

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

LARISSA PIMENTEL GONÇALVES VILLAR

**VIDA E MORTE: CONSENSOS E DISSENSOS BIOCONSTITUCIONAIS EM
RELAÇÃO AO DIREITO À TERMINALIDADE DO EXISTIR**

Rio de Janeiro
2013

LARISSA PIMENTEL GONÇALVES VILLAR

**VIDA E MORTE: CONSENSOS E DISSENSOS BIOCONSTITUCIONAIS EM
RELAÇÃO AO DIREITO À TERMINALIDADE DO EXISTIR**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito
pela Universidade Estácio de Sá.

Orientadora: Professora Doutora Edna Raquel Hogemann.

Rio de Janeiro
2013



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**VIDA E MORTE: CONSENSOS E DISSENSOS BIOCONSTITUCIONAIS EM
RELAÇÃO AO DIREITO À TERMINALIDADE DO EXISTIR**

elaborada por

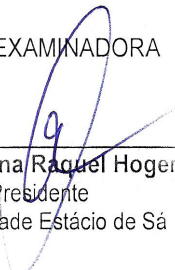
LARISSA PIMENTEL GONÇALVES VILLAR

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 28 de Fevereiro de 2013

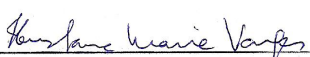
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dra. Edna Raquel Hogemann
Presidente
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Vinicius Scarpi
Universidade Estácio de Sá



Profa. Dra. Hustana Maria Vargas
Universidade Federal Fluminense

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é resultado de longa e arduosa trajetória, na qual eu não conseguiria enfrentar sem o auxílio e a colaboração de muitas pessoas especiais. Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela imensa proteção e por ter-me dado forças para persistir sempre e sempre.

Aos meus amados pais, minha irmã e minha querida avó que, com paciência ilimitada, me compreenderam e me auxiliaram em todas as necessidades.

À minha amiga Karen Melo Brandão Assis que, acreditando em mim, me incentivou a fazer este Mestrado.

Ao meu tio Celso Pimental Barata, por toda ajuda e apoio incondicionais.

À amiga Maria Tereza Sobral Valusek, pela colaboração nas horas difíceis.

Aos amigos de Mestrado, Juliana Monteiro Full, Ana Paula Pinto de Souza, Claudia Serpa, Simone Alvarez e Larissa Pochman, cuja amizade quero levar para o resto da vida.

À professora Dra. Maria Teresinha Pereira e Silva, pela paciência, proporcionando-me tranquilidade; pelo envio dos inúmeros textos, artigos e indicações de leitura; pelos conselhos; pela experiência e por me ajudar a levar a dissertação a bom termo.

À professora e orientadora Dra. Edna Raquel Hogemann, pela generosa acolhida em difícil momento do Mestrado, por seus ensinamentos, revisões, indicações ao longo de todo o trabalho.

A todos aqueles que compreenderam minhas angústias, criticaram meu trabalho, motivaram os meus dias e alimentaram os meus sonhos.

*Não pode haver dignidade possível nem livre-
arbítrio sem plena liberdade.*

*Ninguém é dono de sua vida, se não tiver o direito
de renunciar a ela.*

Ramón Sampedro

RESUMO

Esta dissertação toma como objeto o reconhecimento da morte digna como direito fundamental, no ordenamento jurídico pátrio, no intuito de trazer o tema para o centro das discussões acadêmicas e suprir lacunas na produção científica a respeito. O objetivo específico é analisar, à luz dos princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, se os indivíduos que se encontram na condição de doentes terminais, ou em estados clínicos considerados irreversíveis, possuem o direito de antecipar sua morte, em razão de estarem acometidos por dores físicas e psicológicas consideradas insuportáveis. A vida é direito consagrado na Constituição da República; da mesma forma, a autonomia da vontade é pressuposto essencial para que cada indivíduo desfrute de sua vida com dignidade. Nesse contexto, enfrentam-se questões que envolvem o confronto entre a autonomia da vontade e o direito absoluto à vida, tendo em vista esclarecer questões complexas atinentes à vida e à morte digna. A tutela da morte digna exige a implementação de critérios e parâmetros que regulem a aplicação de métodos como a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido, sem que estes gerem sofrimento ao paciente e imputação de punibilidade criminal àqueles que venham a utilizá-los. Busca-se contribuir para a construção de uma cultura médica e jurídica que, valorizando a dignidade e as condições especiais de cada paciente em estado terminal ou em situação irreversível, consiga avaliar, com segurança, a possibilidade de empregar métodos de abreviação da vida.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; dignidade da pessoa humana; autonomia da vontade; direito à morte digna

ABSTRACT

This dissertation takes as object the recognition of death with dignity as fundamental right, in the homeland, legal system in order to bring the issue to the heart of academic discussions and fill gaps in the scientific literature about it. The specific objective is to analyze, in the light of the principles of autonomy of will and dignity of the human person, whether individuals who are in condition of terminally ill, or in clinical States considered irreversible, have the right to anticipate his death, as a result of being affected by physical and psychological pain considered unbearable. Life is a right enshrined in the Constitution of the Republic; Similarly, the autonomy of the will is essential for assumption that every guy enjoy his life with dignity. In this context, we face issues involving the conflict between the autonomy of the will and the absolute right to life, in order to clarify the complex issues related to life and death with dignity. The tutelage of dignified death requires the implementation of criteria and parameters that govern the application of methods such as ortotanásia, euthanasia and assisted suicide, without which these generate patient suffering and imputation of criminality those criminal who may use them. We seek to contribute to the construction of a medical and legal culture that, valuing the dignity and the special conditions of each patient in a terminal or irreversible condition, able to assess with certainty the possibility of employing methods of abbreviation of life.

Keywords: fundamental rights; dignity of the human person; autonomy of the will; right to die with dignity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
------------------------	-----------

CAPÍTULO 1- FUNDAMENTOS À ANÁLISE DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

1.1.A vida como direito soberano.....	12
1.2.A vida como valor subjetivo.....	19
1.3.Os direitos fundamentais que integram a plenitude do direito à vida.	28

CAPÍTULO 2- A AUTONOMIA DA VONTADE SOBRE A PRÓPRIA VIDA

2.1.Conceito e limites da autonomia da vontade	35
2.2.A autonomia da vontade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.....	44
2.3.A autonomia da vontade e o princípio da beneficência: embate entre a vontade do paciente e a obrigação legal do médico.....	48

CAPÍTULO 3- A TERMINALIDADE DA VIDA:O DILEMA DA PRÓPRIA MORTE COMO SOLUÇÃO

3.1 A relação do homem com a morte e com o sofrimento.....	57
3.1.1.A vida para os pacientes em estágio terminal.....	62
3.1.2 A vida para os portadores de paraplegias irreversíveis.....	65
3.1.3.A vida para os pacientes de doenças psíquicas.....	67
3.1.4 A vida para os pacientes que sofreram amputações.....	68
3.2 As técnicas de abreviação da vida.....	69
3.3 A visão do Estado.....	74

CAPÍTULO 4- DO DIREITO À MORTE DIGNA

4.1.A sociedade e a morte.....	79
--------------------------------	----

4.2.A tutela do Estado ao direito à morte digna à luz do princípio da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana.....	82
4.3. As características da morte digna e ponderação de direitos.....	87
4.4.A morte digna no Direito Comparado.....	93
CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

A vida é o direito humano mais precioso: definida como bem inalienável, impenhorável e indisponível. Nessa linha de pensamento, a Constituição assegura o direito à vida, como expressão da dignidade e condição necessária para o gozo da plenitude de todos os direitos, merecendo tutela à luz de determinados valores e princípios. Direito absoluto, impõe à coletividade respeito e proteção¹.

Sob o ponto de vista cultural, o significado da vida vai além dos limites da ciência e iniciativas no sentido de interrupção da vida causam estranheza e incômodo.

Morte, por sua vez, representa o fim da vida. Trata-se de evento natural, inevitável a todo homem; porém, indesejado.

Vida e morte são temas intrinsecamente ligados, embora repletos de consensos e dissensos, eis que representam lados opostos da mesma moeda e estão impregnados de valores sociais, culturais, religiosos e, por óbvio, de subjetividade.. Em outras palavras, cada indivíduo constrói o significado da vida e da morte, a partir das experiências pessoais, em convívio com os semelhantes, ao longo da existência.

Nesta dissertação, confere-se relevo à problemática que envolve indivíduos que se encontram na condição de doentes terminais, em estados clínicos considerados irreversíveis. Não raro, essas pessoas se deparam com sofrimentos físicos ou psíquicos insuportáveis, a tal ponto que a antecipação da morte passa a ser voluntariamente almejada.

Tomando como referencia esse dilema de elevada complexidade, o estudo se orienta para o intuito de enfrentar o questionamento se a vontade de interromper a própria vida deve ou não ser tutelada pelo direito?

De pronto, cumpre esclarecer que não se tratará do suicídio, ato pelo qual o sujeito, com livre e espontânea vontade, interrompe sua vida; eis que o objeto de reflexão envolve aqueles casos em que os indivíduos, estando ou não em fase terminal, não suportam mais suas vidas e entendem a morte como forma de libertação de sofrimento degradante, sem que seus cuidadores sejam punidos pelas leis.

Dividida em quatro capítulos, a dissertação tem por principal objetivo, analisar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, se o desejo de morrer

¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

merece a mesma proteção atribuída aos direitos de personalidade do homem, configurando-se como nova espécie de direito: o direito à morte digna.

No primeiro capítulo, confere-se prioridade às reflexões sobre o direito fundamental à vida, examinando-se os principais pressupostos teóricos que contribuíram para que, ao longo da história, a vida fosse incorporada aos sistemas jurídicos, como direito soberano. No contexto das discussões sobre o direito à vida, também se questiona o seu caráter subjetivo, enquanto valor.

Como é cediço, a humanidade tem em seu histórico eventos de morte em massa, gerados por conflitos armados, grandes guerras, pestes e fenômenos naturais, os quais alcançaram relevância perante a comunidade internacional, em especial, a partir de meados do século XX. O histórico de tantas mortes deu lugar à mudança de entendimento de instituições nacionais e supranacionais, que passaram a se preocupar com formas de proteger a vida, seja através da proibição de tratamentos discriminatórios, tratados de paz, programas de saúde preventivos, programas de alertas de catástrofes, dentre outros.

Tais medidas práticas são o resultado do advento do conceito de dignidade humana, tema incluso em diversas constituições que, acima de tudo, têm por principal característica a proteção à imagem, à honra, aos direitos e à integridade física e psíquica de cada ser humano. Nessa senda, a dignidade da pessoa humana tornou-se o norte e o princípio basilar dos ordenamentos jurídicos dos diferentes países. .

Dentre os principais direitos inerentes à garantia do gozo de uma vida digna encontra-se a autonomia da vontade, tema discutido no segundo capítulo do presente trabalho. A autonomia da vontade, seu conceito, seus limites e sua correlação direta com o princípio da dignidade humana são temas que, contrapostos ao direito à vida, abrem espaço aos principais maiores embates da doutrina jurídica, por meio dos quais se busca esclarecer se a autonomia da vontade do sujeito poderia sobrepor-se ao direito à vida, especialmente nas situações em que o indivíduo, não desejando mais viver, requer a antecipação de sua morte.

Em complemento, no segundo capítulo, enfrenta-se o embate entre a vontade do paciente, e a decisão médica, apresentando os princípios do biodireito e da bioética, vislumbrando no princípio da beneficência um horizonte para dirimir tal conflito.

O terceiro capítulo trata da terminalidade da vida, no contexto da relação que o homem desenvolveu com a morte e com o sofrimento ao longo da história. No mesmo capítulo, apresentam-se quatro distintas situações para compreensão do desejo pela morte, a saber: pacientes em estágio terminal, portadores de paraplegias irreversíveis, acometidos por doenças psíquicas e vítimas de amputações de partes de seus corpos.

