRAZIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁸³ BULOS, Uadi Lanmego. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

forma de governo. Entretanto, no que se refere aos direitos fundamentais, limitou-se em reproduzir as proteções já validadas na Carta de 1824, sem fazer referência à proteção do direito à vida. Embora não mencionasse tal direito, sua defesa pode ser extraída da proibição da “pena de morte, de banimento judicial e de galés”⁸⁴. Assim, se pode observar que o texto constitucional “consagrou o direito dos brasileiros e estrangeiros residentes no país, à liberdade, segurança individual e à propriedade. Extinguiu a pena de morte, aliás raramente aplicada no Império”⁸⁵.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, por sua vez, apresentou nítida preocupação e compromisso com as questões sociais e disciplinou, de forma mais adequada e sistematizada, os direitos fundamentais, ao estabelecer o Título III, denominado *Da Declaração de Direitos*⁸⁶. Não se promoveu diretamente ali a proteção do direito à vida, mas incluiu, dentre os direitos individuais, o direito à subsistência⁸⁷, o que pode ser interpretado no conceito social e histórico como o direito à vida. Ademais, introduziu a proibição da pena de morte, de caráter perpétuo de banimento⁸⁸, evidenciando clara opção pela proteção da vida.

Já a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 surgiu em um momento histórico de golpe, influenciado pelos movimentos totalitários e autoritários da Itália e da Alemanha, e culminando com a instalação do Estado Novo em 1937, que “concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente”⁸⁹. Durante sua vigência, embora o direito à vida ainda não se encontrasse sob a forma escrita, houve retrocesso em relação às garantias ligadas ao tema, uma vez que se retomou a previsão de pena de morte para os crimes praticados contra o Estado e o homicídio praticado por motivo fútil ou de forma cruel⁹⁰.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 resultou da redemocratização e da constitucionalização do Brasil após a queda de Getúlio Vargas, optando pelo “figurino

⁸⁴ Penas previstas no Código Criminal de 1830. BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁸⁵ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 216. (Didática, 1).

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁸⁷ artigo 113, *caput* e item 34. *Ibid.*

⁸⁸ artigo 113, item 29. *Ibid.*

⁸⁹ FAUSTO, op. cit., p. 312.

⁹⁰ Artigo 122, item 13. BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

liberal democrático”⁹¹. Foi a primeira legislação a citar expressamente o direito à vida, no capítulo II, que tratava dos direitos e das garantias individuais, o caput do artigo 141 determinava que “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”⁹². Ainda em proteção ao direito à vida, aboliu-se a pena de morte, nos termos do artigo 141, parágrafo 31.

A partir de 1964, um novo Regime começou a mudar as instituições do país, através de decretos - chamados de atos institucionais. O Ato Institucional número 1 manteve formalmente a Constituição anterior, mas procederam-se várias modificações, especialmente no Congresso Nacional, instituindo-se o Governo Militar. Fechado em outubro de 1966, o Congresso foi reconvocado pelo Ato Institucional número 4, a fim de se reunir extraordinariamente e aprovar um novo texto Constitucional - que, refletindo a postura autoritária do Governo, promoveu significativa limitação dos direitos fundamentais, especialmente na edição do Ato Institucional número 5, que desencadeou um novo ciclo de cassação de mandatos e de perdas de direitos políticos.

Em se tratando dos direitos individuais, a Constituição de 1967 reproduziu a de 1946 e certificou, em seu artigo 150, o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade⁹³. No entanto, embora a Constituição garantisse o direito à vida, o Governo autoritário não o resguardava sendo, por diversas vezes, o primeiro a ofendê-lo, vez que perseguia e assassinava os opositores e críticos do Regime.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) decorreu da redemocratização do país, que se comprometeu, por meio de suas lideranças políticas, a elaborar um texto que preservasse efetivamente o Estado Democrático de Direito. A legislação infraconstitucional se encarregou de estabelecer o momento em que a pessoa humana adquire a vida. O Código Civil, em seu artigo 2º, decreta que "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Diante da disposição referida, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro filiou-se à teoria natalista, considerando que existe vida a partir da expulsão do feto do ventre materno e conseqüente respiração. Assim, se o feto expulso respirou ao menos uma vez, diz-se que ele nasceu *com vida*.

⁹¹ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 341. (Didática, 1).

⁹² BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁹³ BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

Embora vinculado à teoria natalista, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm reconhecido a aplicação da teoria conceptista, ensejando que, embora não tenha vida, pode haver direitos da pessoa que foi apenas concebida: uma decisão recente concedeu direito de Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) ao feto morto em acidente de trânsito, o que revela uma nova concepção acerca de proteção ao direito à vida no Brasil, nos seguintes termos:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGUROBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXGES SITEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERCIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona aquisição de personalidade jurídica ao nascimento, ordenamento jurídico pátrio aponta sinas deque não há essa insolúvel vinculação entre o nascimento em vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, com pode apresentar leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se com indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exige sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.79 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, o fim e ao cabo, visa garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n.1.804/208); no direito penal condição de pessoa via do nascituro –embora não nascida –é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" especificamente no capítulo "dos crimes contra vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABET, Julio Fabrini. Manual de direito penal, volume I.25 ed. São Paulo: Atlas, 207, p.62-63; NUCI, Guilherme de Souza. Manual direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.658). 3. As teorias mais restritas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superad pela Constituição Federal de 198 e pelo Código Civil de 202. O Documento: 3913875 - EMENTA /ACORDÃO - Site certificado - DJe: 29/09/2014 Página 1 de 2Superior Tribunal de Justiça paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhece, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - com a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é precedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o

aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não coreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido.⁹⁴

Isso posto, o direito à vida - principal das prerrogativas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil - é mero reconhecimento jurídico da situação de fato, haja vista que o homem não existe sem vida. Assim, consistindo pressuposto inerente ao ser humano, não seria necessário que quaisquer das legislações viessem a garantir tal direito, pois sem ele nenhum outro se concretizaria. Nesse passo, resta consignar que “a vida humana não é ficção jurídica, é realidade pura, independente de qualquer norma ou lei, expressão de certo poder estatal”⁹⁵. No mesmo sentido, Michael Kloepfer assevera que

a pessoa humana é o norte orientador comum do tema tratado que caracteriza como vida e dignidade não quaisquer bens jurídicos do homem, mas simultaneamente suas propriedades constitutivas. Pessoas sem a proteção de sua vida ou de sua dignidade são inimagináveis diante do ponto de vista constitucional⁹⁶.

O ordenamento jurídico brasileiro considera a vida não como direito pessoal, mas coletivo. Isso porque o indivíduo não é dono da própria vida e não pode dela dispor como melhor decidir. O *jus in se ipsum* - ou melhor, o direito de dispor livremente de si - há muito não é aceito, pois se contrapõe ao direito alheio e ao interesse público⁹⁷. Aponta então Genival Veloso França que, “Em suma: homem não é simplesmente uma criatura isolada. É um ser com direitos e deveres na família, na sociedade e no Estado. Em certo momento, a sua vida não mais lhe pertence, é soberana, porque ele constitui parte do conjunto da humanidade”⁹⁸.

Tal posicionamento remonta o pensamento sagrado de que a vida é um dom concedido por Deus e que dela não se pode dispor, em qualquer hipótese. Entretanto, a presente pesquisa não pretende vê-la como direito do qual não se pode lançar mão, até mesmo porque pareceria mais como dever do que como direito. Aqui a intenção é demonstrar que, por força do princípio da autonomia, diante de um livre convencimento motivado, baseado em informações prestadas por uma equipe médica, ao paciente deve ser dada a decisão sobre a sua vida. Já foi

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)*. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrido: Seguradora Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 4 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-nascituro-stj.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁹⁵ SILVA, José Carlos Sousa. *Direito à vida*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 37.

⁹⁶ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147.

⁹⁷ FRANÇA, Genival Velosa. *Direito médico*. 5. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYC, 1992. p. 377.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 377.

recomendado aqui que os legisladores brasileiros repensem a legislação no que se refere à possibilidade de tomada de decisão e de conferir ao paciente o direito a ter direito à morte digna.

No que diz respeito ao tema, embora a Constituição proclame o Estado brasileiro como laico, ainda se veem as normas jurídicas do país permeadas e entravadas por posicionamentos religiosos, especialmente quando se fala de vida e de morte. Acerca disso, se pronuncia Carmen Tómas-Valiente Lanuza:

Por una parte, la idea de la intangibilidad de la vida no parece constituir per se una explicación plausible del fundamento de la prohibición de matar em todo caso; pues pretender justificar la prohibición de que um sujeto dé muerte a outro – aunque com su consentimiento – com la idea de que la vida humana es intangible o inviolable nos remitiría de inmediato a una segunda pregunta: Por qué há de ser así? Com respecto ao problema concreto de la eutanásia, por qué há de ser intangible este bien jurídico si su titular decide libremente prescindir de él em aras de lo que gran parte de la sociedade coincide en considerar comprensible y racional deseo de libertarse del sufrimiento físico? A menos que sus defensores detallen algo más la respuesta a esta pregunta, resulta tentador rechazar tales argumentaciones com la idea de qua non son (aun cuando em lugar de la terminología ‘santidad de la vida’ se emplee outra de connotaciones religiosas menos directas) más que una traducción del dogma Cristiano que considera la vida como un don divino sobre cuya continuación no corresponde a los seres humanos decidir, creencia ésta que, naturalmente, no habría justificación alguna para inponer a quienes no la conparten⁹⁹.

Sob essa perspectiva, a religião não deve ser justificativa para entravar a aprovação de uma legislação que preveja a oportunidade de a pessoa decidir acerca de sua vida. A vida é um direito, classificando-se como direito potestativo, de modo que a decisão sobre os rumos de sua vida só cabe ao seu titular, restando aos demais a sua aceitação. Ademais, a aceitação da morte e o desenvolvimento de uma legislação que preveja a possibilidade de sua antecipação poderia, inclusive, salvar outras vidas e evitar dores e sofrimentos desnecessários.

Quando se nega o direito de morrer porque a indisponibilidade da vida leva à sua ausência, se está claramente atentando contra o próprio direito à vida - e especialmente contra a dignidade humana, pois uma existência com dor e com sofrimento retira toda a dignidade do ser humano, estendendo-se essa ausência também aos familiares da vítima¹⁰⁰. Ronald Dworkin assenta que

⁹⁹ LANUZA, Carmen Tómas-Valiente. *La responsabilidad de la propia vida em el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999. p. 131-132.

¹⁰⁰ Vítima da indisponibilidade da vida, das dores, d a agonia. Ao contrário do homicídio piedoso, o prolongar da vida nos casos de doentes terminais que desejam a morte os torna vítimas de um sistema normativo inócua na devida proteção do direito à vida e à dignidade humana.

Assim o direito produz o resultado aparentemente irracional: por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outro lado, não pode optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes¹⁰¹.

O sistema normativo se apresenta como teratológico nesse aspecto, tendo em vista que permite a dor e o sofrimento do paciente terminal para que atinja o seu desejo de morte. Por outro lado, justificando a defesa da vida, não permite a antecipação da morte, de forma simples e indolor.

Veja-se que aqui não se defende a morte a qualquer custo do paciente terminal. A morte só se aplicaria nos casos em que o enfermo a desejasse e, caso não pudesse expressar sua opinião, que houvesse confeccionado testamento vital. Outrossim, impera destacar que o exercício da autonomia do paciente deve se embasar no consentimento livre e motivado através dos esclarecimentos médicos.

3.2 O Outro Lado da Forma: eutanásia e suicídio assistido

Postulou-se, na introdução deste estudo, que vida e morte podem ser analisadas como uma fórmula. Nessa seara, discute-se sobre o seu outro âmbito, ou melhor, seu lado *escondido e esquecido*: eutanásia e suicídio assistido.

3.2.1 Eutanásia e Suicídio Assistido: condutas próximas, situações diferentes.

A eutanásia e o suicídio assistido são procedimentos médicos que visam abreviar a vida do paciente incuravelmente doente que sofre com dores insuportáveis e que, por isso, não deseja mais viver. Nesta pesquisa, tenciona-se demonstrar que a decisão pela prática do procedimento deve ser sempre do paciente, pois diz respeito ao seu direito, autorizando o médico, na forma escrita, e declarando os motivos pelos quais deseja fazê-lo. Como esta pesquisa tem caráter transdisciplinar, analisará ainda as legislações acerca do tema em outros países, apontando os fatores políticos, sociais e religiosos que justificaram a aprovação - ou não - de leis que permitam tais condutas.

A opção de se tratar dos temas *eutanásia e suicídio assistido* em tópico diverso da *ortotanásia* e da *distanásia* deveu-se à alocação de um ponto que reforça a pesquisa - qual

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da Tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 259.

seja, os cuidados paliativos. Por terem o objetivo de amenizar as dores do paciente e de conferir ajuda psicológica aos familiares ante o momento da perda do ente querido, eles só adquirem significado em procedimentos que visem preservar a vida, ou seja, na ortotanásia e na distanásia. Assim, não faz sentido abordar os cuidados paliativos quando se fala em eutanásia e em suicídio assistido, uma vez que se trata de técnicas de antecipação da morte.

Eutanásia - vocábulo grego - pode ser traduzida como *boa morte* ou *morte sem sofrimento*. Resume um método de antecipação da morte utilizado quando o paciente é diagnosticado com doença incurável e que causa diversas dores que fazem com que prefira a morte ao sofrimento. Sobre as noções originárias do termo, Leo Pessini e Bachifontaine esclarecem que,

Em sua origem, referia-se ao ato de facilitar o processo de morte, ou seja, amenizar o sofrimento do paciente por meio de medidas paliativas, como o acompanhamento psicológico e métodos de controle da dor. Portanto, não visaria causar a morte, mesmo que fosse para cessar o sofrimento do enfermo, e sim fazer com que ocorresse da forma menos dolorosa possível¹⁰².

Veja-se que, inicialmente, o termo eutanásia não se encontrava ligado à facilitação da morte/abreviação da vida. Confundia-se com o conceito do que hoje é conhecido como ortotanásia - o procedimento de deixar morrer no *tempo natural*, sem intervenções para a abreviação da vida, apenas com a prestação de cuidados paliativos aos pacientes e aos seus familiares. Mas o conceito também já foi modificado, de modo que José Roque Junges define eutanásia, nos seguintes termos: "Uma ação ou omissão que, por sua natureza ou intenção, causa a morte com o fim de eliminar qualquer dor. A eutanásia situa-se, portanto, no nível das intenções e dos métodos usados"¹⁰³.

Resta inferir que o conceito de eutanásia sustentado por Junges se reporta à noção ativa e passiva da eutanásia, considerando-se que a última se realiza também no nível das intenções, que são descritas como intenções de compaixão e de finalização do sofrimento do enfermo, haja vista que também se requer atenção aos métodos usados, pois, como se verá adiante, estes devem ser os que causam menos dor ao paciente, em virtude dos princípios da beneficência e da não maleficência. Em conceito explicativo acerca do modo de agir durante a prática da eutanásia, discorre Andrew C. Varga que

¹⁰² BARCHIFONTAINE, Chistian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2010. p. 111.

¹⁰³ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995. p. 179.

Eutanásia significa, em geral, proporcionar uma morte fácil e indolor a um paciente que está morrendo, em virtude de uma enfermidade fatal. A morte pode ser induzida pelo próprio paciente, sem conhecimento ou cooperação de outras pessoas. Ou pode ser efetuada por outros, a pedido do paciente ou com seu consentimento. Em todos esses casos teremos a eutanásia voluntária. Se a morte for induzida contra a sua vontade ou sem o consentimento do paciente, falamos em eutanásia involuntária¹⁰⁴.

Entretanto, embora a noção atual do termo indique boa morte e alívio de sofrimento, não era essa a visão da prática no início do século XX, visto que, na Europa, a eutanásia era associada à eugenia, já que “funcionava como instrumento de higienização social, com a finalidade de buscar a perfeição e o aprimoramento da raça, nada tendo a ver com compaixão, piedade ou direito de pôr fim à própria vida”¹⁰⁵.

Hoje, alguns Estados aceitam a eutanásia como forma de abreviar a vida e, dentre eles, listam-se Holanda, Bélgica e Luxemburgo. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro, até o presente momento, não aceita a prática e nem conta com decisões de Tribunais Superiores que permitam abreviar a vida, considerando tal ato como homicídio. Nas palavras de José Roque Junges,

A eutanásia, como prática de abreviar a vida de um enfermo terminal, é eticamente inaceitável. Por um lado, aquele que aplica, intencionalmente, o procedimento eutanásico suprime diretamente uma vida humana e ninguém tem este direito, mesmo sendo solicitado. A intervenção para eliminar o outro é a sua negação como fim em si mesmo e sua redução a meio para chegar a outro fim.¹⁰⁶

Por conseguinte, José Roque Junges é enfático em seu posicionamento contrário à prática da eutanásia, tanto que, em suas palavras, trata o procedimento quase que como uma *guerra entre seres humanos*, de modo que aquele que elimina - mesmo quando solicitado e por razões de compaixão, mata - age em confronto com a ética. Ainda assim, sua obra é referência bibliográfica para os estudos que versam sobre o tema e tem servido de contraponto às ponderações que envolvem a terminalidade da vida. Embora seu posicionamento tenha *conotação religiosa*, suas argumentações são muito bem estruturadas cientificamente, mais uma vez refletindo a complexidade e a paradoxalidade do assunto. O ordenamento brasileiro acompanha a opinião, sendo ainda completamente reticente quanto à aplicação da eutanásia.

¹⁰⁴ VARGA, Andrew C. *Problema de bioética*. Trad. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2001. p. 234.

¹⁰⁵ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; FERNANDES, Paula Alves. *Livre determinação no contexto da terminalidade da vida*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c51a13764ca629f>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

¹⁰⁶ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1995. p. 181.

A eutanásia, em sua vez, pode ser classificada em ativa e passiva. A eutanásia ativa subdivide-se ainda em mais duas subclasses, quais sejam: eutanásia ativa direta ou eutanásia ativa indireta. Aponta-se que a eutanásia ativa é aquela em que o médico adota conduta positiva para com o paciente, ou seja, retrata um *agir* do médico, como o administrar de composto químico que leve o paciente à morte. Encontra-se um exemplo de eutanásia ativa nos relatos do médico brasileiro Carlos Alberto Quirino Ferreira de Castro Cotti que, em entrevista à Revista Vidas, relatou praticar a eutanásia desde 1959. Declarou ainda que, ao observar o paciente em estado crítico, sem mais condições de viver e diante de intenso sofrimento, ministrava doses de “M1” (solução à base de fenergan, morfina e outras substâncias). Perguntado se o paciente tinha ciência da prática, limitou-se a informar que, no caso, não, mas que os filhos foram cientificados e o autorizaram¹⁰⁷.

A eutanásia ativa, conforme já se relatou, subdivide-se em direta e indireta. Na ativa direta, se persegue o encurtamento da vida por meio de atos positivos, ou seja, de ajuda para morrer. Na eutanásia indireta, não se busca a morte, que será em decorrência do administrar de remédios para o alívio da dor - não para matar, mas para sanar o sofrimento do paciente - o que acabará causando seu óbito. Assim explica Luciano de Freitas Santoro que

A eutanásia ativa indireta não pode ser confundida com a eutanásia ativa direta, porque a conduta de injetar um fármaco com a finalidade de abreviar a vida obviamente não é a mesma que a ação do médico de aplicar analgésicos para aliviar a dor e o sofrimento mas que, como efeito secundário certo ou necessário, levará a abreviação da vida do paciente, é dizer, será causa do evento morte. Na indireta, o ato principal é positivo, consistente em aliviar dor insuportável, enquanto que o efeito secundário é negativo, pois levará o paciente à morte. Inversamente, na eutanásia ativa, o efeito principal é negativo, enquanto que o secundário é positivo, já que matará alguém para aliviar-lhe o sofrimento¹⁰⁸.

Contrariamente, a eutanásia passiva se configura por meio de uma conduta omissiva, em que há supressão ou interrupção de cuidados médicos que ofereçam suporte indispensável à vida do paciente. Como exemplo, se pode rememorar o caso mundialmente conhecido de Terri Schiavo, uma cidadã americana que sofreu uma parada cardíaca no ano de 1990, em virtude da perda de potássio associada à bulimia. Diagnosticada a impossibilidade de recuperação, o marido de Terri solicitou ao Judiciário que a sonda de alimentação e de

¹⁰⁷ GOLDIM, José Roberto. *Caso eutanásia em São Paulo*. [S.l.], 2004. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/casoeubr.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

¹⁰⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 119.

hidratação fosse retirada. Após o procedimento, Terri ainda sobreviveu por quatorze dias, vindo a falecer em trinta e um de março de 2005¹⁰⁹.

A doutrina brasileira ainda confunde os termos constantes desta pesquisa, em especial, a eutanásia passiva e a ortotanásia. De fato, se tratam de ações semelhantes, mas com linhas tênues de diferenciação. Os esclarecedores ensinamentos de Maria Elisa Vilas-Bôas realçam que

Embora sutil, a distinção entre a eutanásia passiva e a ortotanásia tem toda a relevância, na medida em que responde pela diferença de tratamento jurídico proposto: a licitude desta e a ilicitude daquela. Na eutanásia passiva, omite-se ou suspende-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais, que ainda poderiam beneficiar o paciente. [...] [...] A ortotanásia, aqui configurada pelas condutas médicas restritivas, é objetivo médico, quando já não se pode buscar a cura: visa promover o conforto do paciente, sem interferir o momento da morte, sem encurtar o tempo natural da vida, nem adiá-lo indevida e artificialmente, para que a morte chegue na hora certa, quando o organismo efetivamente alcançou um grau de deterioração incontornável¹¹⁰.

Assim, observa-se que, quando da prática da eutanásia passiva, o paciente foi diagnosticado com doença incurável que lhe causa dores insuportáveis, mas o momento da morte ainda não é iminente e sequer o médico pode apontar, de forma aproximada, quando ocorrerá. Nesse passo, suspende-se o tratamento por motivo de compaixão, para sanar a dor e para abreviar a vida. Na ortotanásia, o paciente também passa por diagnóstico de doença incurável e por sofrimento extremo. Entretanto, a aproximação da morte pode ser atestada pelo médico. Com a interrupção do tratamento na ortotanásia, o processo de morte já se iniciou, não havendo antecipação da morte - como na eutanásia - mas em seguimento do curso natural da vida que culmina com a morte.

Importa ainda conceituar o suicídio assistido que, conhecido também como suicídio eutanásico¹¹¹, representa a conduta própria do sujeito que deseja retirar a própria vida sem a intervenção de terceiro. Logo, não se pode confundir o suicídio eutanásico com o suicídio genérico, pois as causas fundamentadoras de um e de outro são diversas, como instrui Carlos Maria Romeo Casabona:

¹⁰⁹ Informações. GOLDIM, José Roberto. *Caso Terri Schiavo retirada de tratamento*. [S.l.], 22 mar. 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81/>. Acesso em: 29 jul. 2014.

¹¹⁰ VILAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do final da vida*. Rio de Janeiro : Forense, 2005. p. 80.

¹¹¹ CANO, Ana Maria Marco del. *La eutanásia: estudo filosófico-jurídico*. Madri : Marcial Pons, 1999. p. 45.

La eutanasia realizada por el propio interesado conceptualmente no coincide con el suicidio: la primera sería la aceleración del momento de la muerte que se presenta mas o menos cercana como único medio de se abreviar el sufrimiento físico y moral derivado de una enfermedad terminal o de una minusvalía irreversible (causa, p. ej. un accidente), mientras que el segundo consiste en quistarse uno mismo violenta y voluntariamente de la vida que ya non quieres ser vivida por cualquier outro motivo y en circunstancias diferentes. Sin embargo, desde la perspectiva de su tratamiento penal hay que assimilarla com aquél: en ambos os casos existe la vontade directa de morir e el acto de privarse de la vida; el suicidio sería el género, la eutanasia la espécie. Esta valoración jurídica es importante, quando en la eutanasia é involucrado un terceiro, porque frequentemente los tipo penales cuyas aplicaciones estará em juego serán las figuras de participación punible en el suicidio (art. 409, CP), por que aquéllan debe ser tenuta em cuenta para las reflexiones que siguién más adelante¹¹².

Ressalte-se aqui que o suicídio assistido muito se embaralha com a eutanásia, já que os motivos que levam à morte e o resultado da conduta são os mesmos nos dois casos, a saber, a morte tranquila e sem dor, após a manifestação prévia de conhecimento. Todavia, em termos jurídicos, as condutas do terceiro - que auxilia ou que realiza o ato - se qualificam de forma diversa, no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com Luciano de Freitas,

O comportamento do sujeito ativo dos crimes de auxílio ao suicídio e homicídio, ainda que consentido, é diverso, embora a sua origem seja a mesma (compaixão ao próximo). No primeiro, o ato consumativo da morte é praticado pela vítima, enquanto que no homicídio consentido é o próprio sujeito passivo que pratica o ato que será a causa executiva da morte. A diferença residem quem efetivamente pratica a conduta que levará o paciente à morte, portanto, se o sujeito ativo praticar qualquer conduta que pertença à execução, responderá por homicídio e não por auxílio ao suicídio.¹¹³

Nessa esteira, as condutas desenvolvidas na prática do suicídio assistido e da eutanásia, embora obtenham o mesmo resultado - ou seja, a morte - se realizam por agentes diferentes. No primeiro caso, postos os meios, o próprio doente retira sua vida, por exemplo, ministrando-se substância letal. No segundo, um médico ou um terceiro intervém no processo de abreviação da vida, empreendendo, por si, e por suas próprias mãos, meios para retirar a vida do doente.

¹¹² CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 427.

¹¹³ SANTORO, Rodrigo de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. 1. ed. Curitiba : Juruá, 2012. p. 124.

3.2.2 Eutanásia e Suicídio Assistido: o posicionamento da doutrina penal brasileira

As condutas da eutanásia e do suicídio assistido ainda são classificadas como típicas pelo Código Penal Brasileiro, especialmente porque a vida ainda é considerada como bem indisponível em nossa legislação, e o indivíduo não tem o direito de dispor da própria vida, como componente de um grupo social. A prática da eutanásia, em qualquer de suas espécies - direta ou indireta - configura a conduta descrita no artigo 121, § 1º, que define o homicídio privilegiado, nos seguintes termos:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço¹¹⁴.

Portanto, aquele que abrevia a vida de alguém, mesmo que por motivos de piedade e de compaixão, enquadra-se perfeitamente à descrição típica do artigo supramencionado, devendo ser processado por homicídio na forma privilegiada, com benefício de diminuição da pena. Contudo, a doutrina penal brasileira deve buscar evoluir para estabelecer normas eficazes de viabilizar condutas de abreviação da vida nos casos em que o paciente declara essa vontade ou, caso não possa fazê-lo, tenha disposto acerca dos tratamentos que deseja - ou não - receber, por meio de testamento vital, ou se possa concluir, por meio de depoimentos de pessoas de seu convívio, que desejava morrer, caso se encontrasse em situação de iminente risco de vida, de extremo sofrimento e de impossibilidade de cura.

O suicídio assistido também é qualificado como crime, porém conforma o crime de induzimento, de instigação ou de auxílio ao suicídio - conduta exposta no artigo 122 do Código Penal, como segue:

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

¹¹⁴ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848compilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2014.

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave¹¹⁵.

O artigo supra não prevê qualquer diminuição de pena para o autor que pratica a conduta descrita no tipo penal, como ocorre com o homicídio privilegiado. Mas, observa-se que a pena do crime de induzimento, de instigação ou de auxílio ao suicídio é bem reduzida, mesmo quando comparada a do homicídio privilegiado. Isso se deve ao fato de que, no homicídio, o autor realiza por si a conduta, ao passo que, no auxílio ao suicídio, o mesmo não pratica qualquer ato tendente à morte, podendo, inclusive, nem estar presente no momento da prática.

A doutrina brasileira já tem discutido acerca da possibilidade de estabelecer condições e normas para que a prática da eutanásia e do suicídio assistido deixe de configurar crime, como fizeram alguns países, como Bélgica e Holanda. Em todos os países que, em algum momento, permitiram tal prática, mesmo sem a definição de uma legislação, houve discussões judiciais prévias, com casos emblemáticos levados aos Tribunais para que se autorizasse - ou não - a abreviação da vida.

No Brasil, essa judicialização¹¹⁶ da eutanásia e do suicídio assistido ainda é inexistente, pois em busca de jurisprudências que tratassem sobre o caso, nada foi encontrado. Isso se explica porque “ninguém - nem fiscais, nem cidadãos - encontram razões suficientes para castiga-la nem para denunciá-la”¹¹⁷. Sobre tal debate Sandra Regina Martini informa que

No momento atual vemos um grande avanço na relação entre sistema da saúde e sistema do Direito, onde os mais diversos atores conseguem dialogar e pactuar sobre o encaminhamento das demandas que chegam ao Judiciário. Mais do que isso, ambos os operadores veem as implicações futuras das decisões tomadas. Porém no que diz respeito ao direito de morrer dignamente os Tribunais estão ainda distantes das reais necessidades dos cidadãos. Não é difícil compreender os motivos, os quais variam desde questões religiosas, éticas até questões de ausência de informações¹¹⁸.

¹¹⁵ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2014.

¹¹⁶ Fenômeno jurídico de submissão de causas ao julgamento do Poder Judiciário. A judicialização é um fenômeno muito expressivo, o qual, cresceu muito após a constitucionalização do direito à saúde.

¹¹⁷ CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la eutanasia. In: VASQUEZ, Rodolfo. *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002. p. 158.

¹¹⁸ MARTINI, Sandra Regina. Direito de morrer e viver dignamente no marco do direito sanitário. In: NEGRI, Stefania. *Self-determination, dignity and end-of-life care: regulating advance directives in international and comparative perspective*. Boston: Martinus Nijhoff, 2011. p. 355-377.

Todavia, isso não significa que a prática não se realiza no Brasil. Em pesquisa divulgada em vinte de fevereiro de 2005, o jornal Folha de São Paulo publicou uma reportagem em que se afirma que a eutanásia é algo frequente e, muitas vezes, pouco discutido nas Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) dos hospitais brasileiros. Na matéria jornalística, o periódico revela que ouviu dezesseis médicos que confirmaram que “hoje o procedimento é comum”¹¹⁹.

No Brasil, assim como em vários outros países, verificam-se apenas notícias acerca da prática da eutanásia, mas a judicialização desses casos ainda não é correntemente observada por aqui. Em alguns outros países, também se percebe a ausência de casos de eutanásia nos Tribunais. Pode-se referir o caso de Dinamarca, justificando Soren Holm que "A ausência de casos de eutanásia na justiça ‘se deve porque’ ela só acontece em casos nos quais toda a equipe de saúde, paciente e seus parentes estão de acordo que a eutanásia é a ação apropriada na circunstância"¹²⁰.

A evolução acerca da *abolitio criminis* das condutas referentes à eutanásia e ao suicídio assistido precisa ser melhor judicializada e discutida nos Tribunais, pois somente através dos reclamos junto aos Poder Judiciário que a população exercerá a pressão social proveitosa para que os legisladores reconheçam a necessidade de criação de normas que validem a conduta de abreviação da vida.

3.2.3 Os Posicionamentos sobre a Eutanásia

A doutrina acerca da abreviação da vida não é uníssona pelo mundo. Há países que classificam a conduta como homicídio, mas atenuam a pena por motivos humanitários, como é o caso do Brasil e da Itália; também há os que admitem a eutanásia, como a Bélgica e o Uruguai e o caso *sui generis* dos Estados Unidos da América¹²¹. Discorre-se, a seguir, sobre os direcionamentos adotados em cada um dos países escolhidos, pois é possível estabelecer um liame da evolução jurídica da eutanásia neles e no Brasil.

¹¹⁹ COLLUCCI, Claudia; LEITE, Fabiane; GOIS, Antônio. Profissionais da UTI dão sobrecarga de medicamentos ou desligam aparelhos de doente terminal: médicos revelam que eutanásia é pratica habitual em UTI's do País. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 fev. 2005. Caderno Cotidiano, p. C1. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2002200501.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

¹²⁰ HOLM, Soren. Legalizar a eutanásia? uma perspectiva dinamarquesa. *Bioética*, Brasília, DF, v. 7, n. 1, p. 103, 1999.

¹²¹ NUÑES PAZ, Miguel. *Homicídio consentido, eutanásia y derecho a morir com dignidade: problemática jurídica a la luz del código penal de 1995*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 197-262.

3.2.3.1 Países em que a Eutanásia é Considerada Homicídio: os casos de Brasil e Itália

Podem-se incluir neste rol, países como o Brasil e a Itália. Sobre o Brasil, já se procedeu intensa discussão em tópico anterior, de modo que agora a atenção se volta para o caso italiano. A Itália, assim como o Brasil, ainda tipifica a prática da eutanásia como homicídio, mas, em determinados casos, como por exemplo, por motivo humanitário ou com consentimento do paciente, se pune a conduta com a pena designada para o homicídio, porém de forma atenuada.

O Código Penal italiano é similar ao brasileiro ao tratar dos temas que abordam o suicídio e o homicídio, não criminalizando a conduta do suicídio em si, mas apenas todas as formas de seu auxílio, bem como o homicídio consentido pela vítima. Para Maria Beatrice Magro, “*toda la variada fenomenología de eutanasia voluntaria o involuntaria (incluída la pasiva, es decir, aquélla que consiste em dejar morir) se manifiesta incompatible con el sistema de normas del Derecho positivo italiano*”¹²², de modo que o homicídio piedoso é punido como qualquer homicídio voluntário, ressalvadas as possibilidades de diminuição da pena por relevantes valores morais e sociais.

No Brasil, ainda não existe forma definida para a exteriorização da vontade da vítima, quando da prática da eutanásia. Na Itália, a exteriorização desse pedido pode se dar de forma expressa ou tácita, exigindo-se apenas que o outorgante se manifeste de maneira inequívoca e livre. Veja-se que, nos casos em que existe a permissão, a conduta ainda é considerada como crime - como já exaustivamente relatado - mas, para a punição como crime privilegiado, é necessário que se observe que o pedido/autorização do paciente foi dado/a sem qualquer vício de consentimento.

Diferentemente do Brasil, a Itália já julgou em seus Tribunais casos em que se pedia autorização para a eutanásia. Um caso julgado em que foi negado o direito de morrer foi o de Piergigio Welby, que sofria de distrofia muscular há quarenta e dois anos e era mantido vivo por aparelhos, desde 1997. Solicitou à Justiça italiana o direito de morrer e chegou até a escrever uma carta e a gravar um vídeo para o presidente italiano à época, em que expunha suas condições e pedia para deixar de viver - visto que, no seu entender, o que lhe restava não era mais uma vida. Em vinte de dezembro de 2006, mesmo perdendo a batalha jurídica pelo

¹²² “a eutanásia voluntária ou involuntária (incluída a passiva, isto é, aquela que consistem em deixar morrer) se manifiesta incompatible con o Derecho positivo italiano.” MAGRO, Maria Beatrice. Sistemas penales comparados: tratamiento jurídico penal de la eutanasia. Itália. *Revista Penal*, Barcelona, n. 16, p. 186-187, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/257/247>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

direito de morrer, Welby recebeu injeção de sedativos e teve os aparelhos que os mantinham vivo desligados¹²³.

3.2.3.2 Países que Admitem a Eutanásia: os casos de Bélgica e Uruguai

Existem países que permitem a prática da eutanásia, desde que seja adotada com respeito aos moldes legislativos estabelecidos. Desse modo, a Holanda e o Uruguai aprovaram legislação que descriminaliza a conduta de abreviação da vida, com a finalidade de cessar o sofrimento do doente incurável e de preservar o princípio da dignidade humana. O Código Penal Uruguaio de 1933 prevê, em seus artigos 37 e 127,

37. (Del homicidio piadoso)

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

127. (Del perdón judicial)

Los Jueces pueden hacer uso desta facultad en los casos previstos en los articulos 36, 37, 39, 40 y 45 del Código.¹²⁴

A ocorrência do homicídio piedoso - como é denominada a eutanásia, na legislação uruguaia - somente é possível quando o sujeito que pratica o ato cumprir três requisitos, quais sejam:

- a) tenha antecedentes honoráveis;
- b) aja por motivo piedoso;
- c) e atenda aos pedidos reiterados da pessoa que deseja morrer.

Veja-se que a legislação uruguaia, diferentemente da holandesa, referida em capítulo anterior, não exige que a conduta seja perpetrada pelo médico. Qualquer pessoa que tenha conduta honorável¹²⁵ poderá praticar o ato. Não obstante, para que haja a caracterização como

¹²³ MÉDICO desliga aparelhos de italiano que acendeu debate sobre eutanásia. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 dez. 2006, Vida &, p. A 18. Informações Disponíveis em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/324202/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

¹²⁴ URUGUAY. *Lei 9.414 de 29 de junio de 1934, Código Penal*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/penaluru.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

¹²⁵ Segundo a definição do dicionário honorável é aquele que é digno de grande respeito e consideração. HONORÁVEL. In: DICIONÁRIO Priberam da língua portuguesa. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/honoravel>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

homicídio piedoso, é preciso que os três requisitos listados estejam presentes. Caso se proceda a eutanásia apenas por motivo humanitário, a conduta será classificada como homicídio.

Outro país que também aprovou a legislação que autoriza a eutanásia foi a Bélgica, utilizando-se do molde holandês. Assim como na Holanda, na Bélgica, o sujeito ativo para a prática da eutanásia é apenas o médico. Por isso, Maria Regina Reicher assevera que “eutanásia, no texto da nova legislação belga é definida como ato praticado por um terceiro, que põe intencionalmente fim à vida de uma pessoa a pedido desta, sendo este terceiro um médico”¹²⁶.

A legislação belga especifica ainda outros requisitos para que seja efetivada a eutanásia, quais sejam:

- a) a maioridade do paciente;
- b) a capacidade e a consciência no momento do pedido - que deve ser escrito;
- c) e o sofrimento físico ou psíquico constante e insuportável que não possa ser acalmado, causado por alteração acidental ou patológica incurável¹²⁷.

Ainda assim, o requisito da maioridade penal deixou de ser exigido recentemente, pois o “parlamento belga aprovou legislação que faz o país o primeiro do mundo a eliminar qualquer restrição de idade na realização da eutanásia”¹²⁸. Assim, a Bélgica é hoje o único país do mundo que não delimita idade para o requerimento da prática da eutanásia, desde que os outros requisitos sejam cumpridos. Holanda e Luxemburgo também consentem a eutanásia para menores de dezoito anos, mas determinam um limite de idade mínimo para tal prática.

3.2.3.3 O Caso Sui Generis dos Estados Unidos da América

A configuração judiciária americana é diferente dos outros países da América. Nos Estados Unidos, cada Estado é livre para estabelecer a sua legislação, independentemente da legislação federal. A título de exemplo, as Constituições Estaduais brasileiras devem refletir a

¹²⁶ REICHER, Regina. *A eutanásia na visão do garantismo penal*. 2005. f. 81. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pós graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1896>. Acesso em: 29 jul. 2014.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 81.

¹²⁸ BÉLGICA é o 1º país a eliminar limite para eutanásia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1411689-belgica-aprova-eutanasia-para-menores-de-idade.shtml>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

forma da CF, haja vista que as normas estaduais não podem contrariar ou estabelecer inovações legislativas que se contraponham à Carta Magna.

Nos Estados Unidos, cada um dos Estados é livre para estabelecer a sua legislação, sendo a pena de morte permitida em alguns, e proibida em outros. O regramento acerca da eutanásia também seguiu tal padrão, mas ainda não foi estabelecida uma legislação federal acerca do direito de morrer. Quando surgia um caso em que se desejava a prática da eutanásia, era levado aos Tribunais para se decidir.

Um dos primeiros casos judicializados não ocorreu no Brasil, mas sim nos Estados Unidos, no ano de 1976: Karen Ann Quilan, no Estado de Nova Jersey, após uma overdose de drogas e álcool, sofreu uma parada cardíaca e entrou em coma, com diagnóstico de estado vegetativo crônico e permanente, mantida por respirador artificial. O pai de Quilan solicitou à corte estadual autorização para interromper o tratamento, obtendo decisão favorável, com base no direito constitucional à privacidade e à autodeterminação¹²⁹.

Ainda em 1976, o Estado da Califórnia aprovou a lei do *Natural Death Act*, que trata do testamento vital - documento em que o signatário pode estabelecer as diretrizes acerca dos procedimentos médicos que não devem ser usados para mantê-lo vivo, e isenta de responsabilidade civil e criminal os profissionais de saúde que o respeitassem¹³⁰. Até o início da década de 1990, quarenta e dois Estados americanos reconheceram a validade jurídica dos testamentos vitais (*living will*). Diante dessa expressiva gama de Estados que legitimavam a prática, em 1991, o *Patient Self-Determination Act* alargou o entendimento para todo o território americano, ao impor “aos estabelecimentos de saúde (com financiamento federal) que informem aos pacientes sobre os cuidados de saúde e sobre os direitos de consentir ou de recusar tratamento e de realizar diretivas antecipadas”.¹³¹

Assim, vê-se que, nos Estados Unidos, as decisões acerca da antecipação da morte não contam com uma legislação específica e com normas preestabelecidas, como nos casos de Holanda e Bélgica. Nesse passo, os casos que se apresentam são judicializados em cada um dos Estados e as decisões aplicam-se somente ao caso concreto posto em juízo. No Brasil, o CFM estabeleceu, na Resolução 1995/2012, a possibilidade de o paciente determinar as diretivas antecipadas da sua morte, ou seja, permitiu a confecção do testamento vital. A Resolução, em seus artigos 1º e 2º, preconiza:

¹²⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição e o direito ao corpo humano. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida, aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 286.

¹³⁰ PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O consentimento informado na relação médico paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004. p. 242.

¹³¹ *Ibid.*, p. 242-243.

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e 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.¹³²

Seguindo uma tendência internacional, como por exemplo, a do Direito americano, o Brasil permitiu ao paciente manifestar a sua vontade nas decisões, dividindo a responsabilidade da escolha sobre os rumos de sua vida com o médico. A Resolução visa principalmente isentar o médico de qualquer ação judicial que advenha da obediência ao testamento vital, uma vez que o texto reflete o desejo do paciente e confere ampla aplicação ao princípio bioético da autonomia.

3.3 A Ética Médica. A responsabilidade penal e civil do médico. Erro de diagnóstico

A condição de errar é concedida e perdoável a todos os serem humanos. Contudo, no caso do médico, diante do objeto de sua profissão - a vida - a ocorrência do erro assume contornos mais tormentosos. O *errar* o diagnóstico médico é a linha que divide a vida e a morte. Então, indaga-se: pode o médico errar? A resposta é simples: Poder, não pode. Acontecer? Acontece. E no caso de acontecer o erro médico, quais seriam as sanções sofridas pelo profissional?

3.3.1 Erro Médico: a responsabilidade penal do médico

No caso de morte decorrente de erro médico, se pode analisar a conduta por dois prismas: o penal e o cível. Na esfera criminal, não existe a possibilidade de imputação da ocorrência de crime na modalidade dolosa - porque o dolo exige a intenção de matar, em sua forma direta, ou ao menos a previsibilidade e a assunção do resultado morte, em sua modalidade eventual.

Na ocorrência do erro, pela sua própria caracterização, que resulta de uma avaliação equivocada da realidade, não há como caracterizar o dolo. Diante da inexistência da responsabilidade objetiva no Direito Penal, fica impossível qualificar o homicídio doloso,

¹³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Publicada no D.O.U de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2014.

quando ocorre tal situação. Noutra passo, aponta-se para a possibilidade de enquadrar a morte decorrente de erro médico como homicídio culposo. Sobre a possibilidade da ocorrência de crime culposo, dispõe o artigo 18, inciso II do Código Penal:

Art. 18 - Diz-se o crime:

I - [...]

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia¹³³.

A culpa deriva de três condições: imprudência, negligência ou imperícia. Embora a legislação brasileira tenha se esmerado em preciosismos técnicos, existem pequenas diferenças no que tange à caracterização das modalidades de culpa. Assim, “conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação do agente”¹³⁴ que pratica a conduta ciente de que pode repercutir em resultado criminoso, mas acredita, convictamente, que não o produzirá.

Já a conduta negligente é caracterizada pela “displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz”¹³⁵, causando o resultado por simples imprevisibilidade descuidada do praticante. Por fim, a imperícia se caracteriza pela “falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimento técnico para o exercício de arte, profissão ou ofício”¹³⁶. Em que pese a classificação da conduta médica como imperícia, Cezar Roberto Bitencourt defende que imperícia e erro profissional - dentre os quais, o erro médico - não configurariam o quadro, visto que, nem sempre, decorrem de inaptidão ou de despreparo. Ademais,

Imperícia, por outro lado, não se confunde com erro profissional. O erro profissional é, em princípio, um acidente escusável, justificável e, de regra, imprevisível, que não depende do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência. Esse tipo de acidente não decorre da má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência, pela arte ou pela experiência. Deve-se a imperfeição e precariedade dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisível, transpondo o limite da imprudência e da atenção humanas¹³⁷.