As formas de abreviação da vida, tais como a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido também são explicadas, e igualmente, apresentam-se as hipóteses em que a lei pátria autoriza e aquelas em que a lei veda tais práticas.

A posição do Estado em relação às técnicas de antecipação da morte também é objeto de análise, esclarecendo-se os dispositivos legais proibitivos e os permissivos de cada técnica no intuito de abreviar a vida dos sujeitos.

Por fim, no último capítulo, trata-se do direito à morte digna. Diferente do direito de morrer, acredita-se que a morte, por ser evento relevante da vida, deve ser experimentada com dignidade, ou seja, sem dor e nem sofrimentos. Ainda neste capítulo, o tema é focalizado à luz do direito comparado, em evolução da história do direito em outros países, o que é substancial para o entendimento pátrio sobre o tema.

Devido a sua abrangência e complexidade, não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas compreender a morte digna como direito fundamental do homem, sob o prisma do princípio da autonomia privada e da dignidade humana.

I- FUNDAMENTOS À ANÁLISE DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

1.1 A vida como direito soberano

O rol dos direitos humanos está nos primeiros artigos da Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, contrastando com a legislação antecedente, de 1967, outorgada em plena Ditadura Militar, período marcado por diversas atrocidades e desrespeito à vida humana. Trata-se de fato histórico relevante, porque trata o homem como prioridade no Estado Democrático de Direito.

Mais precisamente, o direito à vida encontra-se previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal vigente², que garante a “inviolabilidade do direito à vida” tanto para brasileiros quanto a estrangeiros residentes no país.

Como sublinhou TAVARES³, “trata-se do mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado.” No entendimento de Silva⁴, o direito à vida constitui um supra-direito, pois, de nada adiantaria a Constituição assegurar quaisquer outros direitos fundamentais, como, por exemplo, a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana entre esses direitos... Afinal, apenas uma pessoa viva pode exercer os citados direitos.

Por sua relevância, a vida é apresentada antes dos demais direitos previstos no *caput* do citado artigo 5º. Destacada em primeiro lugar, antes do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, constitui direito individual, previsto no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Trata-se de cláusula pétreia, não podendo sofrer qualquer tipo de emenda tendente a suprimi-lo, nos termos do artigo 60, §4º, IV da Carta Magna⁵.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 527.

⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.197

⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais

DANTAS⁶ reforça que, devido à supremacia da Constituição em face das demais normas jurídicas, o Poder Legislativo não terá jamais poder para aniquilar ou limitar o direito à vida, a menos que autorizado por nova Constituição. Nesse sentido, é possível supor que o aborto, a eutanásia e qualquer outra forma de supressão da vida, dificilmente encontraria guarida na ordem constitucional pátria.

O direito à vida é direito subjetivo, uma vez que seu titular tem o inegável direito de existir pelo simples fato de ser humano. De acordo com CANOTILHO⁷, o direito subjetivo consagrado por norma fundamental implica relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito, pois “1- O indivíduo tem direito perante o Estado a não ser morto por este (proibição de pena de morte legal); 2- O indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos, que devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém”.

Dessa concepção deriva o dever fundamental de cada cidadão brasileiro respeitar a vida alheia.

Por outro lado, a Constituição da República, ao tratar do direito à vida, não definiu o que deve ser considerado como “vida”. Considerando que o legislador constituinte não se pronunciou acerca do conceito, em regra, é comum admitir-se que o início do direito à vida é questão biológica, havendo algumas teorias que explicam seu momento inicial de proteção jurídica.

TAVARES⁸, ao tratar do assunto, destaca: a) teoria da concepção, pela qual se defende a existência da vida humana desde o momento da concepção uterina; b) teoria da nidação, que exige a fixação do óvulo no útero; c) teoria da implementação do sistema nervoso que requer o surgimento do sistema nervoso central, não bastando a individualidade genética, sendo necessário que o feto apresente alguma característica exclusivamente humana; d) teoria dos sinais eletroencefálicos, para a qual a vida tem início após oito semanas de gestação.

Em comum a todas essas concepções, merece realce o fato de que, depois de unido o óvulo ao espermatozóide, não é mais o organismo materno que comanda a evolução do óvulo, pois é o novo ser que impõe suas regras ao corpo da mãe, que é apenas sua hospedeira, para se desenvolver até o nascimento. Sendo assim, o embrião é detentor de unicidade e irrepetibilidade, características próprias de seres humanos.

⁶ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 126.

⁷ CANOTILHO Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Almedina: Coimbra, 1993, p. 18

⁸ TAVARES, *op. cit.* p. 529.

Quanto ao final da vida (e da personalidade jurídica), este é dado pela morte apurada consoante critérios definidos pela medicina legal e caracterizada com a exalação do último suspiro.⁹

O direito de morrer com dignidade ou a organização da própria morte pela pessoa é, no mais das vezes, apresentado como faceta do direito à vida, o qual, segundo BITTAR¹⁰, sobrepõe-se à autodeterminação da vida privada. O direito à vida é protegido como bem objetivo, valor em si mesmo. Radicam nesse ponto, conforme SAMPAIO¹¹, argumentos contra o reconhecimento de um direito à morte, uma vez que a vida é um bem indisponível, ainda que o seu titular acredite, diante circunstâncias concretas, que a morte seria melhor do que viver.

Sob uma perspectiva teológica, a vida, por ser presente divino, não poderia ser abreviada, sob pena de desrespeito a Deus, degradando princípios caros à humanidade, corroendo sua própria espiritualidade e a “energia cósmica.” Além disso, segundo MAGALHÃES¹², o dom da vida é dotado de finalidade própria, que é exigência do amor: servir aos demais. O homem que não ama, desumaniza-se, na medida em que foi criado para amar. E, nesse sentido, o primeiro serviço que presta é o de conservar a própria vida, que atende ao instinto de autoconservação, devendo, por isso, buscar os meios necessários de sobrevivência e vida saudável.

Como se depreende do exposto, não raro, a vida tende a ser explicada e valorizada, não por sua dimensão biológica, eis que se privilegiam aspectos religiosos e filosóficos, vinculados à moral tradicional, através da qual a vida humana possui caráter sagrado, independentemente de sua forma (feto, criança, adulto, idoso). Esse respeito à vida é algo arraigado na consciência da maioria dos seres humanos, em nossa cultura. Neste sentido, qualquer violação ao direito à vida é antissagrado em qualquer faixa etária, tendo em vista a igualdade na qualidade de ser humano.

Completando este raciocínio, HOGEMANN¹³ sublinha que “para os religiosos, a conservação e a prosperidade da vida humana revelam-se de fundamental importância, pois acreditam que a não conservação e a não prosperidade representam uma ofensa ao que é um

⁹ Vale ressaltar que existe no ordenamento jurídico pátrio o instituto da morte presumida, mas o tema extrapola o escopo da Dissertação.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p.70.

¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey 1998, p. 352,

¹² MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104

¹³ HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. *O princípio do valor intrínseco da vida humana e seus limites. Juris poiesis*. Rio de Janeiro: Estácio de Sá. Ano 11, nº 11, 2008, p. 198.

produto divino do Criador.” Em outras palavras, o Criador ficaria profundamente ofendido se, aquele para quem forneceu a vida, se desfizesse dela.

Sob a ótica do direito privado, o nascimento com vida marca o início da personalidade jurídica de um ser humano, nos termos do artigo 2º do Código Civil vigente.¹⁴ BEVILÁQUA¹⁵ elucida que “a personalidade constitui o conjunto dos direitos atuais ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser.” Vale ressaltar que, apesar de não aparecer expressamente no Código Civil, a vida é um direito da personalidade devido ao fato de o Brasil adotar a teoria do direito geral da personalidade.¹⁶

A personalidade jurídica constitui dado natural, visto que todo homem é uma pessoa. Nessa linha de raciocínio, MAGALHÃES¹⁷, lembra que onde há um ser humano, há uma personalidade jurídica a ser protegida. Não é o direito positivo quem determinar quem é ou não é pessoa. Independentemente de surgirem leis que considerem a autonomia da vontade diante da vida, seja referente à questão do aborto, seja referente à ortotanásia, a realidade é que essas seriam de difícil utilidade prática, uma vez que não haveria lei que tiraria do ser humano o que lhe é essencial; ou seja, a vida.

DINIZ¹⁸ ressalta a inviolabilidade e irrenunciabilidade do direito à vida, tratando-a como direito supremo e absoluto, o qual condiciona os demais direitos da personalidade e não pode ser violado por qualquer ato dos Poderes Públicos, merecendo proteção até mesmo de atos advindos de seu titular.

Na mesma linha de interpretação, BRANCO¹⁹ entende que o direito à vida é imponderável. Caso não houvesse certeza do sacrifício de uma vida humana, o direito à vida teria valor maior do que outro direito. Além disso, conforme o autor, o Estado não tem o poder de ponderar vidas, sobretudo com outros direitos fundamentais (nem mesmo com a própria dignidade humana), e tomar deliberações que importem o sacrifício de existências humanas. Este raciocínio encontra respaldo no teor do artigo 3º, IV, da Constituição Federal,

¹⁴ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1953, p. 80.

¹⁶ Vide doutrina de De Cupis e Gangi, que classificam a vida como um dos direitos da personalidade. O Brasil absorve a teoria do direito geral da personalidade, não tipificando taxativamente tais direitos. “A Constituição brasileira, em vigor, edifica o direito geral da personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz que consiste no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitucional fundamental forma um conjunto de sustentação do direito geral de personalidade brasileiro e, também, informam os direitos especiais de personalidade.” (SZANIAWSKI. Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p120)

¹⁷ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 154

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva 2009, p. 98.

que estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República brasileira: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Nessa linha interpretativa, o direito do paciente terminal à vida, mesmo idoso, precisa ser respeitado. MELLO²⁰ ressalta que, historicamente, “está registrado que o reconhecimento da dignidade das crianças, dos velhos, dos pobres e dos doentes já era reconhecida pelas leis de Manu, na Índia”.²¹

ASCENÇÃO²², assume posicionamento diferente do de DINIZ, anteriormente mencionado, vez que trata o direito à vida, tratando-o com relatividade, nos seguintes termos: “não há absolutos no Direito. A vida também não o é. O Direito tem de aceitar a relatividade da vida; bem como a verdade muito simples, mas que o dia a dia faz por ignorar, que, no ponto de vista individual, toda vida é a aproximação da morte.” Contudo, daí não decorre que a vida esteja à disposição individual. Vale recordar que o suicídio é proibido, apesar de não ser um tipo penal, diante da inutilidade normativa (não é possível apenas uma pessoa morta), não deixa de ser ato ilícito.

A esse respeito, é válido destacar a observação de MÖLLER²³, entre outros doutrinadores, quando reitera a fundamentalidade do direito à vida. Não se deve compreender a existência de um dever à vida, pois o que este direito implica, na verdade, são deveres de abstenção ou de prestação, por parte do Estado. Este direito não é preponderante apenas pelo fato de ser fundamental, afinal de contas, o direito à liberdade também é fundamental e igualmente previstos na Constituição Federal, ambos não podem ser considerados direitos absolutos.

Na seara penal, a vida encontra-se protegida em diversos artigos que punem o crime de homicídio em diferentes graduações, como se depreende do prescrito nos artigos 121 ao 128, que incluem como crimes: homicídio simples; homicídio qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio; aborto, sendo a vida o primeiro direito digno de proteção a ser citado na Parte Especial do Código Penal. A eutanásia é incluída no artigo 121, §1º.²⁴ ²⁵

²⁰ MELLO, Gustavo Miguez de. *Direito fundamental à vida*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier latin, 2005, p. 265.

²¹ Na Índia, as Leis de Manu, de origem antiga, declaram sem rodeios: "As crianças, os velhos, os pobres e os doentes devem ser considerados como os senhores da atmosfera".

²² ASCENÇÃO, José Oliveira. *A terminalidade da vida*. In:Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, p. 156.