Entretanto, ocorrida a morte a título culposo, será classificada na culpa por imperícia, considerando-se que faltou ao médico a diligência necessária durante a avaliação do caso, ou

¹³³ BRASIL. *Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 337.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 337.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 338.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 338.

seja, ocorreu erro quanto à correta utilização de seus conhecimentos profissionais. Caracterizada a possibilidade da existência de crime culposos, a conduta típica do médico se enquadra na disposição definida no artigo 121, § 3º do Código Penal, sujeita à pena de detenção de um a três anos¹³⁸.

A conduta a ser adotada pelo médico, nas ocasiões da prática de suicídio assistido e de eutanásia, ainda não é completamente livre de responsabilidade penal, em virtude de que a permissibilidade da confecção do testamento vital não apaga, em sua totalidade, a possibilidade de qualificação das figuras típicas dos artigos 121 e 122 do Código Penal Brasileiro. Além do que, a permissão de limitar os tratamentos do paciente em estado terminal (Resolução CFM, 1.805/06)¹³⁹ se alinha às determinações do próprio CEM, o que gera inúmeras confusões interpretativas.

O artigo 66 do CEM impede o médico de: “utilizar, em qualquer caso, meios destinados à abreviação da vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”¹⁴⁰. O mesmo documento estabelece, em seu artigo 21, como direito do médico: “indicar o procedimento adequado ao paciente, observando as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no país”¹⁴¹.

Veja-se que, ao tempo que a Resolução nº. 1.805/2006 possibilita ao médico limitar ou suspender procedimentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, o CEM impede que o médico deixe de indicar procedimentos adequados ao paciente, bem como não permite a utilização de qualquer meio destinado a abreviar a vida, proibindo, assim a eutanásia, em consonância com o disposto no Código Penal Brasileiro.

Parte da doutrina brasileira determina a Resolução 1.805/2006 é ilegal, pois “deliberou sobre uma autorização ou incentivo para que os médicos pratiquem crimes graves punidos no Código Penal”¹⁴². O CFM estaria se adiantando em relação a matérias que são de competência da legislação federal, usurpando a função típica do Poder Legislativo. Entretanto, esse não é o

¹³⁸ Artigo 121 - Matar alguém. § 3º - Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos. BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

¹³⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução Conselho Federal de Medicina, n. 1.805 de 28 de novembro de 2006*. Publicada no D.O.U de 28 de novembro de 2006, Seção I, p. 169. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

¹⁴⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução Conselho Federal de Medicina, n. 1.246/88, de 8 de janeiro de 1988*. Código de Ética Médica. p. 5. Disponível em: <<file:///C:/Users/acer/Downloads/C%3%B3digo%20de%20C%3%89tica%20M%3%A9dica.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁴² JUNQUEIRA, André Luiz. *Prolongamento da vida de pacientes terminais*. [S.l.], 2 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3496/Prolongamento-da-vida-de-pacientes-terminais>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

posicionamento adotado nesta pesquisa: em seção anterior, esclareceu-se acerca da legalidade da prática lançada na referida Resolução - por muitos, reconhecida como ortotanásia - isentando o médico de qualquer conduta penal, em virtude do rompimento do nexa causal.

O polo que se emprega, neste tópico, é diferente do anteriormente utilizado. Aqui, se pretende atentar à visão e à ação do médico diante da prática de deixar de ministrar os remédios ou de abreviar a vida. Se a própria doutrina diverge sobre o comportamento, o médico estaria realmente seguro, ao deixar de ministrar remédios ao paciente? Será processado criminalmente ou responderá processo disciplinar? A resposta ainda é incerta. Seria um simples *pode ser que sim, mas também pode ser que não*.

Assim, diante da crescente judicialização dos atos médicos¹⁴³ - diferentemente da judicialização do direito de morrer - o profissional se vê de mãos atadas em relação ao seu modo de agir. É por esse motivo que a legislação brasileira deve observar os reclamos sociais, não só da classe médica, mas também da população, para estabelecer regras sobre a abreviação da vida no Brasil. Trata-se de uma situação que, reconhecidamente, já acontece e que precisa ser normatizada, para que se evitem os abusos - estes sim, quando observados, devem caracterizar crime.

3.3.2 Erro Médico: a responsabilidade civil do médico

Primeiramente, cumpre apontar que, em virtude da contratação de um serviço, a relação médico-paciente é contratual. Embora ao buscar serviços médicos se tenha como intenção imediata a obtenção da cura, a relação não se resume somente a isso, mas abarca também a prestação de cuidados, observando-se os ditames bioéticos. Vale elucidar ainda que

Embora a natureza no trabalho do médico seja eminentemente contratual, decorrente das obrigações contratadas, não dominam os princípios da responsabilidade objetiva, porque nem sempre é possível a obtenção de êxito na execução do seu trabalho, o que importa para o paciente uma vantagem limitada, pois o fato de não se obter a cura do paciente não significa reconhecer que o médico fora inadimplente, isso porque muitas vezes assume-se uma obrigação de meio e não de resultado.¹⁴⁴

¹⁴³ LEMOS, Lilian Correia. A judicialização da saúde: o posicionamento do poder judiciário ante a relação contratual entre as operadoras e os beneficiários dos planos de saúde anteriores à Lei nº 9.656/98. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 11, n. 58, out. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5183>. Acesso em: 30 jul. 2014.

¹⁴⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área de saúde e pacientes. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 520.

Quando se pretende falar da responsabilidade civil do médico, cabe diferenciar o que tem a ver com a natureza das obrigações assumidas. Também, indagar: o tratamento adequado objetivando a cura é obrigação de meio ou de resultado? Para responder à pergunta, deve-se esclarecer:

- a) obrigações de resultado: as obrigações de resultado são originárias de contratos médicos em que o agente promete um resultado e, dessa forma, a obrigação só estará adimplida se - e quando - o resultado se verificar. Caso o resultado não se concretize, o médico poderá ser processado. Como exemplo característico desse tipo de obrigação, estão as cirurgias plásticas, em que o médico garante determinado resultado, anteriormente contratado;
- b) obrigações de meio: são originárias de contratos médicos em que o agente oferta a prestação de um serviço médico, que deverá ser executado da melhor forma, ante os meios que lhe são postos. Aqui, o médico não garante a cura, mas assegura o tratamento. Esse tipo de obrigação se exemplifica através do tratamento de um paciente com dengue. O médico ministrará os remédios para atingir a cura, mas não poderá ter a certeza desta.

Certamente, as obrigações tratadas nesta pesquisa - que visam¹⁴⁵ à cura de doenças ou à abreviação/ao prolongamento da vida - são classificadas como obrigações de meio, e fica inviável caracterizá-las como obrigação de resultado, diante do objeto que se estuda, qual seja, o paciente debilitado e diagnosticado com doença incurável. Por fim,

Entendemos preponderantemente, que os serviços médicos representam uma obrigação de meio e não de resultado, sendo este pois responsabilizados no âmbito cível quando de seu exercício decorrer alguma das modalidades de culpa – negligência, imprudência ou imperícia [...].¹⁴⁶

Observada a culpa, caracterizada pela imprudência, pela negligência ou pela imperícia nos moldes do artigo 186 do Código Civil Brasileiro (CCB), “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”¹⁴⁷, surge o dever de indenizar, tipificado no

¹⁴⁵ Observe que os tratamentos tratados nesta pesquisa não deixam de perseguir a cura, mas em nenhum momento a prometem. Em nenhum momento se dá aos pacientes diagnosticados a certeza da cura.

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 548-549.

¹⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

artigo 927 do mesmo documento, nos seguintes termos: “aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”¹⁴⁸.

Por conseguinte, agindo o médico com imprudência e tendo causado danos ao paciente, será obrigado a repará-lo. Nos casos em exame, já se reconhece que a obrigação assumida é de meio, e a morte - ou a piora - do paciente não leva à conclusão de que o médico tenha falhado, pois aqui não se aplica a responsabilidade objetiva. Ao contrário, “a responsabilidade do médico é, pois, subjetiva, decorrente de culpa *stricto sensu*”¹⁴⁹, o que demanda a prova cabal de que tenha agido com culpa para haver a responsabilização.

A responsabilização civil do médico adquire contornos mais complexos em virtude da dificuldade da prova. Já se clarificou que a conduta médica só gerará indenização quando se provar que o médico agiu com culpa - no entanto, a prova de referida culpa é, muitas vezes, difícil para o paciente. Sobre o tema, João Monteiro de Castro leciona que

Quando se trata de apurar eventual erro médico, a prova da conduta errônea do profissional torna-se, no mais das vezes, quase impossível para o paciente lesado, principalmente em face da falta de testemunhas e documentos devido à confidencialidade da relação médico paciente. Além disso, a complexidade técnica dos procedimentos médicos, associado ao silêncio daqueles que assistem ou participam do ato cirúrgico, por exemplo, completam o quadro de dificuldade para se fazer a prova do ato culposo do médico¹⁵⁰.

Apura-se, portanto, que “a responsabilidade civil do médico decorre de culpa comprovada, instituindo uma espécie particular de culpa, sendo comprovada a imprudência, negligência ou imperícia, ou erro grosseiro”¹⁵¹. Provada a culpa, surge conseqüentemente o dever de indenizar¹⁵².

¹⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

¹⁴⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área de saúde e pacientes. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 521.

¹⁵⁰ CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005. p. 187.

¹⁵¹ MALUF, A.; MALUF, C., op. cit., p. 524.

¹⁵² Esclareça-se que a absolvição na esfera criminal não impede o processo para reparação cível, vez que são independentes, e sentença condenatória na esfera criminal qualifica-se como título executivo judicial que poderá ser exigido na esfera cível.

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: VIDA E/OU MORTE DIGNA

E para o homem, por conseguinte, será a vida segundo o intelecto, se é verdade que o intelecto é, no seu mais alto grau o próprio homem.

*Aristóteles*¹⁵³.

O pensamento aristotélico reconhece nos seres humanos a qualidade intrínseca de pensar, de exercer os domínios da razão e de caracterizar-se como ser pensante. Além do que, o homem não pode se limitar a existir sem pensar, pois inerente a ele é o pensamento, a razão. Assim também o é a dignidade: não uma característica do ser humano, algo que se escolhe - ou não - possuir; simplesmente o homem a tem e a exige, mesmo à revelia de seus desejos, que os outros seres humanos a respeitem como qualidade única e diferencial de cada vivente.

O presente capítulo busca demonstrar a necessidade de estruturar um conhecimento amplo sobre a dignidade humana e os direitos que ela confere. Um dos objetivos da pesquisa é evidenciar que a dignidade não é um direito somente quanto à vida, mas também no que concerne à morte que, por conseguinte, é decorrência lógica e evento certo na existência humana, que deve ter uma vida digna, mas a quem também se deve garantir um processo de morte digno.

4.1 Definição de Dignidade Humana: uma tarefa impossível?

A ciência jurídica é permeada por conceitos abstratos que apresentam conceituação fluida, dependendo do costume ao qual se vinculará ou até mesmo do momento histórico em que se pretende definir determinados termos. Em muitos casos, a pretensa definição só se revela diante de um caso concreto, na maioria das vezes, com a suposta ofensa ao conceito abstrato que se pretende caracterizar. Para melhor compreender o fato, se aponta que dignidade é um desses conceitos abstratos que o Direito coloca.

As pessoas comuns¹⁵⁴ não passam grandes momentos da sua vida em busca de um conceito de dignidade. Normalmente, a noção (ou o questionamento) somente se apresenta

¹⁵³ ARISTÓTELES. *A ética de Nicômaco*. Introdução, tradução e notas de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53.

¹⁵⁴ Entenda-se o termo "pessoas comuns" utilizado nesta pesquisa como pessoas que desenvolvem atividades alheias às ciências jurídicas ou filosóficas que não possuem a preocupação de definir o que seja o seja o termo dignidade ou outros conceitos abstratos que se apresentem e que só percebem a necessidade de o fazê-lo quando se deparam com casos concretos que demandam a definição de tais conceitos.

quando se deparam com uma situação em que as suas culturas condenam a prática relatada. Veja-se como exemplo o caso das mulheres africanas que são *obrigadas* à realização da mutilação genital. Muitos cidadãos de países que não aderem à prática consideram-na como ofensiva à dignidade humana e inúmeros pensadores ocupam-se de caracterizá-la como atentatória à dignidade, reivindicando, inclusive, punições aos países que a adotam.

Contudo, questiona-se: será que as mulheres que são mutiladas consideram ofensa à sua dignidade? Será que aquelas que não forem circuncidadas não se sentirão excluídas do processo costumeiro de sua cultura e até mesmo discriminadas, por serem diferentes de suas semelhantes?

Segundo informações da OMS, embora dados estatísticos seguros sejam difíceis de se obter, estima-se que mais de 125 milhões de meninas e de mulheres tenham sido mutiladas em vinte e nove países na África e no Oriente Médio, áreas em que o ritual prevalece e onde há dados disponíveis. Além disso, se as tendências atuais persistirem, cerca de oitenta e seis milhões de mulheres ainda serão multiladas até o ano de 2030¹⁵⁵.

Os defensores das culturas que praticam a mutilação genital feminina consideram que, embora se devam reconhecer os direitos humanos e estejam certos de que algumas práticas culturais os violem, é também imperioso respeitar o pluralismo cultural do mundo, tanto quanto os direitos humanos. Outrossim, diante do multiculturalismo que "trata-se da convivência pacífica de várias culturas em um mesmo espaço das sociedades modernas, com o devido respeito atribuído a cada uma delas"¹⁵⁶, o respeito às culturas não deve ensejar qualquer desrespeito à dignidade humana, devendo-se sempre fazer a ponderação entre o respeito à cultura e o respeito aos direitos humanos.

Reitera-se que, embora não figure como tema central desta pesquisa, importa destacar que a necessidade de respeito às culturas não deve ser justificativa para a desconsideração da dignidade da pessoa humana. Assim, percebe-se que nem sempre é fácil definir os conceitos abstratos que se apresentam, de modo que parte da doutrina brasileira toma como difícil a definição de termos como o de dignidade humana, que

¹⁵⁵ NAÇÕES UNIDAS. ONU. *ONU: 86 milhões de mulheres devem sofrer mutilação genital até 2030*. [S.l.], 6 fev. 2014. Disponíveis em: <<http://www.onu.org.br/ate-86-milhoes-de-meninas-poderao-sofrer-com-mutilacao-genital-feminina-ate-2030-alerta-onu/>>. Acesso em: 03 out. 2014.

¹⁵⁶ LEONEL, Ana Letícia Anarelli Rosati. *O diálogo intercultural como resposta ao debate do relativismo e universalismo dos direitos humanos no multiculturalismo*. [S.l., 2014?]. Disponível em: <<http://www.publica.direito.com.br/artigos/?cod=138c47661e9396a8>>. Acesso em: 05 out. 2014.

carregam em si uma subjetividade única, caracterizando-se, como pretende Immanuel Kant, como valor incondicional e incomparável¹⁵⁷.

A dignidade é incondicional porque tem valor em si mesma, e não depende de qualquer fato ou de situação específica, de um preço de mercado ou afetivo. Do mesmo modo, não se pode quantificar ou comparar a dignidade do ser, de modo que a dignidade de dez pessoas não seria mais valiosa do que a de uma única, tendo em vista que não se pode compará-las ou condicioná-las, quando se trata do valor supremo da dignidade.

Segundo Thomas Hill, “qualquer coisa que tem dignidade tem esse valor independentemente de algum efeito, lucro ou vantagem que ela possa produzir”¹⁵⁸. Ainda em se tratando da dificuldade quanto ao estabelecimento da definição dos contornos da dignidade, diz Carmém Lúcia Antunes Rocha que,

Contudo, não por ser um princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo se pode ignorar a ambiguidade e a porosidade do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana. Princípio de frequente referência tem sido igualmente de parca ciência pelos que dele se valem, inclusive nos sistemas normativos. Até o papel por ele desempenhado é diversificado e impreciso, sendo elemento em construção permanente mesmo em seu conteúdo¹⁵⁹.

A despeito de qualquer crítica, foi Immanuel Kant, no século XVII, quem cunhou o conceito primário de dignidade que até hoje fundamenta as bases teóricas da doutrina. Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, registra que

No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode ter outra coisa enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade¹⁶⁰.

Certo de que o conceito de dignidade de Kant não se transformou em um julgamento jurídico, mas serviu como ponto de partida para a compreensão do tema, ao alocar a pessoa não como meio, mas como fim das ações humanas - e ao recomendar que a humanidade deve ser vista e sentida não somente em si, mas também no outro - e que os

¹⁵⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. p. 265.

¹⁵⁸ HILL, T. Jr. *Dignity and practical reason in Kant's moral theory*. Ithaca NY: Cornell University Press, 1992. p. 47-48.

¹⁵⁹ ROCHA, Carmém Lucia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. [S.l.], 1999. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

¹⁶⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. p. 265.

atos praticados devem prever as suas consequências tanto para si, quanto para os outros, o imperativo categórico de Kant se traduz nos seguintes dizeres: “age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto na tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca como mero meio”¹⁶¹.

A concepção kantiana diverge da postulada por Thomas Hobbes, que considerava viável dar ao homem um preço, assim como se poderia fazê-lo com todas as outras coisas, ignorando, portanto, a ideia primeira de dignidade do homem, especialmente quando o compara a qualquer outra coisa quantificável.

Hobbes aduz que “o valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto não é absoluto, mas algo que depende da necessidade e julgamento de outrem”¹⁶². E, para Kant, a dignidade não é como qualquer outra coisa, que possui um valor, seja ele de mercado ou afetivo. A dignidade tem valor intrínseco, “aquilo [...] que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, isto é, dignidade”¹⁶³.

Entenda-se aqui por intrínseco como o valor absoluto cujo bem da humanidade vem a ser a dignidade, a qual vai além, e não tem um preço, pois não é necessidade; é condição (incondicional) humana: “quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”¹⁶⁴.

Portanto, a dignidade é primeiramente um valor absoluto da humanidade que não encontra condicionante ou comparação em relação a qualquer outro direito ou princípio ético ou moral que autoriza o homem às práticas autônomas quanto ao ser. Porém não o permite - enquanto ser participante de uma sociedade, a qual se caracteriza pela humanidade - desconsiderar, em suas ações e em suas decisões, a dignidade também concedida a outros seres. Assim, o ser é dono de si, tem valor em si e valora a si, mas esbarra, quanto às suas práticas, no valor que obrigatoriamente se deve se dar ao outro como humano e como detentor da mesma dignidade, diferenciada e única.

¹⁶¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. p. 243-245.

¹⁶² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 54.

¹⁶³ KANT, *op. cit.*, p. 435.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 434.

Sem abandonar a ideia inicial de Kant, Bernad Baertschi mira dois sentidos principais para a dignidade: o primeiro, pessoal, no qual a dignidade está ligada ao respeito a si¹⁶⁵; e o segundo, impessoal, de modo que

A dignidade de um indivíduo humano consiste no fato de ser ele uma pessoa e não um animal ou coisa. [...] Respeitar a dignidade de alguém é, portanto, trata-lo como uma pessoa. como um ser racional, em resumo como um indivíduo que, qualquer que seja seu estado ou sua conduta, merece ser respeitado e não pode ser instrumentalizado¹⁶⁶.

Veja-se que, prioritariamente, aponta-se a necessidade de reconhecimento da dignidade do ser por si mesmo. O ser deve se reconhecer como indivíduo dotado de dignidade e de individualidade, para depois inserir-se em um meio social, na intenção de exigir que o outro respeite a sua dignidade e de reconhecer a dignidade alheia e aprender a respeitá-la. Portanto, o conceito de dignidade remonta outros termos - igualmente importantes - como o de direito e de respeito. Nos achados de Bernard Baertschi, o conceito de dignidade engloba os conceitos de direito e de respeito, uma vez que

Tratar um ser com respeito é aceitar os limites dos nossos próprios interesses em nome dos dele, mesmo se estivermos na posição de impor os nossos, porque reconhecemos que o ser a respeitar tem um valor particular, seja em razão de sua eminência, seja por causa de sua fraqueza¹⁶⁷.

Inicia-se então o momento de estabelecer quais outros conceitos podem apoiar no entendimento do que seja dignidade. Direito e respeito são definições que não podem faltar à tal construção, por garantirem a universalidade de um pensamento jurídico que pretende efetivamente proteger o homem, em qualquer das acepções que se pretenda, não só no âmbito jurídico, mas social, individual, ético, moral e religioso. Vários doutrinadores reconhecem, em seus escritos, a dificuldade em se estipular o que venha a ser a dignidade humana. Antônio Junqueira de Azevedo expõe que

Tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado; utilizada em norma, especialmente constitucional, é um princípio

¹⁶⁵ BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade. Antropologia e ética das biotecnologias*. Tradução Paula Silva Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 188.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 188.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 190.

jurídico. É sob esta última caracterização que esta na Constituição da República Federativa, eis que aparece entre os princípios fundamentais¹⁶⁸.

Antônio Junqueira de Azevedo também afirma que várias normas buscaram definir, usando uma mesma matriz teórica, o que vem a ser a dignidade da pessoa humana, como a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, a Lei Fundamental da Alemanha, a Constituição da República da Itália e a de Portugal, denotando-a como conceito intangível e inerente a todos os homens. Todavia, “o acordo a respeito das palavras ‘dignidade da pessoa humana’ infelizmente não afasta a grande controvérsia em torno de seu conteúdo”¹⁶⁹. Também concernente à dificuldade de se estabelecer o conteúdo do termo dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que

[...] não há como negar [...] que uma conceituação clara do que é efetivamente a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição de seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida. tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacada na doutrina, decorre, certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ‘ambiguidade e porosidade’, por sua natureza necessariamente polissêmica, bem como por um forte apelo emotivo, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à noção de dignidade da pessoa humana¹⁷⁰.

Alguns doutrinadores vão além, negando a possibilidade de definição da dignidade. C. Neirinck e F. Borella adotam a posição de que não existe possibilidade de definição - ou pelo menos, sob a perspectiva jurídica - de dignidade, sacramentando-a como conceito abstrato e indefinível, por depender de condições outras que ultrapassam a noção que o sistema jurídico pode conferir.

É fato que o simples reconhecimento dessa impossibilidade enfraquece o princípio, que deixa de ter a sua função precípua de proteger o homem em sua dignidade. Eximir-se de conceituação, mesmo que incompleta, seria admitir a inoperabilidade e a ineficácia do princípio em muitos casos, o que, em quaisquer dos sistemas que se pretenda - seja jurídico, ético, moral, social ou religioso - não se pode permitir, sob a pena de sucumbir diante de seus fins. Carmém Lúcia Antunes Rocha propugna que

¹⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 12, mar. 2002. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/53/09-junqueira.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 16-17.

Contra todas as formas de degradação humana emergiu como imposição do Direito justo o princípio da dignidade da pessoa humana. A degradação encontra sempre novas formas de se manifestar; o Direito há de formular, paralelamente, novas formas de se concretizar, assegurando que a Justiça¹⁷¹.

Em busca de estruturar um conceito satisfatório de dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet indica a existência de dimensões da dignidade, com vistas a compreender o real sentido da expressão, em especial, no campo jurídico. Dessa feita, delimita como dimensões da dignidade: a dimensão ontológica, a intersubjetiva, a histórico-cultural e a dimensão dupla, analisadas a seguir. De acordo com Sarlet, um dos objetivos de seus escritos visa

apresentar uma visão complexa e multidimensional da dignidade da pessoa humana como indispensável para o adequado enfrentamento dos inúmeros problemas concretos que envolvem a aplicação prática do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana em geral, mas especialmente os desafios postos pela biotecnologia, assim como em relação às situações limítrofes que envolvem o sempre atual e acalorado debate sobre as diversas formas de eutanásia e interrupção da gravidez¹⁷².

Portanto, há que se reconhecer que o tema que norteia esta pesquisa - qual seja, a terminalidade da vida - intrinsecamente se liga ao conceito de dignidade humana, sendo indispensável estabelecer o que venha a ser tal princípio e a quais limites deve o médico - ou mesmo o paciente - obedecer, quando do final da vida.

Dentre as dimensões da dignidade, Sarlet inicia suas ponderações caracterizando a dimensão ontológica que “vincula a concepção da dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa humana e, de modo geral, comum às teorias da dignidade como dádiva ou dom conferido ao ser humano pela divindade ou pela própria natureza”¹⁷³. Isso posto, a dimensão ontológica da dignidade se mostra inerente ao ser humano: nasce com ele e com ele permanece durante toda a sua existência, não dependendo de qualquer ato de reconhecimento ou de aceitação. Sarlet porém alerta que não se pode confundir dignidade com a condição biológica do ser: embora inata, a este não é determinante - ou determinada a ele - como são as condições biológicas.

¹⁷¹ ROCHA, Carmém Lucia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. [S.l.], 1999. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 15.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 19.

A dimensão intersubjetiva ou relacional destaca o homem como ser social, em que o reconhecimento de sua dignidade pessoal deve ir além, para reconhecer a dignidade do outro. O homem é ainda eminentemente um ser social¹⁷⁴ e, assim o sendo, possui uma dimensão jurídica individual e outra social. A dimensão individual reconhece, conforme já mencionado, a condição de dignidade a cada ser humano, em sua individualidade. Já a dimensão relacional sinaliza a necessidade do reconhecimento da dignidade em uma dimensão jurídica social.

No que se refere à dimensão de dignidade intersubjetiva, Jurgen Habermas considera que, numa acepção moral e jurídica, intimamente se relaciona à simetria das relações humanas, de tal sorte que sua intangibilidade resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se vê como indivíduo e como pessoa dotada de racionalidade¹⁷⁵. Mais uma vez, se denota a recorrência do vocábulo *respeito*, na tentativa de definição da dignidade humana. Sem dúvidas, se pode depreender que o respeito ao próximo é uma das noções que deve ser obrigatoriamente inserida na pretensa definição de dignidade.

Francis Fukuyama sacramenta a ideia da dimensão relacional da dignidade, quando infere que, como seres humanos, “partilhamos da humanidade comum que permite a todo ser humano se comunicar potencialmente com todos os demais seres humanos no planeta e entrar numa relação moral com eles”¹⁷⁶.

A dimensão histórico-cultural da dignidade anuncia que sua definição é variável, havendo que defini-la conforme o tempo e o espaço em que se analisa. A definição de dignidade jamais se apresentará como conceito estanque, considerando-se que se configura como conceito em permanente estado de desenvolvimento e de construção¹⁷⁷, em virtude da diversidade de valores vivenciados na sociedade moderna.

Nesse momento, se pode focalizar a dificuldade de universalização do conceito de direitos de humanos que, embora sejam um direito fundamental, ganham contornos diversos, dependendo do tempo e do espaço a que esteja inserido. Ingo Wolfgang Sarlet proclama que

¹⁷⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana*. A caminho da eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 62-63.

¹⁷⁶ FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 23.

¹⁷⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamentação ética dos direitos do homem. *Brotéria - Revista de Cultura*, Lisboa, v. 148, p.135-154, 1999.

a dignidade da pessoa humana, por tratar-se à evidência - e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos -, de categoria axiológica aberta, não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas¹⁷⁸.

Constata-se que o conceito de dignidade está em evolução constante para abarcar as condutas humanas permanentemente atualizadas e que, em muitos casos, ensejam ofensa ao princípio da dignidade humana. Veja-se que a noção de dignidade não é taxativa, já que seu conceito e sua abrangência podem ser sempre alargados, dependendo da inventividade das ações humanas.

Como última das dimensões da dignidade, Sarlet assinala uma dimensão dupla, negativa e prestacional. Para a construção dessa parte da noção de dignidade ministrada por Niklas Luhmann, "a pessoa alcança (conquista) sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada e da construção exitosa de sua própria identidade"¹⁷⁹. No entanto, como referido, não é essa a posição que a doutrina jurídica adota, uma vez que a dignidade não se conquista e não depende de qualquer ação humana, resumindo condição inerente ao indivíduo. Utilizando-se da ideia como ponto de partida, Sarlet deslinda que

a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa (vinculada a ideia de auto determinação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como a necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado [...]¹⁸⁰.

Observe-se que, em tal concepção, a dignidade seria um limite para a atuação estatal, pessoal e social de modo a impedir que qualquer indivíduo seja coisificado, seja por ação própria ou de terceiro (dimensão negativa). Ao mesmo tempo, representa um dever para o Estado, que deve pautar condutas, decisões e objetivos sempre na intenção de preservar a dignidade humana (dimensão prestacional).

Ainda assim, note-se que o Estado possui não só o poder - mas também o dever - de promover a dignidade humana, não só evitando atos atentatórios à pessoa, mas validando políticas ativas que venham a protegê-la e garantindo o mínimo existencial para cada um dos indivíduos. Vale ainda destacar os dizeres de Ronald Dworkin, ao ocupar-se do mesmo

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 27.

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als institution*, 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974. p. 60.

¹⁸⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 30.

tema, partindo do pressuposto de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”¹⁸¹. Diante de todas as reflexões anteriormente apresentadas, conclui-se que limitar o conceito de dignidade a uma fórmula minimalista parece inviável. Nesse sentido,

verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo possível da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, alcançar uma definição precisa de seu âmbito de proteção ou de incidência (considerando-se sua condição de norma jurídica) não parece ser possível [...] ¹⁸².

Mesmo diante da dificuldade, não deve a comunidade jurídica se abster de buscar um conceito para a dignidade da pessoa humana. Todavia, ele não deve ser fechado; pelo contrário, aberto, "mas minimamente objetivo (no sentido de concretizável) [...] em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica"¹⁸³. A partir das dimensões explicitadas, Sarlet se propõe à construção de um conceito analítico, aberto e possível de dignidade, nos seguintes termos:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁸⁴.

A par da dificuldade que se cria acerca de uma definição sobre o que vem a ser dignidade, se reconhece que a visualização da existência e a necessidade da preservação da dignidade humana são conferidas mais facilmente quando existe afronta contra a própria. Assim, não é necessária uma capacidade inteligível exacerbada para se perceber ofensas à dignidade. “É precisamente quando temos os piores sofrimentos humanos (torturas,

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira, 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 306-307.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 34.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 34.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 37.

castigos degradantes, violências sexuais, privação de alimentos etc.) quando advertimos melhor, por contraste, o que significa a dignidade da pessoa”¹⁸⁵.

Todavia, o direito não pode esperar as ofensas para buscar estabelecer o que venha a ser a dignidade humana, de modo que é imperioso que se construa um conceito jurídico acerca disso, vez que a organização mundial não pode sobreviver sem definir dignidade - que, certamente, deve se apresentar de forma aberta ante à inventividade humana.

Para sacramentar o conceito de dignidade, recorre-se às lições de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, que aqui serão denominados como princípios decorrentes ou concretizadores da dignidade. A ideia de dignidade humana não pode se eximir de incluir em seu conceito as noções de igualdade, de liberdade, de integridade física e moral e de solidariedade¹⁸⁶. A própria Declaração Universal de 1789, em seu artigo primeiro, assentiu que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”¹⁸⁷. Logo, deve-se reconhecer que a definição mais oportuna para este trabalho é aquela que emprega um conceito aberto e que destaca a dignidade como

pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal¹⁸⁸.

Portanto, embora declarada a dificuldade de construção no que tange à definição do termo que se discute, resta apontar que a limitação não deva ser óbice para o estabelecimento de contornos sólidos acerca da dignidade humana.

¹⁸⁵ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 81.

¹⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116 e ss.

¹⁸⁷ NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. *Declaração universal dos direitos humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nova Iorque, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014.

¹⁸⁸ ROCHA, Carmém Lucia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. [S.l.], 1999. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

4.2 Princípios Bioéticos: reflexões sobre o morrer. O respeito à autonomia e a relação médico/paciente

Para a compreensão da extensão multi e transdisciplinar desta pesquisa, cumpre conhecer os dimensionamentos dos princípios bioéticos. Sua observância na relação entre médico e paciente sintetiza exigência legal e ética e de observância obrigatória, em virtude das disposições constantes da legislação e do CEM, além da “necessidade de preservação da dignidade humana em face dos abusos do biopoder”¹⁸⁹.

Os princípios bioéticos foram primeiramente descritos no denominado Relatório Belmont, que resultou das reuniões da *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, criada pelo Congresso americano, em 1974. A referida Comissão tinha como finalidade realizar pesquisas que “identificassem os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação, em seres humanos, suas ciências e na biomedicina”¹⁹⁰.

O documento estabeleceu inicialmente a existência de três fundamentos: princípio da autonomia, princípio da beneficência e princípio da justiça. Após, o princípio da beneficência deu origem a outro princípio - o da não maleficência - com o qual embora possa ser confundido, possui conceitos diferentes que serão detalhados adiante. Destarte, segundo o Relatório, “esses princípios querem ajudar aos cientistas, sujeitos de experimentação, avaliadores e cidadãos interessados em compreender os conceitos éticos inerentes à experimentação com seres humanos”¹⁹¹.

No ponto de vista esclarecedor de José Roques Junges, “os princípios clássicos da Bioética - autonomia, beneficência e justiça - provêm de três diferentes tradições éticas. O da autonomia reporta-se à filosofia moral de Kant; o da beneficência, ao utilitarismo de S. Mill; e o da justiça ao contratualismo de J. Rawls”¹⁹².

4.2.1 Princípio da Autonomia

Antes de qualquer consideração sobre o tema, calha elucidar que: “O princípio da autonomia padece de dificuldade de delineamento conceitual por se tratar, a autonomia, de

¹⁸⁹ CID, Benito de Castro. *Biotecnología y derechos humanos: presente y futuro*. In: MORÁN, Narciso Martínez (Org.). *Biotecnología, derecho y dignidade humana*. Granada, 2003. p. 70.

¹⁹⁰ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1995. p. 39.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁹² *Ibid.*, p. 64.

uma condição medida por terceiros e que pode não trazer em seu bojo a realidade das limitações de juízo, e de ação que a pessoa efetivamente tenha”.¹⁹³

A autonomia não se assenta como um conceito meramente jurídico, tão mais filosófico e social do que se possa imaginar. É da essência do ser humano acreditar que a autonomia reflete a liberdade sem fronteiras, de modo que tudo é permitido. Entretanto, a humanidade, pelo pacto teórico contratual descrito por Jean Jacques Rousseau, celebrou um contrato em que os indivíduos cediam parte de suas liberdades para a formação da sociedade e a posterior formação do Estado, em que todos agiriam em plena colaboração uns com os outros. Por isso, a representação da condição de liberdade passa a limitar-se, pois o agir de forma livre só será legítimo quando respeitar a autodeterminação de seu semelhante, e o princípio da autonomia reflete essa autodeterminação, ao ditar que “o indivíduo autônomo age livremente de acordo com o plano escolhido por ele mesmo”¹⁹⁴.

Autonomia, do grego *auto*, acrescido de *nomos*, engloba "o poder da pessoa para se dar regras, dispor dos próprios interesses, o que deve fazer sem influências ou pressões"¹⁹⁵ e é atributo inerente ao ser humano. Nesta pesquisa, prefere-se o substantivo *atributo* a direito, haja vista que a própria condição de ser humano somente se efetiva a partir da autonomia, porque ela não se dá, apenas se tem, a partir do nascimento com vida. Obviamente que aqui não se pretende dizer que todos tenham o pleno exercício da autonomia, pois, em muitos casos, se verifica a impossibilidade de exercê-lo - como quando, por exemplo, não se dá ao paciente a possibilidade de decidir sobre o tratamento a lhe ser ministrado quando recebe o diagnóstico terminal. Dessa feita, não há que se confundir a existência do atributo com a possibilidade de exercício. Todos os seres humanos têm autonomia; alguns não exercem por desejo próprio ou por imposição alheia.

Beauchamp e Childress ensinam que o respeito à autonomia não pode se reconhecer sem ter nenhuma teoria como aceitável, caso apresente um ideal que esteja fora do alcance dos agentes normais, já que de nada adianta o reconhecimento do princípio da autonomia se o indivíduo não tiver a liberdade de exercê-lo. “A palavra autonomia, deriva do grego *autos* (“próprio”) e *nomos* (“regra”, “governo” ou “lei”)¹⁹⁶, portanto,

¹⁹³ SEGRE, Marco. O princípio da autonomia. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. Paulo: Saraiva, 2012. p. 162.

¹⁹⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 138.

¹⁹⁵ SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. Paulo: Saraiva, 2012. p. 174.

¹⁹⁶ BEAUCHAMP, *op. cit.*, p. 137.

respeitá-la é reconhecer, no sujeito, o direito de tomar decisões com base em seus valores e em suas crenças.

O princípio da autonomia confere ao indivíduo o direito de decidir sobre a própria vida e sobre aquilo que lhe pareça melhor, ou seja, determina que a capacidade de decisão do ser humano deva ser respeitada. Em um paralelo ao tema tratado nesta pesquisa, se observa que o direito à vida admite a disponibilidade em virtude da necessária observância do princípio da autonomia, visto que o respeito ao princípio da autonomia leva à efetivação do sobreprincípio maior que é a dignidade da pessoa humana, aqui tratado no aspecto do final da vida. Assim,

El principio de autonomía significa el reconocimiento de la libre – autónoma – decisión individual sob sus propios intereses siempre que no afecte a los intereses de um tercero, o el respeto a la posibilidad de adopción por los sujetos de decisiones racionales no cosntreñidas¹⁹⁷.

O reconhecimento da autonomia do paciente se fundamenta como um conceito relativamente novo, pois durante séculos esteve relegado à condição de expectador do seu desenvolvimento durante a doença, à mercê de decisões médicas e familiares que feriam sua dignidade e a concepção do respeito a si próprio. A ausência de informações era uma constante, especialmente sob a justificativa de se poupar o gravemente enfermo de notícias que pudessem abalar o seu estado físico ou mental já debilitado, ou sob o medo de que as informações pudessem enfraquecê-lo e torná-lo ainda mais doente.

A necessidade - e a tendência - atual é a de que se reconheça a autonomia do paciente como condição socialmente ética, de modo que tenha o direito de decidir acerca do que se fazer com ele, seja do ponto de vista do diagnóstico ou do terapêutico. Aproximando a autonomia do campo das liberdades, Roberto Andorno afirma que

[...] a liberdade é muito mais que um mero ‘princípio’ ético. Na realidade, é a *conditio sine qua non* da ética, como o é também para o direito. Se o homem não fosse capaz de se autodeterminar, tanto as normas éticas como as jurídicas careceriam de sentido, já que não haveria condutas meritórias ou reprováveis, melhores ou piores, devidas ou proibidas e o conjunto das ações humanas cairia no vazio da indiferença moral¹⁹⁸.

¹⁹⁷ CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 42.

¹⁹⁸ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 74.

Eligio Resta também se ocupa da autonomia em seu livro *O Direito Vivo*, defendendo a ideia do direito que valoriza a autonomia pessoal, não apenas pelo reconhecimento dos sujeitos em um código de leis. O quanto de *vivo* existe no direito é, portanto, essencial, seja com relação a casos como o de Eluana Englaro¹⁹⁹, seja em referência à busca de um futuro mais justo para as novas gerações²⁰⁰.

O Código Civil Brasileiro, em consonância com a principiologia valorizadora da qualidade humana - em especial, a da proteção da dignidade humana - veio a resguardar o corpo humano como consectário da condição de vida digna. Nesse aspecto, a proteção do corpo humano adquire contornos jurídicos, pois é através dele que a vida se manifesta, se torna possível, materializando os Direitos fundamentais, dentre os quais, a inviolabilidade e a liberdade.

O Código Civil Brasileiro de 2002 ab-rogou o mesmo diploma de 1916. Embora tenha repetido alguns dos vícios do Código anterior, a norma nova veio dar especial e merecido destaque ao ser humano como sujeito central dos direitos expostos no documento legal, de modo a destituir a perspectiva patrimonial como principal alvo de proteção do Estado e do Direito e posicionar o indivíduo como figura central da tutela estatal e jurídica, consagrando os ditames da Constituição Federal Brasileira.

A própria exposição de motivos do Código Civil de 2002 coloca, dentre as suas diretrizes fundamentais, a necessidade de "atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionam a sua elaboração, mas também para dotá-lo de novos institutos reclamados pela sociedade [...]"²⁰¹. E dentre as novas diretrizes, ressalta-se principalmente o estabelecimento de princípios ético-jurídicos essenciais como instrumentos indispensáveis à hermenêutica jurídica e à aplicação do Direito, em especial, o abandono do individual e do concreto em substituição pelo serial ou pelo coletivo, em unidade superior de sentido ético²⁰². Ainda sobre o tema que versa sobre a exposição de motivos do Código Civil, apuram-se as novidades em relação aos Direitos de personalidade:

¹⁹⁹ Cidadã italiana que, após acidente de carro, ingressou em estado vegetativo permanente no ano de 1992. Ensejou batalha judicial acerca da eutanásia, tendo seu pai requisitado que lhe fosse retirado seu tudo de alimentação para que tivesse morte natural. ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. *O direito de morrer: o caso Eluana Englaro*. [S.l.], 16 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-de-morrer-o-caso-eluana-englaro>>. Acesso em: 03 out. 2014.

²⁰⁰ RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Bari: Laterza, 2008.

²⁰¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 153.

²⁰² *Ibid.*, p. 156.

Todo o capítulo novo foi dedicado aos Direitos de Personalidade, visado a salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem, até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência²⁰³.

A parte geral do Código Civil, em seu Livro I, Título I, Capítulo II, trata especificamente dos Direitos de Personalidade. Nos artigos anteriores, o Código refere que a personalidade se adquire no momento do nascimento com vida, como atributo inerente à pessoa humana, de modo que não existe pessoa sem personalidade. Exatamente por isso, o artigo 11 do Código Civil Brasileiro sublinha que os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, alocando o seu fundamento na norma constitucional que dispõe acerca da dignidade da pessoa humana. À vista disso, os direitos de personalidade foram descritos, de forma exemplificativa, no capítulo II, do Título I do Código Civil para refletir a necessidade de proteção da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Os direitos de personalidade abrangem tudo aquilo que diz respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a proteção aos dados pessoais, à integridade física e moral, à honra, à imagem e à intimidade, dentre outros valores. Porém, aqui interessa apenas parte específica desses direitos, isto é, aqueles que tratam das disposições do próprio corpo, principalmente das atitudes médicas diante do estado de saúde dos pacientes e de sua autonomia.

Importa especificamente à pesquisa que segue as tratativas do direito ao próprio corpo e à sua disposição que caracterizam a nova tendência de liberdade do ser humano quanto à utilização/deliberação acerca de seu corpo e sua saúde. Assim, vale apontar que o Código Civil protege a vida e o corpo, em diversos aspectos. O primeiro aspecto toca à impossibilidade de obrigar-se alguém a submeter-se à cirurgia, senão:

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.

²⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 158-159.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial²⁰⁴.

O artigo se dirige ao resguardo da integridade física e psíquica das pessoas, o que não pode se abalar por qualquer tipo de ato médico ou pelo ministrar de qualquer medicamento que leve ao comprometimento de tais funções. É evidente e reconhecido que a utilização de alguns medicamentos - primordialmente aqueles destinados ao tratamento dos males mais graves - enseja alguns efeitos colaterais.

O presente artigo, assim, não intenciona a proibição na utilização de medicamentos, e sim, abarca a proteção e a visualização do direito de forma mais global, de maneira a elucidar que, mesmo que exista a necessidade de utilização de medicamentos ou de atos de disposição do próprio corpo, os efeitos gerados sejam esclarecidos ao indivíduo, para que ele possa decidir acerca de seu estado.

Ainda no intuito de proteger o paciente, o Código Civil estabelece, em seu artigo 15, que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”²⁰⁵, denotando o direito de o paciente ver suas decisões respeitadas tanto pelos médicos e sua equipe, como pela sua família. O presente artigo deseja

A preservação da integridade do corpo humano, diante das situações em que um tratamento médico necessário a longo prazo para o restabelecimento do enfermo possa colocar em risco a sua própria vida. Ressalta-se aqui o papel do médico, não apenas daquele que esta para realizar o tratamento ou da dita intervenção, mas de outro que ateste eventual risco nesse procedimento. O bem jurídico maior tutelado é a própria vida do cidadão que estaria em risco por conta de um tratamento apontado como necessário²⁰⁶.

Veja-se que o artigo supracitado pressupõe a condição de consciência do paciente, para que possa livremente opinar acerca da realização - ou não - do procedimento. Ademais, embora resguarde o direito de o paciente não se ver submetido a procedimento cirúrgico sem a sua vontade, andou mal o artigo em determinar que essa autonomia somente seja atendida quando existir risco de vida. Ao contrário, poder-se-ia imaginar que, caso não houvesse risco de vida, o paciente deveria submeter-se ao procedimento - o que

²⁰⁴ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

²⁰⁵ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

²⁰⁶ AZEVEDO, Álvaro Vilaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 60.

não agrega a melhor técnica a ser utilizada, de modo que o paciente não pode ser obrigado a se submeter a qualquer tipo de procedimento, com ou sem risco de vida.

Cumprido designar que, nos casos em que o paciente não pode opinar sobre a submissão - ou não - do procedimento cirúrgico, com ênfase nos casos de risco iminente de vida e nos casos emergenciais, o médico deve realizar o procedimento para salvar a vida do paciente, conforme preconiza o artigo 46 do CEM: "Art. 46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida"²⁰⁷.

Ainda em respeito ao princípio em exame, o CEM prescreve, em seu capítulo II, inciso II, que é direito do médico indicar o procedimento adequado ao paciente, sem, todavia, exercer a sua autoridade de maneira a limitar o direito de o paciente decidir livremente sobre a sua pessoa e o seu bem-estar, e sem desrespeitar o direito de decidir livremente sobre a execução das práticas diagnosticadas ou terapêuticas, salvo na hipótese de iminente perigo de vida²⁰⁸.