²³ MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 145.

²⁴ Caso de diminuição de pena

Por seu turno, o direito à ortotanásia não é objeto de debate pacífico, uma vez que é considerada por muitos como aviltamento ao direito à vida. SOUZA²⁶, por exemplo, afirma que, no direito contemporâneo, tem-se bastante ampliada a proteção à vida humana. e acrescenta que hoje, não se fala mais somente na proteção dos nascituros, eis que se busca proteger a vida como direito fundamental do homem. Desse modo, há dificuldade em afirmar com certeza se a ortotanásia seria uma afronta a esse direito fundamental.

Além de prevista na Constituição Federal e em leis ordinárias, a vida encontra-se presente no artigo 4º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, da qual o Brasil é signatário desde 1992.

Nos limites desta dissertação, é importante ressaltar o item 1 deste artigo²⁷, que dispõe:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

A mencionada Convenção foi recepcionada pelas leis brasileiras. Conforme SOUZA²⁸ (2005, p. 159), não se pode aceitar que prospere no ordenamento jurídico pátrio nada que venha contra o direito à vida, constitucionalmente assegurado como direito inviolável. Além disso, não se pode deixar de observar que os direitos humanos fundamentais não são constituídos; isto é, não são outorgados por uma Assembleia constituinte aos cidadãos, mas declarados, visto que preexistem ao Estado e são decorrentes da própria dignidade da pessoa humana.

É pertinente observar que o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal²⁹, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, declarou que tratados sobre direitos fundamentais ingressariam no ordenamento jurídico nacional como cláusulas invioláveis. Com esse fundamento, o Pacto de São José foi introduzido no ordenamento jurídico como norma constitucional.

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

²⁵ Ressalta-se que nesta dissertação não se trata exatamente da eutanásia, mas do direito à morte digna das pessoas em estado clínico irreversível, ou seja, a ortotanásia, que é conduta que o Código Penal desconhece, ou seja, é atípica, uma vez que trata da não intervenção no processo natural de morte.

²⁶ SOUZA, Rosinete Silva de. *Eutanásia: morte digna ou homicídio?* 11 de outubro de 2011. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6651. Acesso em 06 de junho de 2012, p. 158.

²⁷ Os demais itens do artigo tratam sobre vedação à pena de morte.

²⁸ SOUZA.*op.cit.*

²⁹ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Trazendo a reflexão para o objeto específico da Dissertação, vale refletir se a decisão sobre o tratamento de um paciente terminal, ainda mais quando ele não puder se expressar, é, ou não, uma decisão arbitrária, o que é vedado por esta Convenção, que proíbe qualquer conduta contrária, de acordo com os artigos 1º e 2º³⁰. Além disso, mesmo reconhecida à autonomia do paciente, não há que se esquecer a irrenunciabilidade e a indisponibilidade do direito à vida. Entretanto, conforme CORDEIRO³¹ esse não é motivo para justificar o prolongamento exagerado e interminável de um tratamento (obstinação médica), haja vista a irreversibilidade do estado do paciente e o prolongamento de seu sofrimento físico e mental. No caso de ortotanásia, não se trata de morte arbitrária; mas de “morte digna”. Sob essa perspectiva de análise, pode-se entender que não viola o citado artigo da Convenção.

Quando se fala em morte arbitrária, não se faz referencia apenas a matar alguém, pois o suicídio não deixa de ser uma espécie de morte arbitrária, uma vez que, de acordo com MAGALHÃES,³² ofende-se ao amor devido a si mesmo e, conseqüentemente, as virtudes da caridade e da justiça, pois o primeiro amor ao próximo implica o amor à própria vida. Assim compreendido, o suicídio constituiria grave ofensa às leis morais.

No campo filosófico, convém trazer à tona o entendimento de AGAMBEN³³, para quem “a soberania do vivente sobre si mesmo configura, como a decisão soberana sobre o estado de exceção, um limiar de indiscernibilidade entre exterioridade e interioridade, que a ordem jurídica não pode nem incluir, nem vetar e nem permitir.” Para esse autor, a soberania do homem sobre sua vida deve corresponder à fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico, podendo ser interrompida sem que se cometa homicídio. A categoria jurídica de “vida sem valor” corresponde à vida nua do *homo sacer*.

Ressalta-se que AGAMBEN não trata da ortotanásia, mas da eutanásia; porém, o que depende do exposto é a exaltação da soberania do direito à vida, cujo dono é o ser vivente e

³⁰ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

³¹ CORDEIRO, Marina. *O direito de morrer dignamente*. 27 de abril de 2012. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/porta/conteudo/o-direito-de-morrer-dignamente>. Acesso em 29 de abril de 2012.

³² MAGALHÃES, op.cit.p.32

³³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 132.

uma vez que a vida deixa de ter valor jurídico e a própria família e/ou o doente deseja a “morte com dignidade”, o Poder Judiciário não deveria negar essa possibilidade (embora não deva deixar de apreciar um pedido acerca disso), tendo em vista a perda do valor jurídico.

Nem sempre o doente em estado clínico irreversível deseja viver. Não é questão de suicídio, mas de evitar a obstinação terapêutica, que conforme BAUDOUIN e BLONDEAU³⁴ é “uma prática médica excessiva e abusiva, decorrente diretamente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como o fruto de uma teimosia de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa do doente. A obstinação terapêutica é atentatória à dignidade humana.” Deve-se ter em vista o que o doente pensa sobre o estado clínico que vivencia e analisa se um tratamento deve ou não ser interrompido; afinal de contas, a vida possui valor subjetivo, variando entre as pessoas.

1.2 A vida como valor subjetivo

Desde a década de 1980, as discussões sobre qualidade de vida alcançaram espaço na mídia. Jornais e programas de televisão aconselham leitores e telespectadores sobre atitudes para melhorar a saúde e qualidade de vida. Contudo, quando perguntadas, as pessoas divergem sobre o que vem a ser “qualidade de vida”. Há quem diga que tal conceito se relaciona com a superação de desafios, relacionados à saúde, ou aos afetos e até ao trabalho. Outros dizem que é viver feliz, de modo que as atividades cotidianas não atrapalhem seus relacionamentos.

No Brasil, existe a Associação Brasileira de Qualidade de Vida, fundada em 1995, organização sem fins lucrativos, que tem como objetivo básico estimular ações e programas de qualidade de vida, em ambientes corporativos. Entretanto, a mencionada Associação vai além do ambiente corporativo, apontando para hábitos que supostamente aprimoram a qualidade de vida em todos os aspectos, não apenas no laborativo, pois alcançam dimensões como alimentação saudável e atividade física.

Lyndon Johnson, presidente dos Estados Unidos, foi a primeira pessoa a utilizar a expressão “qualidade de vida”, ao declarar, em 1964, que “os objetivos não podem ser

³⁴ BAUDOUIN e BLONDEAU *Apud* AGAMBEM, op.cit. p. 72

medidos através do balanço dos bancos. Eles só podem ser medidos através da qualidade de vida que proporcionam às pessoas.”

DE ROSE³⁵, autora de método que busca trazer bem-estar, afirma que qualidade de vida implica “manter um padrão de gastos dois degraus abaixo do que você pode ganhar. É residir próximo ao trabalho, é alimentar-se bem, é extrair satisfação de todas as coisas, é gastar o tempo dando atenção aos amigos, é dar flores à pessoa amada e não se deixar abalar pelos percalços da vida.” Como se pode depreender, para a autora, qualidade de vida está conectada com o ideal de felicidade e conforto.

Por seu turno, o Grupo de Qualidade de Vida da Divisão de Saúde Mental da Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu qualidade de vida como “a percepção do indivíduo de sua posição na vida no contexto da cultura e sistema de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações.”

Como é cediço, o termo tem sido muito utilizado ultimamente, sem consenso sobre sua definição, eis que se trata de valor subjetivo, que varia de pessoa para pessoa. Eis porque se verifica dificuldade ao legislador no intento de definir um direito à vida, relacionado a todos os ideais de qualidade de vida de cada indivíduo.

ALONSO³⁶ afirma que as pessoas estão abertas aos sentimentos. Através de processo cognoscitivo, a inteligência traz para dentro da pessoa aquilo que a circunvolve e autoconhecimento. A pessoa abre-se à própria vida, que ela forja, projeta e constrói livremente, em processo de construção da própria biografia. “E tudo isso vai deixando dentro dela, um núcleo interior ou âmago de intimidade onde se encontra na sua forma mais genuína. Trata-se do chamado coração ou consciência, onde está a fonte de agir.”

Essa é a dinâmica da vida, que envolve o princípio vivificador humano, que os religiosos costumam chamar de alma. Tal construção pessoal cria as percepções a respeito de diversos assuntos, inclusive sobre o significado da vida.

Vale frisar que natureza humana não se confunde com suas atividades, ou manifestações vitais de seus órgãos, eis que se encontra relacionada à essência, à consciência da pessoa sobre a realidade e persiste, mesmo quando o portador se encontra doente.

Do ponto de vista teórico, inicialmente, o direito à vida, tratado como de cunho individualista, com o avanço doutrinário e jurisprudencial, obtém alcance mais expressivo,

³⁵ DE ROSE. *Método de Rose*. Disponível em: <http://www.metododerose.org/qualidade-de-vida/>. Acesso em 31 de agosto de 2012.

³⁶ ALONSO, Félix Ruiz. *A Inviolabilidade da vida*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 409

com a inserção da ideia de dignidade da vida humana, sob o pressuposto de que não basta estar vivo; a vida precisa ser digna.

Com base nessa premissa, qualquer lei que trate do direito à vida tem por fito dar solução jurídica a problemas extremamente complexos em diversos aspectos. MOREIRA³⁷ explica que as questões subjacentes a tais dispositivos envolvem ideias, convicções, sentimentos e juízos de ordem biológica, filosófica, religiosa, política e até mesmo econômica. Assim, “não é de surpreender que a ciência do direito se haja deixado enredar numa intrincada malha sempre que procurou dar ao fenômeno enquadramento técnico.”

Sendo “vida” e “qualidade de vida” conceitos heterogêneos em nossa sociedade, não há como impor um ponto de vista particular a outra pessoa ou grupo.

A esse respeito, algumas teorias, como a contratualista de Rousseau (abordada em “O Contrato Social”) e de Hobbes (exposta em “O Leviatã”) são insuficientes para embasar a ordem jurídica, visto que trazem a lume os direitos calcados na razão individual, com o conseqüente relativismo das normas, de acordo com a visão particular e do consenso democrático; ou seja, pelo acordo de vontade sobre quais direitos serão reconhecidos. Segundo MARTINS FILHO³⁸, tais teorias justificam a obrigação de respeito à quase totalidade das leis promulgadas, havendo a participação direta ou indireta (democracia representativa) no processo de elaboração das leis, ficam todos os que dele participam vinculados ao resultado, mesmo que não seja o que defenderam.³⁹ O autor prossegue explicando que o consenso não acontece no que se refere aos direitos humanos fundamentais, pois estes não podem depender (nem dependem) do consenso social, uma vez que “ao contrário do que se sustentava no “O Leviatã” e no “Contrato Social”, deles o homem não abre mão, para fundar qualquer sociedade, mormente o direito à vida. Decorre do exposto que, em se tratando dos direitos humanos fundamentais, apenas as teorias jusnaturalistas ofertam substrato sólido para a sua justificação”, pois reconhecem uma natureza comum a todos os homens, da qual derivam direitos humanos mais básicos.

Apesar dos diversos pontos de vista relacionados ao direito a vida, não seria admissível a elaboração de uma lei que permite matar, quando alguém lhe pede, mesmo que

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito do nascituro à vida. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.114.

³⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Direito do ser humano à vida*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 183.