Ao final do artigo 31 do Capítulo 5 do CEM, delibera-se uma exceção ao princípio da autonomia, o que significa dizer que tal pressuposto não é absoluto e requer ponderação, observando-se as características do caso concreto. Assim, se o paciente encontrar-se em iminente perigo de vida - como nos casos de recusa do paciente em receber transfusão de sangue - o médico deve procurar tratamentos alternativos e, caso não seja possível sua utilização, praticar a transfusão, independentemente da autorização do paciente²⁰⁹.

A disposição em voga não nega a autonomia ao paciente, apenas em ponderação em relação ao direito à vida expõe que, caso o paciente não possa se manifestar por estar em iminente risco de vida, é preferível que se faça a transfusão de sangue. O procedimento não vem a negar qualquer direito ao paciente, nem à autonomia, nem à vida. A situação, porém, deve representar exceção, devendo o médico preservar a decisão do paciente e cientificá-lo acerca de qualquer procedimento que o mesmo vá realizar. Se não for possível a obtenção da autorização do paciente, o médico deve recorrer aos seus representantes legais e,

²⁰⁷ FRANÇA, Genival Veloso. *Tratamento arbitrário*. [S.l.], 2000. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/Regional/crmpb/artigos/trat_arbt.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

²⁰⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução Conselho Federal de Medicina, n. 1.931/2009*. Publicada no D.O.U de 24 de setembro de 2009, seção I, p. 90. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 03 ago. 2014.

²⁰⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 1.021/1980*. Publicada no D.O.U (Seção I - Parte II) de 22 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 03 ago. 2014.

Não obstante, haverá situações em que não será possível esclarecer ao paciente o procedimento médico a ser realizado e tampouco tentar obter o consentimento deste. É o que ocorre, por exemplo, nas situações emergenciais em que o paciente se encontra inconsciente, não possui um representante legal ou um documento que expresse suas diretrizes quanto a tratamentos médicos. Não há como informar o paciente e nem como obter seu consentimento por qualquer outro meio. Nessa situação exclusiva, surge então a figura do consentimento presumido e, por razões óbvias, o médico terá o dever ético de agir²¹⁰.

Em praticamente todos os momentos deste tópico, salientam-se a necessidade e o dever de informação do médico e a autonomia do paciente, que possui liberdade para decidir quanto ao tratamento que será aplicado. Em nenhum momento, pensou-se acerca da autonomia do médico, não por não reconhecê-la, mas pelo fato de se visualizar no paciente incuravelmente doente parte hipossuficiente tanto física, quanto psicológica. Todavia, cabe reconhecer que a autonomia do paciente não exclui a autonomia do médico. Nessa perspectiva, "a autonomia do paciente não significa que o médico perca a sua própria liberdade de decidir sobre o que lhe parece melhor (ou menos pior) para a pessoa, na esteira da beneficência e da não maleficência"²¹¹.

Em suma, caso exista completa divergência entre as opiniões do médico e do paciente, a única solução que se apresenta é o encaminhamento do doente a outro profissional, pois tal relação não deve mais obedecer ao modelo paternalista²¹², mas sim se embasar numa relação equilibrada e baseada na cooperação.

4.2.2 Princípio da Beneficência

Beneficência deriva do latim *bonum facere* (fazer o bem)²¹³. Logo, não basta que se trate as pessoas como seres autônomos - que, com ações, se venha a contribuir para o seu bem-estar. Ademais, em linguagem coloquial, a palavra designa a prática de atos de compaixão, definida pelo dicionário como “ação comportamento ou tratamento que denota

²¹⁰ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico se transfusão de sangue. In: AZEVEDO; Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 287.

²¹¹ SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO; Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

²¹² O modelo paternalista considerava o paciente simplesmente como objeto da prestação dos serviços médicos, de modo que este não teria qualquer participação no processo de decisão médica. Sobre o tema ISMAEL, J. C. *O médico e o paciente: breve história de uma relação complicada*. São Paulo: T. A. Queiroz, 2002.

²¹³ MUÑOZ, Daniel Romero. Bioética: a mudança da postura ética. *Rev. Bras. Otorrinolaringol*, São Paulo, v. 70, n. 5, set./out. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-7299200400050000>. Acesso em: 03 out. 2014.

o bem; causar bem ao próximo”²¹⁴. Todavia, as digressões acerca da definição do que vem a ser beneficência - ou o ato de beneficência - ocasionaram o princípio da beneficência que “refere-se à obrigação moral de agir em benefício de outros”²¹⁵.

Relacionando-se o princípio ao tema desta pesquisa, tem-se que, nos moldes expostos, o médico deve agir em prol do bem-estar daqueles envolvidos nas práticas biomédicas ou médicas. Assim, o médico deve se utilizar de seus conhecimentos para fazer o bem ao paciente, sem causar-lhe danos e buscando maximizar os benefícios do tratamento aplicado.

Mas antes de se discutir a aplicação de dito princípio à terminalidade da vida, interessa conhecê-lo, de forma mais aprofundada.

Beauchamp e Childress propõem a análise de concepções da beneficência - “a beneficência positiva e a utilidade”²¹⁶ - a qual demanda “[...] a procriação de benefícios. A utilidade requer que os benefícios e as desvantagens sejam ponderados”²¹⁷. O princípio da utilidade não busca permitir ações extremadas - como pesquisas com seres humanos sob a alegação de que o benefício à comunidade seria maior que os malefícios aos voluntários - limitando-se apenas ao “balanço dos riscos, benefícios e custos (resultantes da ação), e não determina o balanço global das ações”²¹⁸. Dessa maneira,

o princípio da beneficência engloba também o subprincípio da ponderação de riscos e benefícios. os riscos do surgimento de danos devem ser continuamente sopesados com a busca de possíveis benefícios. Não existe apenas a obrigação de ser positivamente beneficente, mas o dever moral de ponderar possíveis danos e benefícios com vista a minimizar os primeiros e maximizar os segundos²¹⁹.

A beneficência, no entanto, não deve ser vista como uma obrigação moral, mas sim como uma ação de compaixão, de apreço pelo outro ser, de projeção no outro de sua própria dignidade ou do simples desejo de ajudar. Aquele que não age de modo beneficente não pode ser criticado. Beauchamp e Childress caracterizam dois tipos de beneficência, a geral e a específica. De acordo com os ditames da beneficência geral, deve-

²¹⁴ BENEFICÊNCIA. In: DICIONÁRIO on line de português. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/beneficencia/>>. Acesso em: 29 set. 2014.

²¹⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 282.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 281.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 281.

²¹⁸ *Ibid.*, p.283

²¹⁹ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995. p. 48.

se adotá-la em relação a todos os indivíduos, sem distinção e de modo imparcial, promovendo o interesse de todas as pessoas - e não somente daquelas que nos são caras.

Sir William David Ross sugere que a obrigação da beneficência geral “funda-se no simples fato que há outros seres no mundo cuja condição podemos melhorar”²²⁰. Já a beneficência específica denota uma obrigação de ajudar, mas que seria limitada às possibilidades do ser. Assim, não é viável que se ajude alguém quando o auxílio configura risco de vida ao ajudante. A beneficência específica então ganha contornos mais estreitos apenas quando se baseiam em “relações morais especiais (por exemplo relações de parentesco e amizade) ou de compromissos especiais, como promessas explícitas e atribuições com responsabilidade associada”²²¹.

Entretanto, nem nesse caso a beneficência se torna estritamente obrigatória, pois não se exige que um ser humano dotado de sentimento e de pensamento venha a se despir de qualquer consciência para a prestação de serviço ou de ajuda a outrem - mesmo que seja pessoa de seu relacionamento íntimo. A digressão em exame faz remissão à ética da hospitalidade que, refletindo sobre a lei da hospitalidade, “ordena o acolhimento imediato, incondicional e in-finito do outro enquanto absoluto e único é [...]”²²². Na mesma premissa,

Por outro lado, significa que a ética da hospitalidade tem também a sua chance no seu devir hospitalidade, isto é no seu devir ético-jurídico-político, o qual é já sempre o devir-direito da hospitalidade ética ou justa, o devir-institucionalizado da anterioridade absoluta pré-institucional da relação de acolhimento do outro. A ética esta obrigada a imediata e incondicionalmente a acolher o outro no instituído²²³.

A discussão acerca da aplicação do princípio da beneficência, no caso de médicos, ganha perfis mais obscuros, considerando-se que os profissionais possuem o dever de agir para melhor acolher os seus pacientes e buscar salvar a vida e aplicar o melhor tratamento, inclusive aos que não estejam sob seus cuidados. É evidente que, quando existe uma relação contratual, o médico é obrigado a agir com beneficência, pois “assume a obrigação

²²⁰ ROSS, William David. *The right and the good*. Oxford: Calrendon Press, 1930. p. 21.

²²¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 290.

²²² BERNARDO, Fernanda. A ética da hospitalidade ou o porvir do cosmopolitismo do porvir. *Revista filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 20, p. 333-426, 2001. Disponível em: <<http://www.saavedrafajardo.org/Archivos/Coimbra/20/Coimbra20-04.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2014.

²²³ *Ibid.*

de fornecer um tratamento benéfico, referente a uma função ou papel específico, que não estaria presente caso a relação não houvesse sido estabelecida”²²⁴.

A situação se torna questionável quando o médico que não se incumbiu desse dever contratual de cuidado se depara com uma circunstância emergencial e não presta a devida assistência por considerar, por exemplo, que o local em que se encontra não oferece condições para a realização dos procedimentos necessários, o que seria um risco tanto para o paciente, como para ele, que não assumiu a obrigação contratual - explícita ou implicitamente - de cuidar daquele paciente, inclusive, podendo ser demandado judicialmente, caso ocorra alguma sequela ou mesmo a morte. Desse modo, o médico, “não é moralmente obrigado a assumir o mesmo grau de compromisso e de risco que ele e legal e moralmente obrigado a assumir em uma relação contratual com um paciente ou com um hospital”²²⁵.

Outra questão discutível acerca do princípio da beneficência seria a colisão com o princípio da autonomia, quando o médico se defronta com um paciente que não deseja receber tratamento, ou seja, “a questão de se o respeito à autonomia deveria ter prioridade sobre a beneficência tornou-se um problema central na ética biomédica”²²⁶. Por outro lado, a resposta satisfatória não deve reconhecer ou aceitar a colisão entre princípios.

É possível satisfazer as exigências da beneficência e da autonomia ao avaliar o caso concreto que se põe, isso porque se deve tentar causar dano minimamente possível, portanto, quando a avaliação do paciente permite, é necessário que se diga a verdade sobre o seu estado, permitindo-o agir com autonomia, de modo que a atuação preservará necessariamente a beneficência.

Todavia, alguns pacientes não contam com a possibilidade de raciocínio lógico e beneficente, em relação ao seu quadro clínico. Nesses casos, importa que se dê ao doente a ciência de que ele pode suportar e buscar atender a sua autonomia, na medida da beneficência. O médico deve reconhecer em si alguém com responsabilidade social, moral e ética de fazer o bem e, mais ainda, de ter a sensibilidade de quando - e como - fazê-lo. O CEM traz a previsão legal desse princípio no Capítulo I, que trata dos princípios fundamentais, incisos II, V e VI:

²²⁴ BEAUCHAMP, *op. cit.*, p. 294.

²²⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 294.

²²⁶ *Ibid.*, p. 295.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade²²⁷.

Logo, o médico deve agir sempre de forma beneficente - obviamente, não assistencialista - conforme as citações, buscando não causar dano aos seus pacientes. Se o dano for inevitável, porque alguns são mesmo decorrentes de tratamentos de algumas doenças, devem buscar a fórmula que cause o mínimo possível de dano.

4.2.3 Princípio da Não Maleficência

Intrinsecamente ligado ao princípio anteriormente examinado, tem-se o princípio da não maleficência. Igualmente, o termo vem do latim *primum non facere* (primeiro não prejudicar ou acima de tudo, não causar dano) que denota a obrigação médica de não acarretar danos ao paciente. As ideias de beneficência e de não maleficência são bem próximas, mas certamente não significam a mesma coisa:

Observa-se aqui a sutil distinção entre ‘fazer o bem’ e ‘não fazer o mal’; afinal, no cotidiano da vivência médica, pode ocorrer que, em dado momento do curso da patologia não seja possível estabelecer qualquer tratamento benéfico ao paciente, nada mais havendo no arsenal médico que o conduza ao restabelecimento da saúde, restando, então, ao menos, não se lhe fazer mal, não lhe agravando os sofrimentos mediante o uso exagerado e desnecessário de recursos tecnológicos. Combate-se com isso, a obstinação terapêutica e a distanásia, em que o médico, conhecendo a inutilidade da adoção de certa medida, insiste em aplicá-la, gerando assim, mais dores do que vantagens²²⁸.

Ainda no tocante à independência dos princípios, podem-se apontar as lições de William Frankena²²⁹, que aborda o princípio da beneficência como decomponível em quatro obrigações gerais, sendo a primeira delas, a de não infligir males ou danos. Porém,

²²⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução Conselho Federal de Medicina, n. 1.931/2009*. Publicado no D.O.U de 24 de setembro de 2009, seção I, p. 90. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 03 ago. 2014.

²²⁸ VIDELA, Mirta. *Los derechos humanos en la bioética: nacer, vivir, enfermar y morir*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. p. 67.

²²⁹ FRANKENA, William K. *Ética*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1975. p. 61.

essa seria a caracterização da não maleficência - posição empregada por Frankena e criticada por Beauchamp e Childress - pois “embora a não maleficência e a beneficência sejam similares e frequentemente tratadas na filosofia como sendo nitidamente distinguíveis, combiná-las em um mesmo princípio obscurece distinções relevantes”²³⁰.

As leituras jurídicas e filosóficas, embora evidenciem clara diferença entre os princípios da não maleficência e da beneficência, utilizam sempre as noções acerca deste para explicar aquele. Assim, a não maleficência conjuga a obrigação de não prejudicar o outro, de modo que fazer o bem ao outro e não prejudicá-lo configuram noções extremamente diferentes. Basta dizer que, em muitos casos, para não prejudicar, não se precisa agir, e para fazer o bem, é necessário sempre agir, o que demanda necessariamente um ato comissivo do benfeitor.

Ademais, as digressões acerca do agir com não maleficência devem, como no caso da beneficência, sempre levar em consideração um sistema de ponderações, que deve ser avaliado na apresentação do caso concreto. Nesse sistema, deve sempre estar inserida a ideia de não prejudicar, de não causar danos graves, de avaliar sempre os custos e benefícios do ato adotado e, por fim, de buscar um sistema de justificação que satisfaça aos anseios do paciente, sejam eles sociais, morais, éticos, legais, médicos e familiares.

Claro que a satisfação de todas as referidas vontades é, de certa forma, utópica, e se pode dizer que, muitas vezes, é pertinente agir buscando a não maleficência, por exemplo: não obedecer às normas legais quando se conduz um veículo em alta velocidade e causar risco à vida de outrem para levar alguém que sofreu um ataque cardíaco ao hospital. O que se quer demonstrar é que a justificação está no modelo da devida assistência que deve ser prestada ao paciente. Deve-se, além de não prejudicar, quando for impossível fazê-lo, identificar a forma menos gravosa e a melhor justificação. Nessas circunstâncias, José Roque Junges diz que

Muitas vezes é impossível fugir de causar algum dano. não se consegue realizar o bem em sua totalidade, porque sempre é necessário fazer as contas com o mal ôntico, um fator inevitável da ação num mundo contingente.

[...]

Trata-se da aceitação de um mal apenas ôntico, isto é, físico. O agente pretende, intencional e objetivamente provocar o bem, mas, para alcançar

²³⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 210.

este objetivo, deverá aceitar a produção de danos ou males no sentido ôntico²³¹.

O mesmo estudioso lista alguns princípios da ética médica tradicional que procuram justificar moralmente a aceitação de efeitos negativos para algumas ações, sendo eles: o princípio do duplo efeito; o princípio da totalidade; e o princípio do mal menor. Todos servem para nortear a justificação de ações que sejam potencialmente lesivas, mas que, embora o sejam, proporcionarão um bem maior do que o mal que será causado.

O princípio do duplo efeito, definido em sua forma mais moderna e concisa por Peter Knauer, ordena que “o sujeito moral somente pode admitir um efeito mal de seu ato, se este efeito é indireto e compensado por uma razão proporcionada”²³². De acordo com Junges, a aplicação de tal princípio implica quatro condições, quais sejam:

- a) a ação deve ser moralmente boa ou ao menos indiferente, de modo que o agente deve adotar a conduta por ela, que é boa por si só, e seu efeito será efetivamente positivo;
- b) o efeito deve ser honesto, no aspecto de que o agente deve visualizar o bem que a conduta vai causar, aceitando o malefício apenas de forma indireta;
- c) o efeito mau não pode ser meio para alcançar o bom, tendo em vista que não se admite a visualização de consequências ruins sem que sejam observadas as consequências boas, e que os efeitos benéficos devem resultar imediatamente da ação;
- d) e, por fim, deve existir proporcionalidade entre o efeito bom e o mal da ação. Essa proporcionalidade já foi reconhecida no tratamento dado ao princípio da beneficência, sendo que o efeito negativo deve ser justificado e proporcional ao efeito positivo. Junges determina: “a razão proporcionada é a condição que qualifica o duplo efeito”²³³.

Destaque-se ainda o que venha a ser a razão proporcionada,

o motivo para permitir o efeito mau deve ser tanto mais grave quanto pior é o efeito, quanto mais seguro de que se produzirá, quanto mais imediatamente for causado, quanto mais grave forem as obrigações

²³¹ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995. p. 51.

²³² KNAUER, P. La détermination du bien e du mal moral par le principe du double effet. *Nouvelle Revue Théologique*, [S.l.], n. 87, p. 356-376, 1965.

²³³ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995. p. 52.

individuais de evitar o efeito e quanto mais provável resulte de que, não colocando a ação não se dê o efeito²³⁴.

Assim, diante de uma situação concreta em que ação necessariamente importará malefícios, impera analisar o efeito a ser atingido ante as maleficências que o ato poderá causar. Se no sopesar das condições, os benefícios foram maiores que os malefícios, a conduta deve ser efetivada, mesmo que venha a causar alguns males.

O princípio da totalidade posiciona o ser humano como uma entidade completa quanto ao seu corpo distribuído em partes. Portanto, o corpo - máquina construída para funcionar como um todo - pode, por vezes, necessariamente ter que dispor de uma de suas engrenagens para permitir o funcionamento do todo. É nesse aspecto que, caso seja necessário à preservação do todo, é preferível que se retire a parte do corpo que está em disfunção, para que se possa permitir o funcionamento perfeito do todo. Por fim, o princípio do mal menor se denota quando todas as ações a serem tomadas causarão necessariamente males. No caso, se uma ação deve ser efetivada, que seja escolhida aquela que proporcionará o menor mal ao paciente.

4.2.4 Princípio da Justiça

O princípio da justiça tem como pressuposto inicial a implantação generalizada da justiça distributiva, especialmente quando trata dos cuidados à saúde. Só que - mais uma vez, e com maior afinco - o que se observa é a quantidade de teorias que se desenvolveram sobre o tema e a aparente dificuldade em se estabelecer o que efetivamente seja justiça, quando se trata de tratamentos de saúde e de justiça distributiva.

Notem-se ainda a menção recorrente à necessidade de observação de casos concretos, a obrigatória ponderação diante destes e a recorrente necessidade de justificação das ações. Nos dizeres de Francesco Bellino, o princípio da justiça requer “uma repartição equânime dos benefícios e dos ônus, para evitar discriminações e injustiças nas políticas e nas intervenções sanitárias”²³⁵.

²³⁴ *Ibid.*, p. 53.

²³⁵ BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Bauru, São Paulo: Edusc, 1997. p. 198-199.

Na busca por esclarecer o conteúdo do princípio da justiça distributiva, especificar e tornar coerentes os diferentes princípios, regras e julgamentos²³⁶, foram cunhadas quatro teorias, a saber:

- a) teorias utilitaristas;
- b) teorias liberais;
- c) teorias comunitaristas;
- d) e teorias igualitárias.

Nas palavras de Beauchamp e Childress, “a aceitabilidade de qualquer das teorias da justiça depende da força de seu argumento moral para justificar que um ou mais princípios eleitos devem ter prioridade sobre outros”²³⁷. Nos moldes trazidos pela doutrina utilitarista, o modelo de justiça está intimamente ligado à necessidade, reconhecendo que “justiça é o nome dado às supremas e mais forçosas formas de obrigação criadas pelo princípio da utilidade”²³⁸. No que se refere à prestação do direito à saúde, os utilitaristas aconselham que se avaliem as vantagens e as desvantagens na distribuição desse direito, de modo que a proteção e a prestação de ditos direitos devem maximizar a sua utilidade.

Ao iniciar as digressões acerca das teorias liberalistas, resta lembrar alguns momentos da história: parte-se inicialmente da noção de Estado do bem-estar social, na qual o Estado era centralizador e se preocupava em desenvolver políticas sociais que atendessem à totalidade da população, incluindo-se a prestação do direito à saúde. Evidentemente, o modelo sucumbiu, uma vez que não conseguia implementar, de forma global, as políticas propostas, em virtude do “excesso de demandas democráticas e pela constituição de um Estado cada vez mais extenso, pesado e oneroso”²³⁹.

Ao mesmo tempo, destacava-se uma nova classe social, a burguesia, que dando azo aos seus anseios de participação social, passou a exigir menor intervenção estatal, inaugurando a teoria do liberalismo. O Estado liberal instaurou a ideologia política que defendia a menor intervenção do Estado na economia, que deveria ser regulada pelo próprio mercado - e não pelas elites políticas. Assim sendo, as teorias liberalistas seguem a

²³⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 360.

²³⁷ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 360.

²³⁸ *Ibid.*, p. 361.

²³⁹ FIORI, José Luís. Estado do bem estar social: padrões e crises. *PHYSYS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2014.

mesma influência, ressaltando que “é mais eficiente deixar que a distribuição dos bens e serviços de saúde seja regulada pelo mercado, que opera com base no princípio material da capacidade para pagar, direta ou indiretamente por meio do seguro”²⁴⁰. Aqui, a ideia central reside numa sociedade justa com direitos de propriedade e de liberdade deixando que as pessoas melhorem sua situação, por própria iniciativa²⁴¹. No mesmo sentido, Robert Nozick obtempera que

a teoria da justiça é uma teoria da prerrogativa, no qual a ação do governo é justificada se e somente se protege os direitos e prerrogativas dos cidadãos, em particular os direitos à liberdade e à propriedade privada. Uma teoria da justiça deveria criar modelos de distribuição econômica nos quais os governos agem de modo a redistribuir a riqueza adquirida pelas pessoas no livre mercado²⁴².