³⁹ ROUSSEAU afirma que “O cidadão consente todas as leis, mesmo as que são aprovadas contra sua vontade. A vontade constante de todos os membros é a vontade geral. Quando o parecer contrário ao meu prevalece, isto só prova que eu me enganei e que aquilo que eu imaginava ser a vontade geral não o era. Se meu parecer particular tivesse prevalecido, eu não seria livre.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 130.

em respeito à vontade da maioria. Esse ponto de vista particular, ainda que seja a vontade de muitos, não pode prevalecer por contrariar direitos humanos.

Entretanto, não se pode negar que, apesar de todos terem direito à vida e esta ser um direito inalienável e indisponível, que seu valor varia, de acordo com convicções da pessoa; afinal, trata-se de direito conectado à dignidade da pessoa humana, pois o direito à vida, como exposto, não engloba apenas manter-se vivo, mas viver com dignidade. Ressalta-se que não se trata de consenso sobre “matar ou não matar”, mas sobre “viver ou não viver, mesmo sem dignidade”.

BORGES⁴⁰ afirma que a dignidade não constitui valor sociojurídico, cujo conteúdo é absoluto e imutável, visto que só pode ser interpretada a partir de uma pessoa concretamente considerada. Além disso, o conceito de dignidade advém de determinado momento da história do direito do Estado e da sociedade; logo, seu conceito e conteúdo não são absolutos e não se impõem de forma equivalente a todas as pessoas. Ignorar a subjetividade do conteúdo da dignidade é temerário, visto que implica o risco de julgar as pessoas a partir de preconceitos, de crenças religiosas não compartilhadas, de visões de mundo que não são comuns a todos, de regras ultrapassadas pelo momento histórico, negando, assim, um dos valores mais necessários para a convivência nos dias de hoje: a alteridade.

MAGALHÃES⁴¹ relata que Galileu explicava que a fé diz respeito a como os homens chegam ao Céu, enquanto a ciência trata de como andam as coisas no céu; isto é, no mundo material das leis científicas. Esse entendimento sustenta que a análise de uma situação em relação ao direito à vida não deve ser feita com base na fé, tão variável entre os seres humanos, mas deve apoiar-se em bases científicas.

Na atualidade, assiste-se, com frequência, quando se debate o direito à vida e ortotanásia, protestos de grupos religiosos contra qualquer medida que pareça contrariar a vida. Não raro, trata-se de pessoas que jamais acompanharam a triste situação de um paciente terminal, que nunca vislumbrou de perto o sofrimento, as dores, a vida vegetativa de alguém. São pessoas que pretendem ganhar a opinião pública acerca da inviolabilidade da vida, com base em preconceitos, visões de mundo e crenças religiosas, e, dessa forma, interferir no de quem padece de dores e sofrimentos.

⁴⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

⁴¹ MAGALHÃES, *op. cit.* p. 176.

Esse comportamento expressa o desrespeito à alteridade, abordado por BORGES. DWORKIN⁴² entende que o direito de receber tratamento digno supõe o reconhecimento e o respeito aos interesses do ser humano, cuja satisfação tem o condão de tornar suas vidas mais próximas do que desejam, que representam juízos críticos e não apenas meras preferências e prazeres. Tratar a vida como valor religioso, ignorando-se o sofrimento físico e psicológico do doente é também uma forma de atentar contra sua dignidade humana.

MAGALHÃES⁴³ orienta que o intérprete da lei e/ou aquele que está passando por uma situação limite relacionada ao direito à vida deve fugir, tanto do fideísmo, quanto do racionalismo. O primeiro se refere à fé religiosa sem embasamento racional e o segundo se refere à razão sem alicerce na fé. O racionalismo é considerado pelo autor como desvario da razão, que tudo quer entender e medir, sem se perguntar pelas causas primeiras ou sobre a finalidade das coisas e do universo. Por outro lado, o fideísmo gera fundamentalismos e fanatismos de toda ordem.

O valor da vida, na perspectiva da dignidade, é algo extremamente subjetivo, pois a ideia de uma vida digna e boa, algo intuitivo e latente, difere de pessoa para pessoa, conforme exemplifica DWORKIN, uns querem desempenhar papel em um empreendimento; outros preferem viajar e levar diversos estilos diferentes de vida, enquanto que outras pessoas se orgulham de terem criado raízes e de pertencer a um local, a uma religião ou tradição nas quais nasceram.

Dessa forma, pode-se entender que a vida pode ser vivida de diversas formas; afinal, a ideia de vida boa não é uniforme, cada um deseja viver de um modo diferente. Isso equivale a dizer que, diante de uma doença irreversível, são múltiplas as possibilidades de reação. Não é impossível ouvir, por exemplo, de uma modelo, que padece de gangrena, que prefere morrer a viver sem suas pernas, assim como um cantor que vive de sua voz preferir a morte em vez de operar um avançado câncer na garganta e correr riscos de perder sua potência vocal e que, na verdade, nem mesmo a cirurgia iria lhe curar, afinal, pode ter sofrido metástase. Por isso, a ideia de dignidade faz com que a vida tenha valor subjetivo. Entretanto, isso não significa que a vida está à disposição da pessoa, e nem este entendimento leva à conclusão de que o suicídio é permitido. Tratando do assunto, ULPIANO ensinava que ninguém é dono de seu próprio corpo, ao mesmo tempo em que BORJA assevera que “não há um direito de propriedade ou domínio patrimonial do homem sobre seu corpo, nem ilimitado poder de

⁴² DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 79.

⁴³ MAGALHÃES. *Op. cit.* p. 177.

disposição, como o proprietário tinha, no direito romano primitivo, sobre as coisas e sobre certas pessoas, notadamente os escravos.”

Diante de outras situações não relacionadas à terminalidade incontestável da vida, essa tem que ser preservada e o Estado jamais poderia autorizar o contrário, visto que continuar a viver não atentaria contra a dignidade humana do doente. Nesse diapasão, BITTAR⁴⁴ (2004, p. 71) explica que qualquer declaração de vontade do titular no sentido de cercear o seu direito à vida deve ser avaliado como ineficaz e que cabe ao homem perseguir o seu aperfeiçoamento pessoal, mas também contribuir para o progresso geral da coletividade, objetivos alcançáveis ante o pressuposto da vida.

DWORKIN⁴⁵ identifica ligação entre a postura permissiva diante da eutanásia, ortotanásia e a atitude liberal diante do aborto: quem admite o último, geralmente admite aqueles. Alguns acreditam que a eutanásia é condenável em todas as circunstâncias, porque compreendem que eliminar uma vida humana nega seu valor cósmico inerente, como por exemplo, quem pressupõe que a eutanásia e o aborto contrariam a vontade de Deus. A convicção de que a vida humana é sagrada é, provavelmente, a maior base emocional para a oposição aos institutos da eutanásia, ortotanásia, aborto. Em contrapartida, ateus tendem a respeitar mais a autonomia da vontade, uma vez que consideram a vida como simples questão biológica, não criada por alguma entidade superior. Enquanto isso, para os espíritas, de acordo com GLASER⁴⁶, “é equivocado o conceito de ações terapêuticas inúteis, mesmo porque, no entendimento espírita, não existe vida inútil. Se há avanço tecnológico, permitido pelo Alto, deve ele preservar a vida e não banalizá-la.”

Diante da variedade de religiões e da importância da vida para cada uma, a maioria das pessoas pensa que a decisão de manter ou não a própria vida ou a de outrem é pertinente à esfera religiosa. DWORKIN ressalta a necessidade de um debate mais amplo, com menor ligação com a religiosidade e acrescenta: “A pergunta também deve ser feita por pessoas que não são religiosas, ou por aquelas cuja religião não dá nenhuma resposta que se considere apropriada ao mundo contemporâneo. Além do mais, é também uma pergunta política. Não podemos refletir inteligentemente sobre as questões jurídicas e políticas a menos que tenhamos uma compreensão mais compartilhada.”⁴⁷

⁴⁴ BITTAR, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁵ DWORKIN *op. cit.*, p. 275

⁴⁶ GLASER, Abel. *Ortotanásia*. Janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.portalespiritualista.org/artigos-revistas/336-ortotanasia>. Acesso em 08 de junho de 2012.

⁴⁷ DWORKIN *op. cit.*, p. 275

Em uma situação sobre o que fazer diante da terminal idade da vida, deve-se ouvir a opinião não apenas dos religiosos, afinal, trata-se de algo relacionado à política, que pode, inclusive, ter consequência nas legislações futuras.

AGAMBEN⁴⁸, no capítulo 3 de seu livro *Homo Sacer* cujo tema é “vida que não merece viver”, abordou a vida nua e o conceito de vida indigna de ser vivida. Ele cita BINDING, autor com visão (radical) favorável à eutanásia, inclusive, para aqueles com problemas mentais, além dos que nasceram “idiotas incuráveis” ou se tornaram assim, como no caso de paralisia progressiva, pois estas pessoas não têm nem vontade de viver e nem de morrer, não havendo, portanto, razão jurídica, social ou religiosa para vedar a morte desses homens, que são nada mais do que “a espantosa imagem do avesso da autêntica humanidade.”.

A partir dessa citação, compreende-se (embora não se concorde) que, para essas pessoas, a vida não tem qualquer valor, nem mesmo a morte, eis que lhes falta cognição para compreender tanto a vida, quanto a morte. No caso, sugere o autor que a autorização ao aniquilamento deveria partir do próprio doente, se puder fazê-lo, ou de um médico ou de parente próximo. Em seu entendimento, a decisão final deverá ser proferida por comissão estatal, composta por um médico, um psiquiatra e um jurista.

O autor mencionado⁴⁹ indaga: “existem vidas humanas que perderam a tal ponto a qualidade de bem jurídico, que a sua continuidade, tanto para o portador da vida como para a sociedade, perdeu permanentemente todo o valor?”. A resposta, com base no Estado Democrático de Direito é: - claro que não. Independentemente da qualidade de vida de alguém, o Estado tem que defender sua vida. O indivíduo pode estar mal de saúde, pode morrer a qualquer momento, em estado lastimável, mantendo-se vivo por aparelhos. Se, ainda assim, prefere a vida, ninguém deve discutir ou debater sobre este desejo. Se, por outro lado, a pessoa pensa de forma contrária, e não gostaria de viver uma vida com tanto sofrimento, deve-se pensar com prudência. Sobre o assunto, MAGALHÃES⁵⁰ afirma que “a prudência é a mãe de todas as virtudes, eis que determina os meios para se alcançar o bem moral.”.

É difícil não perceber a visão utilitarista de BINDING, que entende que a vida humana deve ser protegida apenas se for útil para a sociedade. Sobre o valor subjetivo da vida, o autor demonstra que está longe de possuir alguma conotação religiosa, fazendo uma comparação entre a morte de pessoas saudáveis e a luta para manter vivas pessoas doentes. Conforme

⁴⁸ AGAMBEN, *op. cit.*, p. 134

⁴⁹ BINDING *apud* AGAMBEN, *op.cit.*, p. 133.

⁵⁰ MAGALHÃES. *op. cit.*, p. 43.

AGAMBEN, o autor sugere que se deve prestar atenção à amargura que é cuidar de doentes com inúteis cuidados, mantendo vidas indignas de serem vividas, até que a natureza traga a morte natural para essas pessoas, o que, contudo, pode demorar muito... Essa postura não é considerada correta, ainda mais quando se imagina um campo de batalha, coberto de jovens mortos onde, por exemplo, uma mina matou centena de trabalhadores. Assim, não há sentido, para o autor, em manter institutos para deficientes mentais e para doentes terminais, pois não há justificativa para dar atenção às vidas sem valor, as quais devem, inclusive, serem avaliadas negativamente.

Essa circunstancia de vida é conceituada por AGAMBEN⁵¹ como a que se aplica aos indivíduos incuravelmente perdidos, por motivo de doença, ferimento, e que, em plena consciência de sua condição (ou seja, não necessariamente pessoas inconscientes ou em coma), desejam a “liberação” e tenha manifestado de algum modo o desejo de morrer.