Para essa teoria, este seria o sistema mais justo, pois evitaria a sobrecarga de determinada classe social, sugerindo ser mais justo que se garantam os meios para que os indivíduos paguem pelo serviço de saúde do que simplesmente se sobrecarregue uma classe para se garantir o direito à saúde. As teorias comunitaristas então

veem os princípios da justiça como plurais, derivados de diferentes concepções do bem, tão numerosas quanto as diversas comunidades morais, e consideram que aquilo é devidos aos indivíduos e aos grupos depende de padrões derivados de cada comunidade específica.²⁴³

A teoria comunitarista enfatiza a necessidade da prática do bem e a atuação da comunidade como colaboradora para com indivíduo, da mesma forma que este deve colaborar com ela. O princípio da justiça seria então fundado em uma cooperação entre componentes da comunidade e da própria comunidade para com eles, salientando que a justiça deve adotar a linguagem da solidariedade. Particularmente, a ideia parece utópica, diante do individualismo e da falência do sistema de saúde que hoje se apresentam, especialmente em se tratando do Brasil.

As teorias igualitárias, cujo principal expositor foi John Rawls, sustentam o princípio da justiça como aquele que concede iguais benefícios e encargos sociais aos indivíduos. Destarte, “ao estruturar a organização social, o igualitarismo qualificado exige

²⁴⁰ BEAUCHAMP, *op. cit.*, p. 362.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 362.

²⁴² NOZICK, Robert. *Anarchy, state an utopia*. New york: Basic Books, 1974., esp. p. 149-182. Disponível em: <http://www.davidmorrow.net/sites/default/files/nozick_1974.pdf>. Acesso em: 02 out. 2014.

²⁴³ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 364

apenas algumas igualdades básicas entre os indivíduos, permitindo a existência de desigualdades que redundem em benefício dos menos favorecidos”²⁴⁴ e visualizando a construção de uma teoria da justiça que seria eletiva e que admitiria a escolha política de quais bens serão considerados como *igualdades básicas* e distribuídos, de forma equânime. As políticas de saúde certamente fazem parte dessa escolha política e devem “garantir um piso mínimo abaixo do qual os cidadãos não poderiam cair”²⁴⁵.

Decerto, nenhuma das literaturas estabelece especificamente o que é o conteúdo do princípio da justiça - e nem poderia fazê-lo, diante da gama de possibilidades que se apresentam - limitando-se a apresentar diretrizes que devem ser observadas na apresentação do caso concreto. Nada é estanque: sempre existe um novo argumento, uma nova dúvida, um novo *mas*, quando se trata de estabelecer o campo desse princípio. E, nesse aspecto, pode-se assentar que “essas teorias só podem obter um sucesso parcial na tarefa de trazer coerência e abrangência às nossas fragmentadas concepções de justiça social”²⁴⁶.

4.3 O Direito à Morte Digna: a relação médico/paciente

A relação da equipe médica com o paciente, na atualidade, deriva de uma evolução histórica e científica. Antigamente, os cuidados de saúde eram prestados apenas pelo médico, que se dirigia à casa do doente e era qualificado como *médico da família* - um ser inatingível, alguém com quem era difícil dialogar, pois somente ele era conhecedor da ciência médica e apenas a ele competia a decisão de qual tratamento seria manejado ao paciente, sem que houvesse qualquer questionamento quanto às alternativas de tratamento ou acerca da possibilidade de abandono do que era recomendado.

Hoje, essa visão de médico da família não é mais observada e os cuidados prestados ao doente não são mais feitos somente por um, mas sim por uma equipe composta de vários profissionais. Nesse momento, tratar-se-á apenas da relação entre médico e paciente, pois já se abordou a equipe médica na etapa que versou sobre os cuidados paliativos.

A relação médico e paciente já foi objeto de diversas obras da arte, como filmes, livros, peças teatrais e novelas. Em várias oportunidades, retratou-se a distância afetiva com a qual o médico tratava os seus pacientes, demonstrando que o sentimentalismo em tal

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 366.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 366.

²⁴⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 360.

relação era atitude rara. Diga-se, era - no passado - pois nos dias atuais, principalmente diante dos estados graves e da proximidade da morte, busca-se sempre aquele profissional que possa ouvir as necessidades e os desejos do paciente e de sua família, referenciando claro respeito à autonomia e à dignidade do doente.

A visualização do estado relatado remete à história do Doutor Patch Adams²⁴⁷, que explicitou a necessidade de envolvimento na relação entre médico e paciente. Entretanto, os ensinamentos repassados pela arte ainda não foram suficientes para garantir a efetiva aproximação e, em muitos casos, “o paciente é o grande esquecido da medicina e os médicos se preocupam em demasia com as doenças e esquecem o ser humano”²⁴⁸.

4.3.1 O Direito aos Cuidados de Saúde

A CF/88 enumera, em seu Título II, o qual legitima os Direitos e as Garantias Fundamentais - mais especificamente, em seu Capítulo II, que focaliza os direitos sociais - o direito à saúde, nos seguintes termos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;²⁴⁹.

A Carta em vigor foi a primeira das Constituições brasileiras a estabelecer, dentre os seus direitos fundamentais, a garantia do direito à saúde como uma prerrogativa igualitária, sem restrições de caráter, contributivo e econômico, a que qualquer brasileiro

²⁴⁷ PATCH Adams: o amor é contagioso. [S.l.]: Universal Studios, Manaus: Microservice Tecnologia Digital da Amazônia, c1998. 1 DVD (115 min).

²⁴⁸ FERREIRA FILHO. Arnaldo Amado. Doutor em ortopedia e traumatologia pela FMUSP: medicina e humanismo. *Suplemento Cultural da Revista da Associação Paulista de Medicina*, São Paulo, p. 4, abr., 2010.

²⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

pode ter acesso. Obviamente que a realidade não reflete a norma que, diante do sucateamento do sistema de saúde que se evidencia no Brasil, pode, sem embargo, classificar-se como norma programática. Todavia, não deixa de se qualificar como um avanço, no que toca aos diplomas constitucionais anteriores, sendo

espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais²⁵⁰.

O Movimento Sanitarista, iniciado nos anos de 1970, foi o principal defensor da implantação de um sistema público de saúde, que teve suas ideias sintetizadas no Relatório Final da Conferência Nacional de Saúde, de 1986, com a explanação de um conceito amplo de direito à saúde, a saber:

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade²⁵¹.

Embora o acesso à saúde esteja inicialmente alocado dentre os direitos sociais, é forçoso observar que esse Capítulo se insere no título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, caracterizando-se como fundamental, sem o qual os indivíduos não poderiam desenvolver as suas atividades habituais e ver reconhecida a sua dignidade.

Note-se que as consequências decorrentes da proteção do direito à saúde estendem-se muito além da esfera pessoal do cidadão, visto que a proteção ao referido direito legitimará, inclusive, a circulação de riquezas, por meio do fomento ao mercado de trabalho e da necessária existência de mão de obra saudável e apta ao desenvolvimento do país. Ademais, as políticas públicas voltadas à prevenção da saúde devem ser a tônica principal dos governos que, comprovadamente, despendem menos recursos com a

²⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 331.

²⁵¹ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). *Relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde*, Brasília, DF, mar. 1986. p. 04. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

prevenção do que com o tratamento de doenças. Sobre a essencialidade do direito à saúde, se pronunciou o Ministro Carlos Ayres Britto:

Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, [se constitui] serviços de pronto qualificados como 'de relevância pública', caracterizando ainda a higidez físico-mental como 'bem inestimável do indivíduo'²⁵².

Ao tratar da competência para a prestação do direito à saúde, o artigo 23 da CF/88 o coloca como competência comum da União, dos Estados e dos Municípios. Ademais, o artigo 196 do mesmo diploma valida que

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação²⁵³.

A Lei 8.080/1990, por sua vez, disciplina a organização, a direção e a gestão do SUS, nos seguintes termos:

Art. 9º - A direção do Sistema Único de Saúde - SUS é única, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:
I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva secretaria de saúde ou órgão equivalente; e
III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva secretaria de saúde ou órgão equivalente²⁵⁴.

Depreende-se, por consequência, que o SUS se ramifica, sem, contudo, perder a sua unicidade, de modo que de qualquer um dos gestores podem - devem - ser exigidas as ações e os serviços necessários à promoção, à proteção e à recuperação da saúde pública. Da jurisprudência, por seu turno, sobre o dever constitucionalmente imposto a cada um dos entes federativos de garantir e de promover a saúde, extrai-se do Supremo Tribunal Federal (STF):

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília, DF: Secretaria de Documentação, 2011. p. 599. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item= %201814>>. Acesso em: 30 set. 2014.

²⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

²⁵⁴ BRASIL. *Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

O preceito do art. 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. A referência, contida no preceito, o Estado mostra-se abrangente a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios [...] (Voto Min. Marco Aurélio, proferido no RE 271.186-8-RS).²⁵⁵

Vê-se que a garantia do direito à saúde representa obrigação do Estado, devendo garantir o acesso de todos aos tratamentos. Entretanto, o sistema de saúde brasileiro não tem capacidade de absorver, em sua estrutura pública, toda a gama de pacientes que se apresenta. E foi essa a grande falha das decisões do Conselho Nacional: não estabelecer como seria custeado o sistema de atendimento à saúde. Embora se tenha buscado sanar esse problema por meio de Emenda Constitucional nº 29, de treze de setembro de 2000, que altera os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da CF/88 e acrescenta o artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e dos serviços públicos de saúde²⁵⁶, a medida apenas amenizou o problema, ao destinar, por meio de modificação do artigo 77 da ADCT, recursos ao sistema público de saúde, como segue:

Art. 77 - Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º²⁵⁷.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de instrumento AI 238328 (Processo físico)*. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Fernando Becker. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, p. 2. Disponível em: <file:///C:/Users/acer/Downloads/texto_187750717.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

²⁵⁶ BRASIL. *Emenda constitucional nº. 29*. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

²⁵⁷ *Ibid.*

Perceba-se que Estado e Municípios foram obrigados a destinar um percentual específico de suas verbas ao custeio da saúde, mas a União não teve esse valor definido, necessitando-se de Lei Regulamentadora que só foi promulgada no ano de 2012 - Lei Complementar 141, do ano de 2012.

Na tentativa de recuperar um sistema de saúde decante e buscar a efetivação do direito à saúde, no ano de 2013 foi sancionada a Lei 12.858, que dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e de saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e de gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI, do caput do art. 214 e no art. 196 da CF/88, descrevendo especificamente no artigo 2º que

Art. 2º Para fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde, na forma do regulamento, os seguintes recursos:

§ 3º União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão os recursos previstos nos incisos I e II deste artigo no montante de 75% (setenta e cinco por cento) na área de educação e de 25% (vinte e cinco por cento) na área de saúde²⁵⁸.

Todavia, a aplicação dos referidos recursos ainda não se iniciou, em virtude não da exploração do pré-sal. Nesse passo, em busca de efetivar o direito à saúde, o Poder Judiciário, em casos de necessidade e de inexistência de UTIs em hospitais públicos, tem autorizado a internação dos pacientes em hospitais particulares às expensas do Poder Público, conforme se observa nas jurisprudências colacionadas.

CONSTITUCIONAL MANDADO DE SEGURANÇA - INTERNAÇÃO EM LEITO DE UTI PRIVADO - NAO OFERTA DE ESPAÇO NA REDE PÚBLICA - MOLÉSTIA GRAVE - NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS - VIABILIDADE DA CONCESSÃO DA ORDEM - MANUTENÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE - ART. 196 DA CF/88 - PRECEDENTE DO E. STF E TJES - SEGURANÇA CONCEDIDA.

1 - Nos termos do art. 196 da CF/88, 'a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e

²⁵⁸ BRASIL. *Lei 12.858, de 9 de setembro de 2013*. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação’.

2 - Há precedente no Supremo Tribunal Federal definindo que ‘o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República art. 196. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular’. (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-00, DJ de 24-11-00). No mesmo sentido: RE 393.175-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, DJ de 2-2-07.3 - Constatada a necessidade de internação do administrado em Unidade de Terapia Intensiva - UTI, e não havendo leitos desse segmento na rede pública, é viável o deferimento da segurança para determinar que se disponibilize ao cidadão acometido de moléstia greve um leito no setor privado, até a regular oferta de vaga pública.²⁵⁹ 4 - Segurança concedida.²⁵⁹

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM UTI. INDISPONIBILIDADE DE VAGAS NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. DEVER DO ESTADO DE CUSTEAR AS DESPESAS DA INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PRIVADO.

1. SEGUNDO O ART. 196, DA CF/88: ‘A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, GARANTIDO MEDIANTE POLÍTICAS SOCIAIS E ECONÔMICAS QUE VISEM À REDUÇÃO DO RISCO DE DOENÇA E DE OUTROS AGRAVOS E AO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO ÀS AÇÕES E SERVIÇOS PARA SUA PROMOÇÃO, PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO’.

2. INDEPENDENTEMENTE DE O ESTADO TER OU NÃO DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA ASSEGURAR, SATISFATORIAMENTE, OS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, É DEVER DO PODER JUDICIÁRIO GARANTIR A APLICABILIDADE IMEDIATA E A MÁXIMA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE CONFEREM AO JURISDICIONADO O DIREITO A UM SISTEMA DE SAÚDE EFICIENTE.

3. CONSTATADA A NECESSIDADE DE O PACIENTE SER INTERNADO EM UTI, E INEXISTINDO VAGAS EM HOSPITAIS DA REDE PÚBLICA, INCUMBE AO ESTADO CUSTEAR OS GASTOS DE SUA INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PRIVADO.

4. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.²⁶⁰

Ainda com o intuito de efetivar o direito à saúde que se legitima pela CF/88, os Tribunais Brasileiros têm ainda pretendido garantir aos indivíduos os acessos a medicamentos e a tratamentos que são considerados muito dispendiosos e essenciais,

²⁵⁹ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança n. 100070022577*. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Julgamento: 03 de abril de 2008. Publicação: 23 de abril de 2008. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5036320/mandado-de-seguranca-ms-100070022577>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

²⁶⁰ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. *Processo: 62388020118070001 DF 0006238-80.2011.807.0001*. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, DF, julgamento: 01 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21458172/rmo-62388020118070001-df-0006238-8020118070001-tjdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

chegando inclusive a reconhecer a essencialidade de alguns procedimentos que antes eram avaliados como meramente estéticos, senão:

MANDADO SEGURANÇA - MEDICAMENTOS - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO MUNICÍPIO, NA CONDIÇÃO DE GESTOR DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - LEI Nº 8.080/90 - ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA - FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS DEVIDO - MULTA COMINATÓRIA - LEGALIDADE. É dever do Município, na condição de gestor do Sistema Único de Saúde, zelar pela saúde dos necessitados, oferecendo tratamento adequado a saúde e vida dos pacientes, fazendo-se desnecessária a intervenção do gestor estadual do SUS na lide, nos termos do artigo 7º, inciso IX, e artigo 9º, inciso III, da Lei nº 8.080/90. O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado de forma irrestrita, com a disponibilização dos recursos que se fizerem necessários ao tratamento da moléstia de que padece a parte, incluindo internações, cirurgias e o fornecimento de medicamentos prescritos. A multa diária tem caráter intimidatório, devendo ser fixada em valor suficiente para compelir o réu à prática da ordem judicial, podendo, inclusive, caso seja necessário, superar o proveito econômico da causa, para que seja eficaz no alcance de sua finalidade.²⁶¹

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO RITUXIMABE (MABTHERA) PARA TRATAMENTO DE ARTRITE REUMATÓIDE GRAVE (CID M05.8). SENTENÇA CONDENOU O ESTADO DO PARANÁ AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE IMPETRADA AFASTADA - É AUTORIDADE COATORA O AUTOR DO ATO VIOLADOR DO DIREITO. PRELIMINAR DE IMPROPRIEDADE DA VIA JUDICIAL ELEITA AFASTADA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO POR EXAMES MÉDICOS E PRESCRIÇÃO DA MEDICAÇÃO POR PROFISSIONAL COMPETENTE E HABILITADO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO ESTADUAL AFASTADA - A RESPONSABILIDADE NA TUTELA DA SAÚDE É SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO, PODENDO O IMPETRANTE ESCOLHER CONTRA QUAL DELES INGRESSAR COM O MANDAMUS. COMPETÊNCIA COMUM DO ESTADO E DA UNIÃO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O MEDICAMENTO RITUXIMABE NÃO CONSTA DO PROTOCOLO CLÍNICO DE DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE - DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NÃO PODE SER RESTRINGIDO POR PORTARIAS E OUTROS ATOS INFRACONSTITUCIONAIS. ALEGAÇÃO DE RESERVA DO POSSÍVEL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DEVIDO AO IMPACTO ECONÔMICO - MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CONTEÚDO DA DIGNIDADE HUMANA. RECURSO CONHECIDO

²⁶¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança nº 1.0694.08.044919-2/003(1)*. Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data de julgamento: 13 de novembro de 2008. Data de publicação: 02 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5972863/106940804491920031-mg-1069408044919-2-003-1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

E NÃO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.²⁶²

DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE CIRURGIA BARIÁTRICA. Enfermidade: Obesidade Mórbida. Custo mensal: R\$ 15.016,33. LEGITIMIDADE PASSIVA. ENTES FEDERADOS. COMPETÊNCIA COMUM. SOLIDARIEDADE. A competência comum dos entes federados de prestação à saúde não se afasta pela descentralização dos serviços e das ações do Sistema Único de Saúde, bem como pelas listas de medicamentos especiais e excepcionais, já que se impõe ao Poder Público realizar todas medidas necessárias à preservação da garantia constitucional à saúde. Assim, [...].²⁶³

As decisões acareadas demonstram nada mais que a ineficácia do sistema de saúde público brasileiro, que não conseguem suportar as demandas. Desse modo, tem sido complicado efetivar a aplicabilidade das normas jurídicas que garantam o direito à saúde, através do Poder Judiciário. Cumpre esclarecer que, diante da classificação doutrinária apresentada, as normas constitucionais são classificadas em normas de eficácia plena, contida e limitada. Conforme já ressaltado, a norma que valida o direito à saúde está alocada no Título II, da Constituição da República Federativa do Brasil, que define os direitos e as garantias fundamentais. O mesmo diploma determina, no artigo 5º, parágrafo 1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, caracterizando todos os direitos fundamentais como regras constitucionais de eficácia plena.

No entanto, a posição não se consolida de forma absoluta na doutrina, de modo que a maioria dos pensadores classifica os direitos sociais - dentre eles, o direito à saúde - como norma jurídica de eficácia limitada por princípio programático, pois somente encontram efetiva aplicabilidade após subsequente normatividade que lhe desenvolva.

Diante do quadro de saúde brasileiro que hoje se revela, melhor mesmo é classificar as regras relativas ao direito à saúde como normas de eficácia limitada por princípio programando, em que, para ser classificada como norma de eficácia plena, necessitaria que sua aplicabilidade ocorresse de forma imediata - o que não se observa.

²⁶² PARANÁ. Tribunal de Justiça. *CJ: 10086267 PR 1008626-7 (Acórdão)*. Apelante: Estado do Paraná. Apelado: Romildo da Silva Queiroz. Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima. Curitiba, 04 de junho de 2013. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23708821/conflicto-de-jurisdicao-cj-10086267-pr-1008626-7-acordao-tjpr>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

²⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70048268825*, Primeira Câmara Cível. Apelante: Município de Passo Fundo. Apelado: Coly da Silva Petry. Porto Alegre, 23 de abril de 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21796742/apelacao-civel-ac-70048268825-rs-tjrs/inteiro-teor-21796743>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

4.3.2 O Direito/Dever de Informação: das comunicações ao paciente

Em item anterior desta pesquisa, tratou-se do princípio da autonomia do paciente e mencionou-se que, quando da eletividade dos processos que lhe serão aplicados, se devem levar em conta os desejos do enfermo. Todavia, o paciente, em regra, não possui conhecimentos técnicos que o tornem apto a decidir qual tratamento seria melhor, nem mesmo conhece com exatidão a situação para decidir se abandona ou se prossegue no tratamento. Por isso, depende essencialmente da ajuda da equipe de saúde para obter os esclarecimentos necessários à tomada de decisão. Neste tópico, fala-se especialmente do dever de informar e do procedimento de tomada de decisões, por meio do consentimento informado.

Após a disseminação do conhecimento de que o paciente tem o direito de interferir nos processos decisórios, revelou-se maior vontade, por parte dele, em participar ativamente das decisões da equipe de saúde. Assim, anseia-se cada vez mais por um comportamento cooperativo, nesse sentido. A informação é elemento fundamental e indispensável para que o paciente possa, de fato, influenciar e interferir nos tratamentos e nos procedimentos clínicos.

Para a análise da situação que se descortina, há primeiramente que se enquadrar a relação médico/paciente²⁶⁴ como um contrato abarcado pelas normas consumeristas. Isso porque o médico se enquadra perfeitamente no conceito de fornecedor exposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), nos seguintes termos:

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços²⁶⁵.

Ao passo que o paciente também se encaixa perfeitamente ao conceito de consumidor explicitado no artigo 2º do mesmo diploma legal, senão veja-se: “Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”²⁶⁶. Abarcada pelas normas consumeristas, a relação entre médico

²⁶⁴ Importa esclarecer, neste momento, que não se deixa de reconhecer a importância da equipe de saúde, mas quando da celebração do contrato de prestação de serviços, o paciente o faz com o médico que, para a prestação do serviço, o fará juntamente com sua equipe médica ou aquela designada pelo hospital. Assim, se esclarece que o contrato é com o médico - e não com a equipe de saúde.

²⁶⁵ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁶⁶ *Ibid.*

e paciente deve, como qualquer relação contratual, ser pautada na boa-fé objetiva, que determina que “o contraente tem o dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, não frustrando a confiança legítima da outra parte”²⁶⁷.

Ademais, agregada a essa obrigatoriedade de agir com boa-fé para ambas as partes, encontra-se a obrigatoriedade do fornecedor - no caso, o médico - nos moldes do artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, prestar “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que se apresentem”,²⁶⁸ como dever complementado ainda pela disposição do inciso II do mesmo artigo, que obriga o fornecedor a garantir ao consumidor “a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurados a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”²⁶⁹.

Diante das obrigações elencadas, se podem apontar os objetivos principais inter-relacionados ao dever de informar, quais sejam:

- a) prevenir danos à pessoa humana, em virtude do esclarecimento adequado dos riscos ofertados pelos produtos e pelos serviços contratados;
- b) diminuir o desequilíbrio entre fornecedores e consumidores e garantir o consentimento livre do consumidor, ao prestar-lhe as informações adequadas²⁷⁰.