Atualmente percebe-se na sociedade uma onda de pensamentos utilitaristas, tendentes a desconsiderar a transcendência e valores e concentrar-se apenas no que é imediato, ou seja, no utilitarismo. De acordo com LEÃO JUNIOR⁵², a vida humana, sob o ângulo individual e social, deixa de ser considerada em sua dimensão de dignidade própria e inalienável e passa a ser considerada em perspectiva utilitária, ou seja enquanto passível de retorno financeiro e indesejado quando traz despesas.

Como é cediço, no mundo contemporâneo há correntes ideológicas, atreladas a interesses econômicos e de poder em todas as suas dimensões, os quais, por coerência, desprezam os segmentos em situação de inferioridade, mais frágeis, o que se aplica igualmente às condições de vida. Nessa perspectiva de análise, vida de pessoas doentes e/ou idosos é menos valiosa ao processo de produção, eis que, além de menos rentável, representa ônus para a Previdência Social e para os planos de saúde. A ideologia utilitarista tende a reduzir o homem uma condição de objeto de consumo, o que afeta, principalmente, aqueles que se encontram no início e no final de sua existência.

ALBUQUERQUE⁵³ elucida que uma das características mais evidentes do utilitarismo é o economicismo, pois hierarquiza como melhor solução a que se mostra economicamente mais desejável. Conforme suas palavras textuais, “justamente quando se estaria mais frágil em razão de uma doença, e, curiosamente, menos útil e menos produtivo, quando talvez mais necessitasse de proteção, e auxílio, o cidadão encontra no Estado o apoio para matar-se.”.

⁵¹ AGAMBEN.*op. cit.*, p. 134.

⁵² LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira Martins. *O Direito fundamental à vida dos embriões e anencéfalos*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 200, p. 216.

⁵³ ALBUQUERQUE, *op. cit.* p. 471.

O valor subjetivo assume maior dimensão, quando se trata de pessoa cujo quadro clínico é irreversível. Muitos doentes sofrem pela falta de perspectiva de vida, uma vez que ou não mais se levantarão de suas camas, ou dependerão de aparelhos para respiração artificial, ou suprir outras deficiências. De acordo com CORDEIRO⁵⁴, muitos dos que passam por esse sofrimento preferem a morte, chegando ao ponto de solicitar a algum médico ou parente permissão para morrer, seja interrompendo tratamentos ou desligando aparelhos, pois não querem sobreviver da única maneira que lhes resta.

Nesta linha de raciocínio, SERRAVALLE⁵⁵ comenta que, diante de uma situação de estado clínico terminal, “existem aqueles que optam por lutar a qualquer custo e aqueles que desistem de lutar, tendo em vista sua situação irreversível. Estas estão cansadas de viver, e não aguentam mais se sentirem um peso, acompanhados por um enorme sofrimento de ordem física, psíquica ou social, não encontrando mais razão alguma para viver.” Nesse caso, a vida se transforma em tortura. Então, não é impossível que uma pessoa neste estado ingresse em juízo com uma ação pedindo que cessem sua vida com base no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXIV⁵⁶ garante o livre acesso à justiça (que não se confunde com procedência do pleito). É conveniente que o juiz, caso uma demanda relacionada ao deste tipo, referente ao direito à vida, chegue a suas mãos para julgamento, não seja movido por alguma corrente que esteja na moda, animadas por diferentes pretensões de justiça.

No caso do paciente terminal que deseja falecer de forma mais serena, sem ter que ficar ligados a aparelhos, ou submeter-se a tratamentos que, além de penosos, podem ser tecnicamente inúteis para seu quadro clínico, há que se refletir se uma vida de dor e sofrimento deve ou não ser-lhe imposta.

Todavia, outros doentes ainda que com grande limitação, desejam viver até onde for possível, talvez na esperança da descoberta de algum meio de cura, o que também não pode ser desconsiderado. Esse é o valor subjetivo da vida. Enquanto uns querem viver, mesmo com sofrimento, outros não aguentam mais. Alguns defendem o direito à vida como dom divino, outros são ateus e entendem que vida não passa de uma questão biológica. O que orienta esse valor subjetivo é o que o doente entende como vida digna, uma vez que a

⁵⁴ CORDEIRO *op.cit.*, 2012.

⁵⁵ SERRAVALLE, André. *A dignidade da pessoa humana como fundamento para a prática da eutanásia*. 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-dignidade-humana-como-fundamento-para-a-pratica-da-eutanasia/12133/>. Acesso em 29 de abril de 2012.

⁵⁶ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

dignidade da pessoa humana é variável e até mesmo questão de formação cultural, religiosa, educacional.

A partir dessas premissas, passa-se à análise do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3 Os direitos fundamentais que integram a plenitude do direito à vida.

O direito à vida possui duas vertentes, assim expostas por TAVARES⁵⁷: o direito de permanecer vivo, e o direito a um nível de vida adequado; ou seja, digno. Sob esse enfoque, deve-se assegurar o direito de todos a permanecer vivos até que suas vidas sejam interrompidas por causas naturais, o que é feito através de segurança pública, vedação da justiça privada e com o respeito do Estado à vida de seus cidadãos.

É preciso assegurar nível mínimo de vida compatível com dignidade humana, o que inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (artigo 5º, XXIII), ao vestuário, à saúde (artigo 196), à cultura (artigo 215), ao lazer (artigo 217). Porém, no que concerne aos objetivos desta Dissertação, focaliza-se o direito à vida sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal, sua relação com os demais direitos fundamentais previstos no artigo 5º do mesmo diploma legal e a vida como um dos direitos da personalidade.

MARTINS⁵⁸ sublinha que “valores constitucionais constituem o contexto axiológico fundamentador para a interpretação do ordenamento jurídico; o guia para orientar a hermenêutica teleológica da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade.” Assim conceituada, a dignidade da pessoa humana constitui guia de interpretação da ponderação entre direitos, particularmente quando o que está em jogo é uma decisão entre a vida e a morte, quando se busca verificar a legitimidade de determinada conduta médica.

No âmbito privado, o direito à vida é o principal dos direitos da personalidade, que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, com destaque à indisponibilidade, uma vez que se caracteriza como direito à vida e não um direito sobre a vida.

⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 527.

⁵⁸ MARTINS FILHO, *op.cit.* 2005, p. 58.

Conforme exposto, a vida e a dignidade humana caminham de mãos dadas, não havendo hierarquia, uma vez que são normas complementares. A dignidade serviria como elemento caracterizador da vida. Entretanto, NUNES⁵⁹ entende pela superioridade do direito a vida; por outro lado, EKMEKDJAN⁶⁰ comenta que, caso se realizasse enquete sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida, provavelmente, prevaleceria o direito à vida sobre a dignidade, sob o argumento de que, sem a vida, não é possível a dignidade. Todavia, em sentido oposto, pode-se admitir que “Assim como se afirma que sem vida não há dignidade, nos perguntamos se existe vida sem dignidade. Que vida é esta? Era a vida dos escravos, tratados como animais que servem para trabalhar? Biologicamente sim, mas eticamente não”.

SERRAVALÉ⁶¹ assume perspectiva de análise similar, quando indaga: “do que adiantaria conceder a vida, se não são concedidos os meios para a fruição de tal direito?” Ora, não é a mera concessão de um direito que implica a satisfação plena dos indivíduos; é necessário também o acesso aos instrumentos que viabilizem a realização do direito reconhecido. Assim, se a vida não for digna, seu titular não conseguirá exercer plenamente seu direito.

O substrato material da dignidade humana segundo MORAES⁶², pode ser desdobrado como segue: o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; merecedores de respeito à integridade psicofísica de que é titular; dotado de vontade livre e parte do grupo social, do qual não pode ser marginalizado.

Sobre a dignidade, é interessante a compreensão de LEÃO JUNIOR⁶³ ao detalhar que “a dignidade humana decorre da natureza do ser humano, e não de circunstâncias acessórias, adjetivas, como por exemplo, saúde e tempo de existência, pois, do contrário, cairíamos em critérios arbitrários e aleatórios, conforme as conveniências do momento.” Essas fórmulas representariam aviltamento a dignidade humana; ou seja, desrespeito a princípios constitucionalmente erigidos.

Os corolários dessa compreensão são os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral-psicofísica-, da liberdade e da solidariedade e princípios morais

⁵⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

⁶⁰ EKMEKDJAN, *Apud* NUNES, op. cit. p. 52

⁶¹ SERRAVALÉ. *op.cit.* 2008.

⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.85.

⁶³ LEÃO JUNIOR. *op.cit.* 2005, p. 217.

como fortaleza e temperança. MAGALHÃES⁶⁴, salienta que a fortaleza é a virtude moral que nos confere segurança nas dificuldades, firmeza e constância nas adversidades. Divide-se em paciência e coragem. “A paciência leva a suportar as adversidades, males e provações que a vida honesta exige. A coragem impulsiona a lutar para a conquista de bens árduos.” Já a temperança é a virtude moral que modera a atração pelos prazeres e procura o equilíbrio no uso dos bens criados. Assegura o domínio das vontades sobre os instintos. Além disso, racionalidade e liberdade constituem características básicas da natureza do ser humano e são fundamentos de sua dignidade.

A partir desse entendimento, percebe-se que a plenitude da dignidade humana não prescinde do respeito a outros direitos, como autonomia e liberdade. Em termos de cotidiano, a iniciativa de forçar alguém a submeter-se a tratamento indesejado, quanto aplicar tratamentos paliativos para quem deseja a cura, ainda que uma melhora seja teoricamente impossível, pode significar tortura psicológica e até mesmo física.

A rigor, não há fórmula a ser seguida pelo médico perante um paciente terminal, cuja autonomia deve ser respeitada, tanto em prol da manutenção de tratamentos meramente paliativos, quanto a busca de tratamentos para a cura, mesmo que improvável. Por óbvio, em ambas as hipóteses, deve-se levar em consideração o respeito à sua integridade física e psíquica.

Sobre a autonomia, é oportuno trazer à baila as considerações de NALINI⁶⁵, ao expressar que a liberdade positiva garantida pela Constituição ao cidadão favorece a realização plena de suas potencialidades individuais. Por certo, aponta para a liberdade de consciência para crescer até a plenitude possível, mas não para matar a si mesmo ou a outrem. “A autonomia da vontade não significa sua utilização para sacrificar vidas.”

SZANIAWSKI⁶⁶ define o direito à integridade física como “direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios”; e a integridade psíquica como “o dever de ninguém poder causar dano à psiquê de alguém e tem por principal finalidade a proteção do indivíduo contra os atentados praticados contra sua psiquê”.

Nesse passo, a decisão pela “vida” ou morte “correta”, se não respeitada, viola tanto o direito à integridade física e psíquica, eis a relação do direito à vida com estes direitos da personalidade.

⁶⁴ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos Magalhães. *O princípio da dignidade humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86)

⁶⁵ NALINI, NALINI, José Renato. *A vida é*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.521.

⁶⁶ SZANIAWSKI, *op.cit.* p. 467

O Código Civil vigente pode ser considerado lacunoso, devido ao fato de seu artigo 15 simplesmente dispor que “ninguém pode ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” Ora, a pessoa, sem risco ou não, em situação terminal, deveria poder recusar o tratamento, talvez inútil, porque sabe de sua situação delicada, e o Código Civil abrange apenas a situação da recusa a tratamento devido ao risco de vida. Não necessariamente um tratamento médico, ainda que não acarrete risco de vida, é desejado. Caso esse tratamento não garanta melhora do estado do paciente, o constrangimento pode implicar forma de violência física e psicológica que o Código Civil vigente não considerou.

A vida não tem apenas ligações com o princípio da dignidade humana e com outros direitos previstos na lei ordinária, como aqueles vinculados à personalidade, eis que está relacionado a diversos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.⁶⁷

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal traz o princípio da legalidade, o qual “busca combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo.” Ora, apesar de a lei garantir o direito à vida, não há em qualquer documento legal previsão que obrigue alguém a querer viver e permanecer vivo. Como ressaltado, trata-se de direito à vida e não dever à vida.