Além do que, as informações prestadas devem ser “verdadeiras (correspondentes à realidade), completa (aludindo a todos os elementos determinantes do consentimento), claras e eficientes (compreensíveis para o consumidor típico – o mais hipossuficiente dentre os consumidores)”²⁷¹, pois somente diante do pleno entenedimento se estará apto a decidir. Nessa seara,

²⁶⁷ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004. v. 1, p. 27. (Caderno de Direito Privado).

²⁶⁸ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Deber de informacion en la Ley 17.189, de 20 de septiembre de 1999. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 45-77, 2000.

²⁷¹ SOTTO, Débora. *O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente: medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação*. [S.l.], 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10146-10145-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

O conteúdo do dever de informar do médico compreende, segundo a unanimidade da doutrina, todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para a formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como os riscos, consequências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes²⁷².

A judicialização de casos médicos tem sido cada vez mais frequente no país e muitas demandas se referem à inexatidão das informações prestadas pelos médicos. No que tange ao tema, os Tribunais brasileiros têm optado pelo enquadramento do médico como fornecedor e pela responsabilização, quando da prestação defeituosa de informações, assim:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. MÉDICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO. ART. 14, CAPUT E §4º, DO CDC. ARTS. 186 E 951 DO CC. OMISSÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. O médico componente da equipe que realizou a cirurgia é parte legítima para responder à ação de indenização por suposto erro médico. A Lei nº 6.932/81 nada dispõe a respeito da responsabilidade civil dos médicos no período de residência, de modo que não há como afastar sua culpa por eventual erro cometido, mesmo que em grau menor do que a de seu preceptor. A responsabilidade civil do hospital na prestação de serviços médicos é objetiva, segundo o caput do art. 14 do CDC, enquanto a responsabilidade do médico é subjetiva, nos termos do §4º do mesmo dispositivo e artigos 186 e 951 do CC. É dever do profissional da medicina informar ao seu paciente todas as questões envolvidas no procedimento médico-cirúrgico, ou seja, deve prestar informações completas e consistentes sobre os atos pré e pós-operatórios, a técnica utilizada e os possíveis riscos. Caso não tenha assim procedido, deve responder pelos danos causados ao paciente. O hospital responde objetiva e solidariamente pelos atos negligentes causados por médico nas suas dependências. A quantificação do dano moral obedece ao critério do arbitramento judicial, que, norteado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixará o valor, levando-se em conta o caráter compensatório para a vítima e o punitivo para o ofensor. Para o ressarcimento dos danos materiais é necessária a efetiva comprovação dos mesmos.²⁷³

²⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 394.

²⁷³ MINAS GERAIS. *Apelação cível n. 1.0024.05.816818-8/001*, da 11ª Câmara Cível. Relator: Marcos Lincoln. Julgado em 17 de novembro de 2010. Data da publicação: 26 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=27&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=deverdeinformarmédico&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique na lupa para pesquisar as referências cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 01 out. 2014.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO/CLÍNICA. INDENIZAÇÃO. VASECTOMIA. PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DO SERVIÇO MÉDICO. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO. PRÁTICA DE PUBLICIDADE ENGANOSA. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DO QUANTUM. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. - Responsabilidade Civil - A responsabilidade da clínica médica, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. Precedentes da Câmara. O consentimento informado estabelece que o médico deve dar ao paciente informações suficientes sobre o tratamento proposto. O direito de informação contém disposição expressa na Constituição Federal (art. 5º, XIV), constituindo-se num dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. III, do CDC). Vedação a prática de publicidade enganosa (art. 37, § 1º, do CDC). - Dever de Indenizar Configurado - Hipótese na qual está demonstrada a prestação defeituosa do serviço médico pela prática de publicidade enganosa, induziu em erro o consumidor a respeito da qualidade do serviço, omitindo a informação correta e verdadeira, pois deixou subentendido ao paciente a infalibilidade do ato cirúrgico sobre o seu resultado, dando a falsa segurança de que a vasectomia era infalível, quando tal procedimento não é 100% seguro como método contraceptivo, dependendo de cuidado complementar por certo período para não correr o risco de futura concepção. Somado a isso, houve equívoco no resultado do espermograma realizado pelo paciente, cujo exame, assinado pelo próprio médico demandado, atestou a esterilidade do paciente, quando, na verdade, não era a sua real condição pelo fato de ter gerado a concepção não planejada da filha do casal. Presença do nexo de causalidade, tendo em vista que o evento resultou da omissão pela parte ré, deixando de informar suficientemente sobre dado essencial do serviço, sobretudo acerca da qualidade do serviço prestado. Impõe-se a obrigação de indenizar pelo dano extrapatrimonial sofrido, o qual decorre do próprio fato e independe de comprovação específica. - Quantum indenizatório - Redução - A indenização por dano extrapatrimonial deve ser suficiente para atenuar as conseqüências (sic) da lesão sofrida, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. Redução do valor da condenação, em face das peculiaridades do caso concreto e da observância do princípio da proporcionalidade, considerado o interesse jurídico lesado. - Verba Honorária - Mantido o percentual de 15% sobre o valor da condenação, a teor do art. 20, § 3º, do CPC. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. UNÂNIME.²⁷⁴

As decisões documentadas qualificam o paciente como hipossuficiente na relação e demonstram que realmente é desprovido de conhecimentos específicos sobre a Medicina e, justamente por isso, recorre à equipe de saúde, que tem a obrigação de minimizar os efeitos

²⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. *Apelação cível 70046255196*, da 10ª Câmara Cível. Apelado; Instituto Pro-Femina de Diagnostico Ltda. Apelante: Anito Patrocinio da Rosa Stumpf. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, julgado em: 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70046255196&num_processo=70046255196&codEmenta=4590337&temIntTeor=true>. Acesso em: 01 out. 2014.

de tal desconhecimento, desempenhando satisfatoriamente a sua função, cujo dever de informar é parte indissociável.

Veja-se que a prestação defeituosa do dever de comunicar é severamente apenada pelo Judiciário, reconhecendo amplamente a necessidade de informação correta, clara e compreensível ao paciente. Não se pode deixar de reconhecer que, em alguns casos, o esclarecimento completo do paciente pode não ser a decisão mais correta, em virtude de seu grave estado de saúde. É evidente que se deve ponderar sobre a informação na apresentação desses casos, mas tal condição não é justificativa para a ausência de informação. Assim,

Dependendo da doença e da terapia a ser aplicada, deve-se fornecer ao paciente outros elementos de convicção e que também lhe atenuem a vulnerabilidade: estatísticas, assistência social, acesso a outros paciente que tenha passado por situação similar, e assim por diante.²⁷⁵

Por conseguinte, para que o paciente não venha a tomar decisões irracionais tanto do ponto de vista médico, como pessoal, vale reconhecer as fragilidades e as razões de sua irracionalidade, como por exemplo, as dores físicas e psicológicas, o grau de escolaridade, a capacidade de reflexão no momento da decisão, dentre outros vários fatores de influência. Destaque-se que a melhor forma de superar todas as condições nomeadas é a comunicação mais aperfeiçoada e abrangente entre médicos e pacientes.

As primeiras disposições bioéticas acerca do consentimento informado remontam o Código de Nuremberg²⁷⁶, posteriormente alterado pela OMS, gerando a Declaração de Helsinque²⁷⁷. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina de

²⁷⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 347-378.

²⁷⁶ Código de Nuremberg. 1 - O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem Ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomar uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante que eventualmente possam ocorrer devido à participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. EXPERIMENTAÇÃO humana (Código de Nuremberg – 1947). [S.l.], 1947. Disponível em: <http://www.professorapatriciaruiz.com.br/bioetica/codigo_nuremberg.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁷⁷ DECLARAÇÃO de Helsinque. Associação Médica Mundial. [S.l.], 1964. Disponível em: <http://www.anis.org.br/Cd01/Comum/DocInternacionais/doc_int_03_declaracao_helsinque_port.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

1997²⁷⁸, que estabeleceu uma série de direitos e de deveres sobre a relação médico e paciente, tratou também da autonomia do paciente, ao consignar sobre o consentimento informado. Discorrendo sobre as disposições trazidas pela Convenção, Paula Martinho da Silva narra que

A Convenção chegou a acordos muito importantes. Estabelece-se que o interesse do ser humano deve prevalecer sobre o interesse da ciência e, inclusivamente da sociedade o que evidentemente constitui uma novidade que reflete o conceito de que o ponto de vista do indivíduo é o que prevalece quando se trata da sua saúde ou da participação na investigação. Este princípio implica que todo indivíduo deve ser informado quanto a qualquer intervenção assistencial ou de investigação e que nenhuma intervenção pode levar-se a cabo sem que o indivíduo esteja de acordo uma vez compreendidos todos os aspectos relevantes²⁷⁹.

Passada a fase de caracterização do contrato de prestação de serviços entre médico e paciente - que, conforme ressaltado, se enquadra como contrato de direito do consumidor - resta estabelecer qual seria o conteúdo deste contrato, elencando os deveres básicos do médico. No que se refere ao tema, Gustavo Tepedino dita como deveres do médico:

a) dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico²⁸⁰ e ao prognóstico²⁸¹; b) emprego de todas as técnicas disponíveis para recuperação do paciente aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica²⁸².

Veja-se que o tema tratado neste tópico - qual seja, o direito à informação - é aludido como a primeira das obrigações médicas que devem primordialmente esclarecer ao paciente a doença diagnosticada, qual tratamento é o mais adequado, quais as perspectivas desse método, enfim, quais resultados poderão ser obtidos e qual a probabilidade de

²⁷⁸ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina*. Adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de abril de 1997. Entrada em vigor na ordem internacional: 1 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologianovo.html>>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁷⁹ SILVA, Paula Martinho da. *Convenção dos direitos do homem e da biotecnologia anotada*. Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano relativa às aplicações da biologia e da medicina. Lisboa: Cosmos, 1997. p. 57.

²⁸⁰ Entenda-se diagnóstico como classificação da doença por seus sintomas. DIAGNÓSTICO. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/diagn%C3%B3stico>>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁸¹ Entenda-se prognóstico como opinião médica sobre o curso e duração da doença. PROGNÓSTICO. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/progn%C3%B3stico>>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁸² TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência contemporânea brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 59-70, out./dez. 2002.

sucesso deste. Deve, acima de tudo, informar ao paciente e seus familiares acerca dos efeitos colaterais, pois são os que geralmente causam insatisfação e ojeriza do paciente a alguns tratamentos. Nesse passo, não só médico, mas também a equipe de saúde se obrigam a esclarecer o paciente sobre toda e qualquer alteração que o tratamento irá proporcionar, não apenas em busca de cura, mas principalmente na intenção de conceder ao paciente a oportunidade de conhecer o tratamento que será aplicado e de decidir se a ele irá se submeter - ou não.

Outrossim, no que concerne ao diagnóstico e ao prognóstico acerca das doenças, existe clara assimetria entre os conhecimentos da equipe de saúde e do paciente. Em busca da correção de tal desequilíbrio é que a equipe de saúde deve agir sempre, no interesse de instruir o paciente. Sobre a redução da assimetria, Rachel Sztajn comenta que

Para tanto, a informação que venha a eliminar ou diminuir substancialmente a dissimetria entre profissional e leigo deve ser feita em linguagem acessível, de fácil compreensão para o enfermo, tanto no que se refere à patologia (ou suspeita). Após o diagnóstico, a informação se volta para as terapêuticas existentes, explicando-se eventuais efeitos colaterais e prognósticos, em particular, se houver mais de uma alternativa, qual e porque se recomenda uma em detrimento da outra²⁸³.

Não são somente a doutrina e a jurisprudência brasileiras que reconhecem esse dever de informação do médico. O próprio CEM, em seu artigo 59, explana acerca do dever, *in verbis*:

É vedado ao médico:

Art. 59 - Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal²⁸⁴.

Ressalte-se que, correlato ao dever de informação do médico, encontra-se o direito de informação do paciente. Portanto, ao se tratar sobre o dever médico, precisa-se sempre fazer a leitura de que ao dever médico corresponde, contrariamente, o direito do paciente. Ao se apreciar o dever/direito à informação, surge o questionamento acerca do que venha a

²⁸³ SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

²⁸⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução CFM nº 1.931/2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21000&Itemid=474>. Acesso em: 01 out. 2014.

ser o consentimento informado, que se qualificará como a decisão tomada pelo paciente após todas as informações médicas prestadas.

A teoria do consentimento informado teve origem nos Estados Unidos, em 1914, no julgamento do Caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, em que a Senhora Schloendorff foi levada ao Hospital de Nova Iorque com dores abdominais e, após esgotar as possibilidades de um diagnóstico não invasivo, o médico recomendou uma laparotomia exploratória. A paciente autorizou o exame, mas esclareceu que qualquer outra medida a ser tomada deveria ser previamente discutida. Contudo, o médico constatou a existência de um tumor abdominal e o retirou, durante o exame. Ao recobrar a consciência e ser informada sobre o procedimento, a paciente lembrou que a retirada não deveria ter sido feita, pois qualquer procedimento terapêutico deveria ser por ela autorizado²⁸⁵.

Em decisão, o Juiz Benjamin Cardozo reconheceu que “Todo ser humano de idade adulta e com plena consciência, tem o direito de decidir o que pode ser feito no seu próprio corpo”²⁸⁶, estabelecendo o primeiro passo em relação ao conceito de *vontade do paciente*. Advirta-se que a paciente em questão contava com a plenitude de sua capacidade mental e estava em condições de decidir sobre seu estado médico e quaisquer procedimentos médicos que desejava - ou não - se submeter. Logo, o consentimento informado requer “que a pessoa compreenda os fatos relevantes ou materiais, as implicações e das consequências da ação que vier a adotar”²⁸⁷ e, nesses termos, “há consentimento informado (ou negativa informada) quando o médico explica ou revela ao paciente todos os fatos necessários para que se tome uma decisão inteligente”²⁸⁸.

Questiona-se, nesse ponto, o que viria a ser uma decisão inteligente em relação ao tratamento a ser aplicado a um paciente, com referência ao respeito ao direito à autonomia daquele que se mostre apto a preservar a sua qualidade de vida e a sua dignidade. Entretanto, não basta a simples prestação e aceitação das informações, para que se resguarde a teoria do consentimento e informado e da autonomia do paciente. Para que se qualifique como decisão válida, cabe a observação dos seguintes requisitos:

²⁸⁵ GOLDIM, José Roberto. *Caso Schloendorff*. [S.l.], 29 jul. 2000. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/schloend.htm>>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁸⁶ KFOURI, Miguel Neto. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 282.

²⁸⁷ SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 185.

- a) a decisão deve ser externada por pessoa capaz (ou que tenha competência para o ato);
- b) a decisão deve ser baseada nas informações repassadas e, por fim;
- c) a decisão deve ser externada através de uma declaração de vontade voluntária, ou seja, sem quaisquer dos vícios de vontade listados pela legislação pátria.

A competência para a tomada de decisões se refere à possibilidade de o paciente compreender a situação na qual se encontra, sopesar riscos e benefícios e, por fim, tomar a decisão que seja coerente com os seus anseios. Aqui, importa esclarecer que a competência para a tomada de decisões médicas não se confunde com a capacidade legal posta no Código Civil Brasileiro, porque, em muitos casos, pessoas capazes não possuem condição de tomar decisões acerca dos tratamentos aos quais devam ser submetidas.

Noutro passo, se reconhece que os relativamente incapazes - listados no artigo 4º do mesmo Código - são apenas assistidos pelos seus curadores de modo que, embora o ato seja praticado pelo curador, a decisão pode ser influenciada pelo relativamente incapaz²⁸⁹, que deve ser informado sobre a sua condição médica e a quem se deve dar a possibilidade de influir nas decisões quanto às alternativas de tratamento.

As questões relativas à prestação da informação foram amplamente discutidas nesta pesquisa, tanto no tópico em exame, como no relativo ao princípio da autonomia do paciente. Todavia, cumpre apontar que a legislação brasileira ainda não relacionou quais as informações mínimas que devem ser dadas ao paciente, de modo que recorre à enumeração estrangeira. O doutrinador argentino Oscar Garay tentou especificar os requisitos mínimos de informação que o médico deve prestar:

- (i) diagnóstico, tratamento e prognóstico; (ii) os benefícios esperados; (iii) riscos médicos significativos associados; (iv) provável duração da incapacidade; (v) outras opções de atenção ou tratamento significativas do ponto de vista médico; (vi) que se pode recusar o tratamento proposto (na medida em que a legislação permita), logo após ter sido adequadamente informado, devendo destacar na informação, as consequências médicas que a recusa acarreta à saúde; (vii) as

²⁸⁹ O Código Civil Brasileiro enumera em seus artigos, de forma taxativa, quais pessoas individuais são consideradas absolutamente (artigo 3º) e relativamente (artigo 4º) incapazes. É importante esclarecer que os absolutamente incapazes são representados, de modo que o representante decide e age por ele, enquanto os relativamente incapazes são apenas assistidos, de modo que esse assistente auxilia na tomada de decisão, contando com a opinião do relativamente incapaz quando possível e, ao final, age por ele.

informações sobre as necessidades posteriores à alta (atenções, cuidados e tratamentos), da parte do médico ou de alguém que este delegue²⁹⁰.

É válido lembrar que a decisão do paciente não é vinculativa, ou seja, caso o paciente decida submeter-se à determinada intervenção ou tratamento, caso avalie melhor a situação, pode decidir pela retirada da autorização. Como último requisito, apura-se finalmente a voluntariedade. Assim, a declaração do paciente acerca do tratamento deve ser externada de forma voluntária e sem vícios, após prévia avaliação das informações médicas repassadas.

A observação da voluntariedade na declaração é decorrente do princípio da autonomia, uma vez que só se pode classificar uma decisão como autônoma quando é externada sem qualquer pressão, seja ela física ou psicológica. Calha atentar que a declaração de vontade pode ser afetada por algum dos cinco vícios de consentimento listados no Livro III, Título I, Capítulo IV, que abarca os defeitos do negócio jurídico, quais sejam: erro, dolo, coação, lesão ou estado de perigo²⁹¹.

Impera deixar claro que, embora intimamente relacionados, autonomia e consentimento informado são fenômenos distintos, pois o último consagra o modo como se dá o exercício da autonomia, qualificando-se como a prestação de informação ao paciente para que este possa tomar decisões claras quanto aos procedimentos clínicos que são sugeridos. Há que se reconhecer, por fim, que quando se apresenta ao paciente um diagnóstico de morte, devem ser prestadas todas as informações que garantam a formação do livre convencimento e o exercício da autonomia.

²⁹⁰ GARAY, Oscar E. *Derechos fundamentales de los pacientes*. Buenos Aires: 2003. p. 400.

²⁹¹ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 out. 2014.

5 CONCLUSÃO

O tema da terminalidade da vida - objeto desta pesquisa - é noticiado todos os dias e muitos o veem, o conhecem e com ele sofrem continuamente. Este trabalho buscou analisar referido assunto, sobre o qual muitos se negam a pensar, por se tratar de um momento doloroso e de partida - mas que pelo qual todos passarão, seja por si, seja pela perda de um ente querido. O fato certo e incontestado é que a morte irá ocorrer e é necessário pensar sobre ela, em uma perspectiva transdisciplinar.

Por isso, este estudo teve como objetivo ponderar acerca do paciente que se encontra incuravelmente doente - ou seja, aquele em que o momento da morte, embora incerto, seja iminente - buscando estabelecer o que vem a ser uma vida digna e também respondendo a questionamentos acerca do direito à informação e do possível abandono do tratamento pelo paciente, de modo a pressionar o Poder Legislativo a refletir sobre uma legislação que possa acolhê-lo, especialmente quando se trata da escolha pelo abandono do tratamento ou pela abreviação de seu sofrimento. Assim, não há o que se temer no que concerne ao tema, mas sim o que se discutir acerca dele.

Noutra banda, como outro lado da forma, a dissertação incorreu em observações acerca do direito à vida, estabelecendo que este é protegido em todos os Estados que se configuram como Democráticos de Direito, destacando que o ser humano possui, além do direito de nascer, o direito de ter uma vida digna.

Diga-se ainda que a legislação brasileira, além de proteger a vida, assegura os direitos do não vivo nascituro - ente que, de acordo com a legislação nacional, ainda não possui personalidade jurídica e não se configura como indivíduo apto a ter direitos e obrigações na esfera civil, contando apenas com a expectativa de direito - que fique claro, se expulso do ventre materno respirar, mesmo que por uma única vez.

Ainda em relação à temática em voga, na intenção de explicitar o dinamismo do direito, apontou-se a decisão em que o STJ reconheceu direitos ao feto, em ação concernente apenas ao direito de recebimento de seguro obrigatório, o que não deixa de levantar novos questionamentos acerca da teoria adotada no Brasil: se natalista ou se conceptista.

O terceiro ponto fulcral desta revisão assentou-se na dignidade humana. Todas as letras destacam a dignidade como sobreprincípio que deve nortear a interpretação de qualquer dispositivo constitucional ou infralegal, e até mesmo situações não abarcadas por qualquer legislação brasileira, como por exemplo, o direito de morrer dignamente. Pretende-se, nesse passo, que, caso o Poder Legislativo decida pela descriminalização do homicídio piedoso e do

auxílio ao suicídio, e permita condutas como a eutanásia e o suicídio assistido, com base no princípio da dignidade, que a todo momento justifica as reflexões sobre o direito à vida e, como demonstrado, deve fazê-lo também quando pretender legislar sobre o direito de morrer.

O homem, como ser dotado de consciência - o que vem a ser um reconhecimento científico, pois não se descobriram seres outros que tenham a capacidade de pensar - necessitou encarar a morte não mais como um momento, mas como um processo, haja vista que as evoluções das técnicas de saúde aumentaram a expectativa de vida dos seres humanos e proporcionaram o desenvolvimento de tratamentos que prolongam o momento enfermo, buscando sempre a preservação da vida do cidadão. No entanto, nem sempre é possível o sucesso desse tratamento e mesmo que a pessoa continue viva, a qualidade de sua vida já não se apresenta digna para quem deseja morrer em virtude das dores e da agonia pelas quais passa.

Inicialmente, para se compreender a morte e classificá-la hoje como processo, foi preciso desenvolver um histórico e mostrar a sua evolução até os dias atuais, mostrando a existência de vários ritos e mitos, e o modo como cada uma das sociedades antigas lidava com isso. O delineamento histórico da morte foi descrito por Philippe Ariès que, conforme relatado no Capítulo 2, demonstrou a evolução do posicionamento das pessoas perante a morte, reconhecendo que a civilização ocidental primeiramente a exaltava, passando, por fim, a recusá-la, como se observa atualmente em muitos casos - inclusive na legislação brasileira, que criminaliza as condutas do homicídio piedoso e do auxílio ao suicídio.