A respeito do inciso III do artigo 5º da Constituição Federal, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, firmada em 1985 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 98.386, de 09 de novembro de 1989, conceitua tortura da seguinte forma:

Art. 2º. - Para os efeitos desta convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação ou castigo pessoal, como medida preventiva ou com qualquer outro fim.
Entender-se-á também por tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou psíquica.

⁶⁷ Os incisos do artigo 5º estabelecem os termos nos quais esses direitos são garantidos: “II- Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III- Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; IV- É livre a manifestação do pensamento (...); VI- É inviolável a liberdade de consciência e de crença (...); VIII- Ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (...); X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano moral decorrente de sua violação; XXXV- A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim, a tortura não abarca apenas aquela destinada à investigação criminal, cabendo a indagação se o tratamento forçado de um paciente que prefere morrer (seja por eutanásia ou ortotanásia) pode ser considerado tortura. Afinal, em certos casos, a manutenção da vida acarreta para este doente, sofrimentos físicos e mentais, merecendo reflexão se tal obrigação é (ou não) uma forma de anular a personalidade jurídica.

Nos termos do inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal, é admissível o direito do doente de manifestar seu pensamento, exprimindo inclusive a vontade de não continuar um tratamento que não surte efeitos e só prolonga o sofrimento físico e mental.

Quanto ao inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal, o doente tem direito de manifestar sua vontade, sem ser obrigado a seguir a crença ou religião de outrem. No debate sobre ortotanásia e eutanásia e direito à vida, normalmente, conforme exposto, os argumentos contrários geralmente partem de princípios abraçados por cristãos, que defendem o direito à vida como presente de Deus. DWORKIN assinala que Locke tinha postura contrária ao suicídio, pois considerava que a vida humana não é propriedade da pessoa, pois Deus é o verdadeiro proprietário da vida. Tanto a eutanásia, como o aborto podem ser vistos como insulto a Deus que nos conferiu a vida. Por exemplo, um doente terminal, ateu, que sofre com intensas dores, que nem mesmo narcóticos conseguem conter, é obrigado a “viver”, porque um parente ou médico cristão acreditam que sua vida pertence a Deus⁶⁸.

Nessa vertente de interpretação, ainda que permitida a ortotanásia pela lei, será provavelmente difícil convencer este médico ou parente a aplicar apenas os tratamentos paliativos. No exemplo em tela, a liberdade de consciência e crença do doente são violadas, pois, devido à sua incapacidade de agir ou de manifestar a vontade naquele momento, é forçado a viver sob ditames cristãos. Nesse caso, a compreensão do direito à vida como valor absoluto afeta outros direitos fundamentais.

O comentário acima vale também quanto ao inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que vivemos em Estado de caráter laico. Desse modo, o debate sobre a decisão de vida e morte deve revestir-se de caráter ético-jurídico, sem que se submeta a preferências religiosas. Uma vez que a lei é abstrata e aplicada a todos, não se deve permitir que conteúdos religiosos sejam considerados, quando o assunto é ortotanásia.

Em respeito ao inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, vida privada, a honra e a imagem do doente devem ser respeitadas. Há doenças que, além de irreversíveis, levam a

⁶⁸ DWORKIN, *op. cit.* p. 27.

deformações faciais e corporais. Para algumas pessoas, a estética não importa, tendo em vista a iminente morte; porém, para outras, isso aumenta ainda mais a sua dor.

Além disso, SOUZA⁶⁹ demonstra que manter “vivo” alguém terminal, através da obstinação médica, pode afetar a vida privada, honra e imagem do doente. A autora adverte que “será desumano, manter o indivíduo como objeto de intervenções médicas, objeto de curiosidade dos outros pacientes, objeto de curiosidade de estudantes e objeto de inúmeras outras pessoas que têm acesso de alguma forma ao paciente.” O ser humano deixa de ser um fim em si para servir à satisfação da curiosidade alheia, ou pior, torna-se mero objeto de investigação científica.

Quanto ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, vale explicar que um paciente terminal em estágio clínico irreversível, diante da afronta aos direitos citados, pode entrar com ação perante o Poder Judiciário, com o pedido de cessação de tratamentos inúteis, ou cessar tratamentos que causem dor ou sofrimento ao paciente, tanto com respaldo na Constituição, quanto no Código Civil vigente (no que se refere aos direitos da personalidade).

Diante da demonstração da ligação do direito à vida com outros direitos fundamentais e direitos previstos na legislação ordinária, cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana, no caso, do doente, deve ser levada em consideração. Deve-se buscar saber o que esta pessoa entende ou, um dia entendeu, por dignidade. Isso se faz necessário porque, de acordo com MARTINS⁷⁰, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, valor-fonte que condiciona a interpretação dos diversos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, conferindo-se unidade axiológico-normativa na aplicação das normas ao caso concreto.

Se, porventura, em algum momento da vida, a pessoa manifestou o desejo de viver o máximo possível, por mais que esteja sofrendo, não caberia ao familiar querer que prevaleça a sua compreensão de dignidade. Quando se discute o direito dos outros, a razão deve prevalecer sobre o sentimentalismo. MELLO⁷¹ assevera que “as nossas tendências afetivas não devem sacrificar o direito de pessoa alguma, ainda que se trate de uma pessoa indefesa.”

Como se afirmou, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se o princípio da autonomia, que implica a autodeterminação, que deve ser considerada quando o assunto é a terminalidade natural da vida. Vale reiterar, entretanto, que o direito de

⁶⁹ SOUZA.*op.cit.*2011.

⁷⁰ MARTINS FILHO, *op.cit.*, p. 62

⁷¹ MELLO, Gustavo Miguez de. *Direito fundamental à vida*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.265

morrer dignamente não deve ser confundido com o direito à morte. BORGES⁷² ressalta que o direito de morrer dignamente traz em seu bojo a reivindicação por vários outros direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, referindo-se também ao desejo de ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia que o paciente não aguenta mais.

⁷² BORGES, *op.cit*, p. 232

2- A AUTONOMIA DA VONTADE SOBRE A PRÓPRIA VIDA.

2.1 - Conceito e limites da autonomia da vontade

Autonomia tem íntima relação com a liberdade, direito humano primordial para a existência de vida digna. O termo deriva do grego *autos*, que quer dizer próprio e *nomos*, que significa regra, governo, lei⁷³. Inicialmente, era empregado na acepção política, para expressar a autogestão e o autogoverno, uma das características das cidades-estados gregas, que envolve a capacidade de cada cidade criar as regras a serem respeitadas por todos. Posteriormente, o sentido do termo foi ampliado, incorporando a autodeterminação e independência das pessoas. Neste segundo capítulo, o propósito é abordar a autonomia do indivíduo, seus conceitos, limites e relevância jurídica.

Embora a noção de autonomia estivesse mais relacionada à autogestão das cidades, Platão (428/427 a.C. - 347 a.C.) e, em seguida, Aristóteles, (384/383 a.C. - 322 a.C.), já apresentavam ideias ligadas à autonomia. Platão defendia que o homem possuía partes superiores e inferiores da alma, sendo que a razão, localizada na parte superior, deveria controlar a parte inferior, os desejos. Depreende-se do exposto que, para Platão, ser governado pela razão, é ser racional, senhor de si mesmo, o que inclui uma das características da atual noção de autonomia⁷⁴. Já Aristóteles, por considerar que o homem visa à busca da felicidade, alcançada mediante escolha do Bem, contribui para o conceito de autonomia, quando defende que a felicidade se vincula à opção pelo Bem⁷⁵.

Durante a Antiguidade Clássica e período medieval, o conceito de autonomia restringia-se à capacidade de escolha. Predominava a teoria da lógica da Razão divina (a natureza), na qual tudo acontecia, porque o mundo era regido por uma lógica e ordem cósmica. Nesse contexto, o homem, diferente do animal, que age por instinto, teria seu comportamento orientado pela razão, cabendo-lhe, apenas, optar, mediante aceitação ou rejeição das oportunidades propiciadas pela ordem divina. O homem, portanto, não era visto como sujeito e criador dos próprios caminhos, mas, mero agente, em escolhas norteadas pela razão divina.

⁷³ MÖLLER, *op. cit.* p. 82.

⁷⁴ ZATTI, Vicente; *Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire*. Porto Alegre: EdipucRSD. 2007. Disponível em < <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/autonomia/autonomia/capa.html> > Acesso em 15 de agosto de 2012.

⁷⁵ ZATTI, *op. cit.*

Os iluministas, críticos da lógica da razão divina, propagada durante a Idade Média, traçaram as raízes do conceito de autonomia que hoje conhecemos. Nessa perspectiva, o homem só poderia depositar sua confiança em evidências empíricas e matemáticas, a partir dos experimentos que poderiam guiar a razão e escolhas humanas. Com a superação das credulidades e superstições, os pensadores da época defendiam que a autonomia deveria inclinar-se na busca da felicidade que, diferente do que propunha Aristóteles, se baseava na busca do prazer e redução do sofrimento.

KANT⁷⁶ apresenta uma teoria que busca explicar a determinação da vontade humana. De acordo com seu entendimento, autonomia designa a independência da vontade em relação a todo objeto de desejo (liberdade negativa) e sua capacidade de determinar-se em conformidade com a lei, que é a da razão (liberdade positiva). KANT acreditava que, em oposição ao seu conceito de autonomia da vontade situava-se a vontade heterônoma, derivada de causas externas, como, por exemplo, a vontade divina. Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*⁷⁷, conceitua a vontade autônoma como aquela concebida para si, como a própria lei, não apenas, por submeter-se a ela, já que a vontade, também é sua autora. A formulação do princípio da autonomia encontra respaldo na seguinte afirmação: "Age apenas segundo uma máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal". A vontade, para KANT⁷⁸, decorre do pressuposto de que a vontade deve querer a própria autonomia e sua liberdade consiste em ser lei para si mesma. Quando a vontade é autônoma, promulga leis universais, isentas de todo interesse, que reclamam a obediência por puro dever. Assim, KANT⁷⁹ entende que a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade.

O filósofo e pensador liberal MILL⁸⁰ entendia que a autonomia da vontade do sujeito encontra fundamento na sua liberdade individual de escolha. Diferente do conceito kantiano, que associava a autonomia da vontade à moral, MILL, acreditava que a liberdade é fundamental ao ser humano, para que ele possa expandir-se em inumeráveis e conflitantes direções.. Ainda para o pensador referido, o Estado deveria limitar seu direito de coerção sobre o homem, pois, apenas livre de sua interferência, que os sujeitos poderiam desenvolver-se. Defensor do individualismo, MILL acreditava que vontade do sujeito o autoriza a realizar

⁷⁶ KANT, In: ZATTI, op. cit. 2007.

⁷⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 223.

⁷⁸ ZATTI, op. cit.

⁷⁹ KANT, op. cit, p.238.

⁸⁰ MÖLLER, op. cit. p.84.

tudo o que for de sua vontade, tomando como limite apenas a liberdade do outro. Segundo suas palavras textuais⁸¹:

“a única liberdade merecedora desse nome é a de buscar nosso próprio bem de maneira que nos seja conveniente, contando que não tenhamos que privar outros do que lhes convém ou impedir seus esforços de obtê-los. Cada um é guardião adequado de sua própria saúde, seja física, mental ou espiritual. A humanidade ganha mais tolerando que cada um viva conforme o que lhe parece bom, do que compelindo cada um a viver conforme pareça bom o bastante”.

Entre os pensadores contemporâneos que se dedicaram ao estudo da autonomia da vontade, encontra-se DWORKIN⁸², para quem a autonomia estimula e protege a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas, de acordo com a percepção individual do próprio caráter.

BEAUCHAMP e CHILDRESS⁸³ consideram que a autonomia detém três elementos essenciais: a liberdade, a capacidade de entendimento e o agir intencionalmente. A liberdade se manifesta quando a vontade se liberta de influências controladoras; a capacidade de entendimento existe quando o sujeito está plenamente esclarecido das consequências de suas atitudes; e a intenção deriva do verdadeiro interesse do sujeito. Ainda para os autores mencionados, as ações podem ter graus diferentes de autonomia, que varia consoante o grau de cada um desses elementos.

Outro conceito de autonomia é exposto no Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia⁸⁴ onde se explicita que: "Etimologicamente, autonomia é a condição de uma pessoa ou de uma coletividade cultural, que determina ela mesma a lei à qual se submete”.

Como demonstrado, o conceito de autonomia da vontade tem diferentes conotações, que evoluíram conforme as transformações sociais; mas, todos eles abarcam o elemento da liberdade, direito humano conquistado à custa de lutas.

A liberdade passa a vigorar no plano jurídico, no contexto das Revoluções Francesa (1776) e Americana (1789) que, após derrubarem regimes monárquicos, consolidaram em suas constituições o direito de igualdade perante a lei, e de liberdade que, além de política, passa a ser jurídica, já que impõe limites formais ao poder estatal⁸⁵. Dessa forma, a liberdade

⁸¹ MILL, Jonh Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 22.

⁸² DWORKIN, *op.cit* p.319

⁸³ MÖLLER, *op.cit*, p. 88.

⁸⁴ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3ª Edição. Tradução: Fátima Sá Correia. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1999, p. 115

⁸⁵ MOLLER, *op.cit.*, p. 91

constitui direito fundamental do homem e princípio constitucional dos Estados de concepção liberal.

SZANIAWSKI⁸⁶ refere que a autonomia da vontade é direito de personalidade do indivíduo. Ele vincula a autonomia de direito à autodeterminação pessoal; “isto é, um poder que todo o indivíduo possui de decidir, por si mesmo, o que é melhor para si, no sentido de sua evolução e da formação de seu próprio tipo de personalidade [...] é a capacidade genérica de entender, querer e vivenciar seu comportamento e de autogoverno, ao completar sua capacidade civil”.

Sob a ótica do direito de personalidade, a autonomia da vontade é analisada, sobretudo, sob a perspectiva da sua disponibilidade, uma vez que, em princípio, todo direito de personalidade seria indisponível. A discussão em torno da indisponibilidade é pertinente, pois é o princípio da autodeterminação que autoriza o indivíduo, a dispor de seus direitos, na esfera privada, ou, nas palavras de SZANIAWSKI⁸⁷, autorizar mutações juridicamente tuteláveis.

No plano jurídico, a análise da disponibilidade dos direitos de personalidade deriva da distinção de duas categorias de autonomia; a autonomia da vontade e a autonomia privada. A primeira foi incorporada pelos civilistas franceses no século XIX, no sentido de que a vontade era a essência de todo ato e negócio jurídico. A segunda veio à baila como crítica à teoria da vontade, tratando de categoria intimamente relacionada ao poder de realização de negócios jurídicos; ou seja, de liberdade negocial⁸⁸. Segundo BORGES⁸⁹, a autonomia privada “é um poder que confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento jurídico”.

A teoria da vontade teve grande relevância na construção das teorias contratuais, uma vez que a própria definição de contrato era explicada como acordo de vontades. Os juristas voluntaristas defendiam que a vontade corresponde a desejo interno do indivíduo; portanto, desconhecido do outro. Nesse sentido, sustentava-se que a vontade apenas ganhava importância jurídica, quando declarada. Dessa maneira, a teoria da vontade passou a ser designada como teoria da manifestação da vontade, tese importante para o desenvolvimento de estudos sobre o negócio jurídico.

⁸⁶ SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 161

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Roxana Borges, diz que a evolução do conceito a respeito do negócio jurídico, levou a doutrina a superação da teoria da autonomia da vontade pela teoria da autonomia da vontade privada, embora muitos utilizem a primeira terminologia para definir esta segunda. (BORGES, *op.cit.*, 51)

⁸⁹ BORGES, *op.cit.*, p. 47.

A noção de autonomia da vontade tornou-se relevante com o avanço dos ideais do liberalismo econômico em curso no século XVIII e XIX, que pregavam a livre contratação de obrigações por qualquer indivíduo. O desenvolvimento do direito das obrigações ocorreu paralelamente ao desenvolvimento econômico desse período e acompanhou a evolução do positivismo científico, especialmente, no século XIX. As teorias sobre o Direito das Obrigações se desenvolveram, sobretudo, na Alemanha, através da escola clássica dos pandectistas⁹⁰.

Entendiam os pandectistas que o negócio jurídico repousava no contrato, que expressava obrigação e restrição à liberdade individual do sujeito, oriunda da vontade do devedor, o que tornaria justos todos os resultados desse ato, já que ali estaria a vontade do indivíduo.

Inspirado na noção *dec facultas agendi*, a doutrina do jurista alemão WINDSCHEID (1817- 1892), da escola pandectista, sustentava que a expressão da vontade representa o verdadeiro direito subjetivo das partes, expressão da vontade juridicamente protegida. Essa abordagem foi criticada por KELSEN (1881-1973) e, em especial, por JHERING (1818-1892), sob o pressuposto de que nem sempre a vontade acompanha o direito subjetivo. O jurista creditava que a essência do direito não está na vontade, mas no interesse do sujeito. Ele defendia que a relação jurídica é composta por uma capa, que é a lei, e um núcleo, representado por algo que interessa ao indivíduo: o direito subjetivo seria esse interesse (núcleo) protegido pela capa (a lei). Daí deriva a definição sucinta de JHERING⁹¹, de que o “direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido”. Diferente de WINDSCHEID, para quem o direito subjetivo era fenômeno do ato psicológico da vontade, a teoria de JHERING⁹² mostra-se objetiva, porque é o interesse, por seu caráter social, o bem protegido pelo direito. Em síntese, foram duas as teorias sobre a vontade que perduraram na Alemanha do século XIX: uma da vontade (*willenstheorie*) e a outra do interesse (*Erklärungstheorie*).

Para os teóricos da teoria da vontade, como SAVIGNY (1779-1861) e WINDSCHEID, o que importa no negócio jurídico é a vontade declarada. Nas palavras de

⁹⁰ A Escola Pandectista alemã, adepta da Escola Exegética, afirmava que todo o Direito está contido apenas na lei. As pandectas são uma compilação de todas as leis romanas, feita por ordem do imperador Justiniano (482–565), daí o pandectismo firmar-se como um movimento que idolatra o direito romano. Os pandectistas desenvolveram e aperfeiçoaram as teses sobre o negócio jurídico, calcadas no direito romano. Para eles o ordenamento jurídico deveria ser um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de tal maneira que todo caso jurídico pudesse ser enquadrado num conceito. Por essa escola, a função do juiz, inclusive, se reduziria a aplicar a lei com base nas técnicas de subsunção.

⁹¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Ed. 27. São Paulo: Saraiva 2006, p.252.

⁹². JHERING também foi criticado pela utilização da expressão interesse, que seria muito vaga e de acepção ampla; segundo, porque nem tudo que interessa ao homem, embora juridicamente protegido, envolveria o aparecimento do direito subjetivo.(REALE, *op.cit.* p.252)

Savigny⁹³ “chama-se declaração de vontade a espécie dos fatos jurídicos que não são apenas atos livres, mas que, segundo a vontade do agente, têm um fim imediato, criar, ou extinguir uma relação jurídica”. Para essa escola, os negócios jurídicos são constituídos por dois elementos: a vontade interna e a declaração de vontade, que devem ser concedentes. A vontade interna não é só o suporte da declaração, mas a força criadora dos efeitos do negócio. Inexistente, assim, seria o ato em que faltasse a vontade interna; havendo divergência entre vontade e declaração, decide-se em favor da vontade e contra a declaração. Isso porque, segundo a escola de *willenstheoriem*, a interpretação dos negócios jurídicos deve atender à teoria da vontade, em detrimento da teoria da declaração, uma vez que o importante seria a vontade real, já que a declaração não passaria de um simples processo da revelação”..

A teoria da vontade na criação dos efeitos dos negócios jurídicos foi abrandada pelos autores da *Erklärungstheorie*, como os juristas alemães LIEBE e BULOW (1840- 1894). Atribui-se a Liebe a construção da teoria na qual o “verdadeiro elemento sobre o qual se pode repousar a validade jurídica do ato não se encontra na expressão da vontade, mas em circunstâncias que a fixam”⁹⁴. Para BULOW, a declaração prevaleceria sobre a vontade interna, não se devendo levar em conta a vontade do sujeito, senão a declaração, pois só esta é indispensável. Em sua concepção, a vontade nem mesmo chegaria a ser um elemento do negócio jurídico; apenas causa passageira, presente na gênese do negócio, uma vez que o que interessa não é a vontade, mas o sentido da declaração. Em suma, a teoria da vontade, de uma forma ou de outra, era considerada o pilar da construção do negócio jurídico.

Contudo, as novidades do século XIX reduziram o interesse pelas teorias alemãs da vontade e da declaração, emergindo novos embates e teorias a respeito da formação do negócio jurídico. BORGES⁹⁵ cita que BETTI foi o primeiro a negar que o negócio jurídico fosse concebido, apenas sob a perspectiva da manifestação da vontade. Dessa forma, não basta a pessoa querer: além de querer, deve realizar condutas, comportando-se de forma a materializar o negócio jurídico. Nesse sentido, confere-se relevo à teoria da autonomia privada, como superação da teoria da autonomia da vontade. No contexto da teoria da autonomia privada, a vontade não é capaz de criar direitos, só tendo eficácia, se for legítima perante o ordenamento jurídico. A teoria da autonomia da vontade demonstra que não existe relação automática entre a vontade e o poder de gerar conseqüências jurídicas. BORGES⁹⁶.

⁹³ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.ed. São Paulo : RT, 1980, p. 12.

⁹⁴ GOMES, *op.cit.* p. 13.

⁹⁵ BORGES, *op. cit.* p.52

⁹⁶ BORGES, *op.cit.*, p.53

Se a autonomia da vontade alcança relevo com a consolidação do direito à liberdade, a autonomia privada é tese que se desenvolve com base na afirmação do direito à propriedade. Segundo PRATA⁹⁷, a atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade negocial, encontra-se vinculada ao surgimento da propriedade privada, pois, segundo a autora, só após dispor de um bem, o sujeito pode afirmar-se como titular exclusivo do poder de produzir efeitos jurídicos.

Com o capitalismo, o conceito de propriedade universalizou-se. Cada indivíduo passou a ser proprietário de algo, seja de bens ou de força do trabalho⁹⁸, e, portanto, dotado de capacidade negocial.

O negócio jurídico deixa de ser visto como mero instrumento de troca de bens - troca de função – para tornar-se afirmação da liberdade da pessoa, consequência do efeito jurídico da vontade livre. Assim concebida, a autonomia privada ou a liberdade negocial, importa no reconhecimento do homem, qualificando-o, previamente, como sujeito jurídico⁹⁹. A vontade dos indivíduos adquiriu significação jurídica, tornando-se fator propulsor de direitos e obrigações. Ainda segundo análise de PRATA¹⁰⁰ (1982, p. 25), a noção de autonomia não é atemporal nem imutável, seus contornos evoluem de acordo com a concepção jurídica do liberalismo econômico e sofre desvalorização em paralelo à transformação da sociedade.

Para BORGES¹⁰¹, a autonomia privada não pode restringir-se aos negócios patrimoniais, vez que os mesmos extrapolam o âmbito dos contratos, abrangendo também figuras de caráter não patrimonial. Segundo suas palavras textuais¹⁰²: “A autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem a autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de uso de imagem, da voz”. Os negócios não patrimoniais estariam protegidos, porque os interesses em torno de sua realização situam-se dentro dos limites aceitos pela sociedade.