Todavia, um traço comum a todos os tempos - e que não poderia deixar de ser - é a conclusão de que a morte chegará em algum momento, devendo o homem aceitá-la, a partir de uma perspectiva altruísta e solidária de que sua conduta poupará a si e aos seus, e poderá, por meio da doação de órgãos, conceder a vida a um semelhante.

A utilização dos cuidados paliativos assim se configura como alternativa aos tratamentos invasivos e pode ser aplicada tanto aos pacientes, quanto aos seus familiares, através de equipes de saúde que desempenham serviços multidisciplinares, como apoio psicológico, de enfermagem, de assistência social, médico, dentre outros setores.

As condutas de abreviação da vida são aceitas em muitos países europeus, como a Holanda e a Bélgica, que desenvolveram legislações específicas para tais casos, de acordo com o que se apontou no Capítulo 3. Os países citados reconheceram que as condutas já eram realizadas e observaram a necessidade de conferir maior segurança jurídica aos seus cidadãos, preferindo a criação de uma lei que estabelecesse bases sólidas para a realização das condutas

de antecipação da morte. Em especial, enfatiza-se a legislação holandesa que, para a realização da prática no país, enumera a observância de cinco critérios.

1. a solicitação para morrer deve ser uma decisão voluntária feita por um paciente informado; 2) a solicitação deve ser bem considerada por uma pessoa que tenha compreensão clara e correta de sua condição e de outras possibilidades. A pessoa deve ser capaz de ponderar tais opções, e deve ter feito tal reflexão;
2. o desejo de morrer deve ter alguma duração;
3. deve haver sofrimento físico ou mental que seja inaceitável ou insuportável;
4. a consultoria com um colega é obrigatória.

Note-se que a referida legislação firmou critérios objetivos para a realização do ato, e mesmo assim ainda não se isenta de questionamentos, por exemplo: como seriam escolhidos os médicos que participariam dessa decisão? A legislação não sinalizou o critério a ser utilizado. No entanto, mesmo diante da omissão, poderia ser utilizada como base para o Brasil, propondo-se ainda a correção da omissão apontada.

No Brasil, conta-se com Conselhos de Classe em cada região (CRMs) que poderiam formar uma lista de especialidades médicas, com juntas médicas, que se revezariam nas decisões dos casos que surgissem, representando, de fato, uma solução plausível. Evidentemente, cumpre discutir previamente a questão, mas não deixa de ser um ponto a se pensar.

A pesquisa se propôs ainda a instigar o pensamento acerca da morte e, para isso, rememoraram-se alguns conceitos diretamente ligados, quais sejam: a eutanásia, o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia. Empregaram-se concepções já estabelecidas, já que as doutrinas brasileira e estrangeira são uníssonas quanto à definição de tais institutos. Nesse passo, se buscou meditar diferentemente acerca dos temas no Brasil que, como já esclarecido, não aceita as práticas de abreviação da vida. A intenção foi também evidenciar a pressão social sobre os poderes constituídos e demonstrar a necessidade jurídica de se construir o regramento para uma prática que reconhecidamente acontece, mas de forma velada e sem qualquer segurança jurídica.

Observe-se que aqui não se assinalam dados - mesmo porque não existem e nem poderiam, ante a criminalização dos atos - mas sabe-se que alguns deles até vêm à tona, como o caso da médica Virgínia Helena Soares de Souza que praticava a eutanásia na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do Hospital Evangélico de Curitiba/PR.

O pensamento brasileiro no que toca ao tema, entretanto, não é totalmente inexistente. Apurou-se neste trabalho que, embora as condutas da eutanásia e do suicídio assistido ainda sejam crimes, o médico, nos moldes do Código, pode deixar de ministrar ao paciente os medicamentos para a cura da doença quando verificar que não surtirão qualquer efeito, tendo, claro, cumprido seu dever de informação, de forma clara e compreensível, para que o paciente - ou em sua impossibilidade, a sua família - decida que caminho seguir.

Outro avanço legislativo revelado foi a aprovação da Resolução 1995/2012 do CFM, que trata da possibilidade de confecção do testamento vital - documento em que o paciente determina suas últimas vontades médicas, escolhendo a que tratamentos aceita e a quais não deseja ser submetido - dividindo assim a responsabilidade das decisões terapêuticas e confirmando portanto as hipóteses aventadas no que tange à obrigatoriedade de informação ao paciente e à possibilidade de abandono do tratamento, diante do livre convencimento motivado.

Mas veja-se: nenhum dos regramentos mencionados possui força normativa suficiente para garantir o real desejo do paciente e - ou mesmo - legitimar a total isenção do médico, quando da prática. Mais uma vez, se carece de segurança jurídica para ambas as partes, que se veem fragilizadas, nesse momento terminal.

Decerto, a sociedade brasileira ainda não se apercebeu da importância do tema. Embora se observe a crescente judicialização da Medicina, em que as equipes de saúde têm sido demandadas pelos seus erros ou imperícias, não se vê, na consulta por jurisprudências nos Tribunais pátrios, qualquer ação que discuta o direito de morrer. Portanto, para que se evidencie o desejo pela regulamentação, cabe que se recorra ao Judiciário para que tal Poder sintá-se instigado a confeccionar e a votar uma legislação sobre o tema.

A evolução bioética e biomédica do país reclama inovações nessa seara, especialmente no intuito de efetivar um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade humana. É fato que muitos brasileiros não dispõem de uma vida digna. Porém por que não lhes garantir uma morte digna?

Observe-se que aqui não se defende que sejam direitos excludentes - até porque direitos não se excluem, se apaziguam. Não é preciso deixar de lutar por uma vida porque se luta também por uma morte digna. Todavia, as regras sobre a abreviação da vida precisam ser melhor delineadas. Assim, este trabalho proporcionou um período de reflexão sobre uma possível resposta ao problema de pesquisa.

No seu decorrer, contudo, nasceram novos questionamentos, como por exemplo: é possível identificar e/ou quantificar o que é vida digna? A resposta requer uma visão global

do problema. Inicialmente, porque a definição do termo *vida digna* dependerá sempre do parâmetro comparativo adotado - muitas vezes, uma situação que para um não configura dignidade, para outro, é indiferente.

Existem aqueles que vivem bem com aquilo que têm. Embora a característica do ser humano seja sempre querer mais, resta observar as pessoas que estão satisfeitas com as condições sociais que lhes são proporcionadas. Ademais, caso a legislação brasileira venha a evoluir no que se refere ao tema tratado nesta pesquisa, aquele que não teve uma vida digna poderá ter uma morte digna. Todavia, a concessão desse direito aos brasileiros ainda depende de um estudo mais aprofundado acerca dos impactos sociais e jurídicos dessa possível legislação.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, bioética e vidas sucessivas*. Sorocaba: Brazilian Books, 2001.
- ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2014.
- ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. *O direito de morrer: o caso Eluana Englaro*. [S.l.], 16 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-de-morrer-o-caso-eluana-englaro>>. Acesso em: 03 out. 2014.
- ARIÈS, Philippe. *História da morte no ocidente*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1977.
- ARISTÓTELES. *A ética de Nicômaco*. Introdução, tradução e notas de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CUIDADOS PALIATIVOS. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.cuidadospaliativos.com.br/site/inicio.php>>. Acesso em: 17 ago. 2014.
- AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo, capitalismo e democracia*. Coimbra: 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico se transfusão de sangue. In: AZEVEDO; Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 12, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/53/09-junqueira.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.
- BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade. Antropologia e ética das biotecnologias*. Tradução Paula Silva Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.
- BARCIIFFONTAINE, Chistian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2010.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BÉLGICA é o 1º país a eliminar limite para eutanásia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1411689-belgica-aprova-eutanasia-para-menores-de-idade.shtml>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Bauru, São Paulo: Edusc, 1997.

BENEFICÊNCIA. In: DICIONÁRIO on line de português. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/beneficencia/>>. Acesso em: 29 set. 2014.

BERNARDO, Fernanda. A ética da hospitalidade ou o porvir do cosmopolitismo do porvir. *Revista filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 20, p. 333-426, 2001. Disponível em: <<http://www.saavedrafajardo.org/Archivos/Coimbra/20/Coimbra20-04.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Código de deontologia médica de 1931*. Brasília, DF, 1931. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/arquivos/codigo_deontologia_medica\(1931\).pdf](http://www.portalmedico.org.br/arquivos/codigo_deontologia_medica(1931).pdf)>. Acesso em: 28 jul. 2014.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2014.

BRASIL. *Emenda constitucional n.º 29*. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. *Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. *Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 23 ago. 2014.

BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. *Lei 12.858, de 9 de setembro de 2013*. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)*. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrido: Seguradora Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 4 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-nascituro-stj.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília, DF: Secretaria de Documentação, 2011. p. 599. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de instrumento AI 238328 (Processo físico)*. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Fernando Becker. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, p. 2. Disponível em: <file:///C:/Users/acer/Downloads/texto_187750717.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. *Processo: 62388020118070001 DF 0006238-80.2011.807.0001*. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, DF, julgamento: 01 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>

21458172/rmo-62388020118070001-df-0006238-8020118070001-tjdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

BRAZIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BULOS, Uadi Lanmego. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à resolução 1.805/06 CFM: aspectos éticos e jurídicos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la eutanasia. In: VASQUEZ, Rodolfo. *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.

CANO, Ana Maria Marco del. *La eutanásia: estudo filosófico-jurídico*. Madrid : Marcial Pons, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Deber de información en la Ley 17.189, de 20 de septiembre de 1999. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 45-77, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição e o direito ao corpo humano. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida, aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CHARNAUX, Renato Lima. *A distanásia e a dignidade do paciente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CID, Benito de Castro. Biotecnología y derechos humanos: presente y futuro. In: MORÁN, Narciso Martínez (Org.). *Biotecnología, derecho y dignidade humana*. Granada, 2003.

COLLUCCI, Claudia; LEITE, Fabiane; GOIS, Antônio. Profissionais da UTI dão sobrecarga de medicamentos ou desligam aparelhos de doente terminal: médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTI's do País. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 fev. 2005. Caderno

Cotidiano, p. C1. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2002200501.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina*. Adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de abril de 1997. Entrada em vigor na ordem internacional: 1 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologianovo.html>>. Acesso em: 01 out. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 1.021/1980*. Publicada no D.O.U (Seção I - Parte II) de 22 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 03 ago. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução Conselho Federal de Medicina, n. 1.246/88, de 8 de janeiro de 1988*. Código de Ética Médica. p. 5. Disponível em: <<file:///C:/Users/acer/Downloads/C%20C3%B3digo%20de%20C3%89tica%20M%C3%A9dica.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução Conselho Federal de Medicina, n. 1.805 de 28 de novembro de 2006*. Publicada no D.O.U de 28 de novembro de 2006, Seção I, p. 169. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução CFM nº 1.931/2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21000&Itemid=474>. Acesso em: 28 jul. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Publicada no D.O.U de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). *Relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde*, Brasília, DF, mar. 1986. p. 04. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

DASTUR, Françoise. *A morte: ensaio sobre a finitude*. Trad. Maria Teresa Pontes. Rio de Janeiro; DIFEL, 2002.

DECLARAÇÃO de Helsinque. Associação Médica Mundial. [S.l.], 1964. Disponível em: <http://www.anis.org.br/Cd01/Comum/DocInternacionais/doc_int_03_declaracao_helsinque_port.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

DIAGNÓSTICO. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/diagn%C3%B3stico>>. Acesso em: 01 out. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

DR MORTE - Eutanásia - Documentário Kevorkian [S.l.], 2009. (90 min 49 seg). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=whrPMW9Af5c>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes; FERNANDES, Paula Alves. *Livre determinação no contexto da terminalidade da vida*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c51a13764ca629f>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da Tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Mandado de segurança n. 100070022577. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Julgamento: 03 de abril de 2008. Publicação: 23 de abril de 2008. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5036320/mandado-de-seguranca-ms-100070022577>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

EXPERIMENTAÇÃO humana (Código de Nuremberg – 1947). [S.l.], 1947. Disponível em: <http://www.professorapatriciaruiz.com.br/bioetica/codigo_nuremberg.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. atual e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. (Didática, 1).

FERREIRA FILHO. Arnaldo Amado. Doutor em ortopedia e traumatologia pela FMUSP: medicina e humanismo. *Suplemento Cultural da Revista da Associação Paulista de Medicina*, São Paulo, p. 4, abr., 2010.

FIORI, José Luís. Estado do bem estar social: padrões e crises. *PHYSYS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2014.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 5. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYC, 1992.

FRANÇA, Genival Veloso. *Tratamento arbitrário*. [S.l.], 2000. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/trat_arbt.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

FRANKENA, William K. *Ética*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1975.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GARAY, Oscar E. *Derechos fundamentales de los pacientes*. Buenos Aires: 2003.

GOLDIM, José Roberto. *Caso eutanásia em São Paulo*. [S.l.], 2004. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/casoeubr.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

GOLDIM, José Roberto. *Caso Terri Schiavo retirada de tratamento*. [S.l.], 22 mar. 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81/>. Acesso em: 29 jul. 2014.

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia - Holanda*. [S.l.], 03 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanol.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana. A caminho da eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HILL, T. Jr. *Dignity and practical reason in Kant's moral theory*. Ithaca NY: Cornell University Press, 1992.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLM, Soren. Legalizar a eutanásia? uma perspectiva dinamarquesa. *Bioética*, Brasília, DF, v. 7, n. 1, 1999.

HONORÁVEL. In: DICIONÁRIO Priberam da língua portuguesa. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/honoravel>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

ISMAEL, J. C. *O médico e o paciente: breve história de uma relação complicada*. São Paulo: T. A. Queiroz, 2002.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995.

JUNQUEIRA, André Luiz. *Prolongamento da vida de pacientes terminais*. [S.l.], 2 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3496/Prolongamento-da-vida-de-pacientes-terminais>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KFOURI, Miguel Neto. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KNAUER, P. La détermination du bien e du mal moral par le principe du double effet. *Nouvelle Revue Théologique*, [S.l.], n. 87, p. 356-376, 1965.

LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. *La responsabilidad de la propia vida em el derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999.

LEMONS, Lilian Correia. A judicialização da saúde: o posicionamento do poder judiciário ante a relação contratual entre as operadoras e os beneficiários dos planos de saúde anteriores à Lei nº 9.656/98. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 11, n. 58, out. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5183>. Acesso em: 30 jul. 2014.

LEONEL, Ana Letícia Anarelli Rosati. *O diálogo intercultural como resposta ao debate do relativismo e universalismo dos direitos humanos no multiculturalismo*. [S.l., 2014?]. Disponível em: <<http://www.publica.direito.com.br/artigos/?cod=138c47661e9396a8>>. Acesso em: 05 out. 2014.

LOVATO, Marcos Luiz. Os direitos de personalidade antes do “início” e após o “fim” do sujeito de direito. *Revista Discurso Jurídico*, Campo Mourão, v. 4, n. 2, p.1-18, ago./dez. 2008. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/246/119>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als institution*, 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

LUÑO, Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid. Tecnos. 2010.

LUPER, Stéven. *A filosofia da morte*. Trad. Cecilia Bonamine. São Paulo : Madras, 2010.

MAGRO, Maria Beatrice. Sistemas penais comparados: tratamento jurídico penal de la eutanasia Itália. *Revista Penal*, Barcelona, n. 16, p. 186-187, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/257/247>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área de saúde e pacientes. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo : Saraiva, 2012.

MARTINI, Sandra Regina. Direito de morrer e viver dignamente no marco do direito sanitário. In: NEGRI, Stefania. *Self-determination, dignity and end-of-life care: regulating advance directives in international and comparative perspective*. Boston: Martinus Nijhoff, 2011. p. 355-377.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e Direito Constitucional*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Melo Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

McNAMARA, Beverly. A good enough death? In: PETERSEN A.; WADELL, C. *Health masters: a sociology of illness, prevention and care*. Buckingham: Open University Press, 1999.

MÉDICO desliga aparelhos de italiano que acendeu debate sobre eutanásia. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 dez. 2006, Vida &, p. A 18. Informações Disponíveis em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/324202/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 347-378.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELO, Ana Georgia Cavalcanti; CAPONERO, Ricardo. Cuidados paliativos: abordagem contínua e integral. In: SANTOS, Franklin Santana (Org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009.

MENEZE, Rachel Aisengart. *Em busca da boa morte: antropologia dos cuidados paliativos*. Rio de Janeiro: Garamond: FIOCRUZ, 2004.

MINAS GERAIS. *Apelação cível n. 1.0024.05.816818-8/001*, da 11ª Câmara Cível. Relator: Marcos Lincoln. Julgado em 17 de novembro de 2010. Data da publicação: 26 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=27&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=deverdeinformarmédico&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique na lupa para pesquisar as referências cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 01 out. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de segurança 1.0694.08.044919-2/003(1). Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data de julgamento: 13 de novembro de 2008. Data de publicação: 02 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5972863/106940804491920031-mg-1069408044919-2-003-1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORIN, Edgar. *O homem a morte*, Seuil, 1976, citado por DASTUR, Françoise. *A morte: ensaio sobre a finitude*. Trad. Maria Teresa Pontes. Rio de Janeiro; DIFEL, 2002.

MORITZ, Rachel Duarte. Terminalidade e cuidados paliativos na unidade de terapia intensiva. *Rev. bras. ter. intensiva*, São Paulo, v. 20, n. 4, p. 422-428, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/22970/000715411.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

MOTA, Joaquim Antônio César. Quando um tratamento torna-se fútil? *Revista de Bioética*, Brasília, DF, v. 7, n. 1, 1996. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/291/430>. Acesso em: 5 mar. 2014.

MUÑOZ, Daniel Romero. Bioética: a mudança da postura ética. *Rev. Bras. Otorrinolaringol*, São Paulo, v. 70, n. 5, set./out. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-7299200400050000>. Acesso em: 03 out. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. *Declaração universal dos direitos humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nova Iorque, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. ONU. *ONU: 86 milhões de mulheres devem sofrer mutilação genital até 2030*. [S.l.], 6 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/ate-86-milhoes-de-meninas-poderao-sofrer-com-mutilacao-genital-feminina-ate-2030-alerta-onu/>>. Acesso em: 03 out. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state an utopia*. New york: Basic Books, 1974., esp. p. 149-182. Disponível em: <http://www.davidmorrow.net/sites/default/files/nozick_1974.pdf>. Acesso em: 02 out. 2014.

NUÑES PAZ, Miguel. *Homicídio consentido, eutanásia y derecho a morir com dignidade: problemática jurídica a la luz del código penal de 1995*. Madrid: Tecnos, 1999.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. CJ: 10086267 PR 1008626-7 (Acórdão). Apelante: Estado do Paraná. Apelado: Romildo da Silva Queiroz. Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima. Curitiba, 04 de junho de 2013. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23708821/conflito-de-jurisdicao-cj-10086267-pr-1008626-7-acordao-tjpr>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

PATCH Adams: o amor é contagioso. [S.l.]: Universal Studios, Manaus: Microservice Tecnologia Digital da Amazônia, c1998. 1 DVD (115 min).

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida*. São Paulo: Loyola, 2001.

PIAJET, J. *Colloque sur l'interdisciplinarité*. Nice, OCDE, 1970. Citado por NICOLESCU, Basarab *Sciences et tradicion*. Revue 3^e Millénaire, Paris, n. 2, p. 83-85, 1992.

PIO XII, Papa. *Lettera Enciclica Fidei Donum*. Roma, 21 apr. 1957. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_21041957_fidei-donum_it.html>. Acesso em: 28 jul. 2014.

PROGNÓSTICO. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/progn%C3%B3stico>>. Acesso em: 01 out. 2014.

PUCHALSKI, C.; ROMER, A. L. Taking a spiritual history allows clinicians to understand patients more fully. *Journal of Palliative Medicine*, New Rochelle, v. 3, n. 1, p. 129-137, 2000. Disponível em: <<http://online.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/jpm.2000.3.129>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

REICHER, Regina. *A eutanásia na visão do garantismo penal*. 2005. f. 81. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pós graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1896>. Acesso em: 29 jul. 2014.

RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Bari: Laterza, 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2006000800024&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 23 ago. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. *Apelação cível nº 70046255196*, da 10ª Câmara Cível. Apelado; Instituto Pro-Femina de Diagnostico Ltda. Apelante: Anito Patrocinio da Rosa Stumpf. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, julgado em: 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70046255196&num_processo=70046255196&codEmenta=4590337&emIntTeor=true>. Acesso em: 01 out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70048268825*, Primeira Câmara Cível. Apelante: Município de Passo Fundo. Apelado: Coly da Silva Petry. Porto Alegre, 23 de abril de 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21796742/apelacao-civel-ac-70048268825-rs-tjrs/inteiro-teor-21796743>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

ROCHA, Carmém Lucia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. [S.l.], 1999. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamentação ética dos direitos do homem. *Brotéria - Revista de Cultura*, Lisboa, v. 148, p.135-154, 1999.

ROSKAM, Jacques. Purely, vegetative survival in cerebroscerosis: dysthanasia, orthothanasia. *Revue Médicale de Liège*, Liège, p. 709-713, out. 1950.

ROSS, William David. *The right and the good*. Oxford: Calrendon Press, 1930.

ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Editora Damásio de Jesus; 2005.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004. v. 1. (Caderno de Direito Privado).

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito. a necessidade de controle social das técnicas médicas. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, n. 11, p. 20-26, mar. 2000.

SAPORETTI, Luís Alberto. Espiritualidade em cuidados paliativos. In: SANTOS, Franklin Santana (Org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

- SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico - constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Melo Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEGRE, Marco. O princípio da autonomia. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. Paulo: Saraiva, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, José Carlos Sousa. *Direito à vida*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.
- SILVA, Paula Martinho da. *Convenção dos direitos do homem e da biotecnologia anotada*. Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano relativa às aplicações da biologia e da medicina. Lisboa: Cosmos, 1997.
- SOTTO, Débora. *O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente: medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação*. [S.l.], 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10146-10145-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.
- SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. Paulo: Saraiva, 2012.
- SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência contemporânea brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 59-70, out./dez. 2002.
- TOLSTÓI, Leão, Conde. *A morte de Ivan Ilitch*. Trad. de Boris Schnaiderman. São Paulo: Ed. 34, 2006.
- URUGUAY. *Lei 9.414 de 29 de junio de 1934, Código Penal*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/penaluru.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2014.
- VARGA, Andrew C. *Problema de bioética*. Trad. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Ed. Unisinos, RS, 2001.
- VIDELA, Mirta. *Los derechos humanos en la bioética: nacer, vivir, enfermar y morir*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- VILAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do final da vida*. Rio de Janeiro : Forense, 2005.
- VITULIA, Ivone. Ciência e pesquisa: entre direito e à saúde e tutela da vida. *Boletim da Saúde*, Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 53, 2010.