Embora se respeite o posicionamento daqueles que compreendem que a capacidade negocial do homem tem íntima ligação com a aquisição de bens, também assiste razão o

⁹⁷ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 7

⁹⁸ A separação do trabalhador dos meios de produção, característica base do modo de produção capitalista, transforma aquele homem em um mero detentor da força de trabalho a ligação entre o trabalhador e o meios de produção só é possível pelo acordo daquele e do proprietário deste. Declarado livre o trabalhador, isto é, reconhecida a propriedade do trabalhador à sua força de trabalho, isso lhe impõe que lhe seja reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, para que ele possa celebrar o contrato pelo qual aquela ligação se mediática”. (PRATA, *op.cit.*, p.8).

⁹⁹ PRATA, *op.cit.* p. 9.

¹⁰⁰ PRATA, *op. cit.* p. 25

¹⁰¹ BORGES *op. cit.* p.50

¹⁰² BORGES, *op. cit.* p.50.

pensamento que estende os negócios jurídicos aos bens extrapatrimoniais, pois o homem possui direitos não passíveis de quantificação, cuja transação se realiza por outros modos, que não apenas em troca de cifras, bens ou serviços.

Se, de caráter patrimonial, ou não, é certo que os adeptos da teoria da autonomia privada defendem que a vontade deve respeito ao ordenamento jurídico vigente. Tal posição é reflexo da crise dos acontecimentos históricos do século XX que, dentre outros indicadores, revelou que a vontade humana ilimitada é capaz de cometer atrocidades incalculáveis. O voluntarismo clássico, que atribuía a vontade o papel de fonte exclusiva do direito, passou a ser visto como problema, uma vez que, para muitos¹⁰³, ao admitir a força criadora da vontade individual, abre-se espaço à consagração do arbítrio. Decorre daí a preocupação de preservar a segurança da ordem jurídica, que acabaria sacrificada se prevalecesse a onipotência da vontade¹⁰⁴.

Fatos históricos, em especial a segunda guerra mundial e a grave crise econômica que a sucedeu, desencadearam uma série de mudanças na cultura jurídica ocidental. Multiplicaram-se normas intervencionistas e regras relacionadas à lealdade e ao equilíbrio contratual, como a proibição de monopólio; muitos países promulgaram novas constituições, onde a dignidade da pessoa humana se tornou o fundamento do Estado de Direito; o Estado, que só intervinha excepcionalmente nas relações privadas, passou a intervir na economia e nos estatutos. O Código Civil, por sua vez, foi perdendo o caráter centralizador na regulação das relações patrimoniais, com o incremento das leis extravagantes¹⁰⁵.

Nesse novo contexto, os postulados clássicos cederam lugar a nova perspectiva dos negócios jurídicos, dos seus efeitos, interpretação, alcance e função, tudo à luz de princípios, em especial, o da dignidade da pessoa humana. Propagaram-se as teorias do abuso do direito, da caducidade e da aparência. Acima de tudo, verificou-se particular valorização da pessoa, que passou a ser a preocupação principal do Código Civil, antes voltado ao patrimônio.

A técnica legislativa também foi alterada; criou-se uma legislação que extrapola a simples garantia de regras estáveis para os negócios. A linguagem empregada pelo legislador sofre influência do contexto social, adquirindo contornos mais setoriais e interdisciplinares. Segundo GAMA (2008, p.7), o propósito de dar equilíbrio social, sentido mais humano e

¹⁰³ Segundo Orlando Gomes, o desenvolvimento das teses sobre o direito das obrigações e a autonomia privada, legitimou, ao longo da história, abusos e favoreceu o fortalecimento dos grupos econômicos mais fortes.

¹⁰⁴ GOMES, *op.cit.*, p. 6

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p.7.

moralizador conduziram a política legislativa para uma vigorosa limitação da autonomia privada.

Esse novo contexto exigiu uma releitura do Direito Civil à luz dos preceitos constitucionais. Assim concebidos os novos desafios, a atual concepção dos contratos está centrada não mais no dogma da vontade, mas no pluralismo das fontes do direito, pois, embora a vontade continue sendo elemento essencial à formação dos negócios jurídicos, é a lei que regula, protege e legitima os os vínculos jurídicos. Nesse sentido, afirmou BORGES¹⁰⁶:

“Apenas a vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz, legitimado, que a declara. A manifestação da vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme a moral e os bons costumes”.

A autonomia privada tem seu espaço garantido, apenas dentro de certos limites. A lei constitui limite ao pleno exercício da vontade, devido ao seu caráter intangível, já que a simples vontade de uma parte em nada pode alterá-la. Agir fora dos limites legais configura ato ilícito (Art. 187 do Código Civil)¹⁰⁷, portanto, sem qualquer validade perante o ordenamento jurídico.

A autonomia privada é limitada pela ordem pública, por representar “normas que visam a garantir e assegurar a existência do corpo social”¹⁰⁸. Ordem pública, na definição de PINTO¹⁰⁹ “é um conjunto dos princípios fundamentais, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que tem acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”.

O conceito de ordem pública varia conforme a evolução social e representa postulados e conceitos pertinentes a determinado tipo de sociedade, a ponto de representar limites à realização dos negócios jurídicos.

Assim como a ordem pública, a moral, em íntima ligação com os princípios éticos que prevalecem na sociedade, impõe limites à manifestação da autonomia privada. Segundo BORGES¹¹⁰, não se trata de concepção relacionada à moral religiosa, subjetiva ou filosófica, mas ao âmbito da ética, a dominante na comunidade social. A autora cita ainda os bons

¹⁰⁶ BORGES *op. cit.* p.54.

¹⁰⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁰⁸ GONÇALVES, *Apud* BORGES, *op.cit.* p. 61.

¹⁰⁹ PINTO *Apud* BORGES, *op. cit.*, p.61.

¹¹⁰ BORGES *op. cit.*, p.67.

costumes como limitações ao exercício da autonomia, que define as condutas realizadas pelos homens éticos, de boa-fé, honestos. A vontade, como se vê, tem posição de destaque no ordenamento jurídico, eis que é pressuposto para a formalização dos negócios jurídicos, bem como se revela essencial para afirmação dos indivíduos, enquanto sujeitos de direitos.

2.2 - A autonomia da vontade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como demonstrado, a autonomia da vontade ou autonomia privada, desempenha papel importante na formação de atos e negócios jurídicos, pois é por seu intermédio que os indivíduos constroem relações sociais compatíveis com seus interesses. A aceitação de que cada indivíduo é um ser dotado de iguais direitos é o pilar para o desenvolvimento do conceito de dignidade humana, e o reconhecimento da autonomia da vontade do sujeito é fator primordial para a aceitação de tal conceito.

Na Grécia clássica escravista, o conceito de dignidade era modulável, reservado apenas a alguns e não a todos. Foram os primeiros pensadores cristãos, os responsáveis por introduzir a idéia de que todo ser humano, por ser imagem e semelhança a Deus, era detentor de valor intrínseco, próprio. Tais idéias foram melhores desenvolvidas a partir do século XVIII, com o advento da concepção jurisnaturalista, a qual situava todos os homens no mesmo patamar de igualdade, livres e detentores de direitos inatos, tais como a vida e a liberdade.

As revoluções burguesas consagraram tais direitos em declarações e o homem passou a desfrutar da máxima proteção no cenário jurídico. KANT,¹¹¹ no desenvolvimento de sua filosofia moral, concebeu a idéia de que todo homem, pela simples existência, já tem dignidade. Ademais, o homem, ser racional, sempre fim e nunca meio, o que implica o dever moral de respeito aos semelhantes e a si mesmo. Para ele, “a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”.

HUBMANN¹¹² compreende a dignidade como um dos três elementos que formam a personalidade humana, junto com o individualismo e a pessoalidade. A dignidade consiste “no elemento indicador da localização do ser humano no Universo, o qual, em virtude de

¹¹¹ KANT, *op. cit.* p. 238.

¹¹² HUBMANN *Apud* SZANIAWSKI, *op. cit.* p. 114

sua natureza espiritual, é dotado de dons que possibilitam a construção de determinadas tarefas de criatividade cultural, da realização de valores éticos e de se auto-edificar”.

SILVA¹¹³ ressalta que dignidade “é atributo intrínseco da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente”. Por seu turno, HELMUT¹¹⁴ defende que a dignidade deve ser analisada sob dois aspectos: enquanto proteção à integridade do ser humano, que não pode sofrer violências físicas e psíquicas; e como respeito à intelectualidade do homem. Nesse segundo aspecto, o autor defende que a dignidade assume papel de proteção da autodeterminação do indivíduo, consubstanciada no seu direito de ir e vir e na liberdade de escolher as formas como prefere viver.

Para SZANIAWSKI¹¹⁵, a dignidade da pessoa humana nasce juntamente com o indivíduo, tratando-se do mais importante fundamento do sistema constitucional brasileiro. No mesmo sentido, MARTINS¹¹⁶ esclarece que “a dignidade deve acompanhar o homem desde o seu nascimento até a sua morte, posto que ela é da própria essência da pessoa humana”. Trata-se de valor imanente à condição humana, que permite ao homem exigir respeito como alguém que tem sentido em si mesmo.

SZANIAWSKI¹¹⁷ entende ser impossível determinar um conceito exato sobre o princípio da dignidade humana. Conforme sua análise, o conceito é freqüentemente confundido com a personalidade, daí não ser errado afirmar que, do ponto de vista jurídico, a personalidade da pessoa humana, é o núcleo essencial dos direitos humanos. O pensador americano DWORKIN¹¹⁸, por sua vez, defende um direito à dignidade. Diz ele:

“as pessoas tem direito de não ser vítimas da indignidade, de não ser tratada de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito. Toda Sociedade tem padrões e convenções que definem essas indignidades, que diferem conforme o lugar e a época em que se manifestam”.

O autor mencionado define a dignidade, a partir da conceituação que cada grupo social atribui à indignidade, conferindo ênfase ao tratamento considerado discriminatório e tortuoso, no contexto dos costumes do grupo.

¹¹³ SILVA, *op.cit.*, p.90

¹¹⁴ HELMUT, Coing, *Elementos Fundamentais da Filosofia*. São Paulo: SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR, 2002 p.246.

¹¹⁵ SZANIAWSKI *op. cit.* p.140.

¹¹⁶ MARTINS *op. cit.* p.115

¹¹⁷ SZANIAWSKI, *op. cit.* p.140.

¹¹⁸ DWORKIN, *op. cit.* p. 334..

Analisar a dignidade sob seu lado oposto, da indignidade não é novidade, principalmente, quando se toma em consideração os nefastos tratamentos indignos a que o homem foi submetido ao longo da história.

As atrocidades do último século despertaram a comunidade internacional para a necessidade de reconhecer a dignidade da pessoa humana. As duas grandes guerras, o genocídio dos judeus, a destruição de cidades por bombas atômicas, a discriminação e perseguição em razão de etnia, religião, condição social, opção sexual e política foram responsáveis por mortes, torturas e humilhações. Em consequência, a comunidade internacional mobilizou-se no sentido de consolidar normas de caráter e aplicação universais, ano intuitivo de proteção ao homem. Assim, em 1948, a Organização das Nações Unidas promulgou a Declaração Universal de Direitos Humanos, documento ratificado por quase todos os países integrantes da ONU (com exceção dos países que compunham o bloco socialista). Por meio da Declaração, os países se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades. O texto foi o marco do século XX no que tange ao reconhecimento da dignidade humana.

Inspirados pelas normas internacionais de proteção ao homem, muitos Estados elaboraram novas cartas constitucionais, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana. Consagrada no art. 1º, III da Constituição de 1988, a dignidade humana é fundamento da República e que deve orientar toda interpretação do ordenamento jurídico pátrio.

SZANIAWSKI defende que a dignidade humana é uma espécie de cláusula geral que visa a tutelar os direitos de personalidade. Nos seus dizeres¹¹⁹:

“esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez se a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica.”..

A dignidade humana, portanto, é princípio nuclear de onde se desdobram todos os direitos fundamentais, vinculando o poder público, como o particular, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas.¹²⁰

Entre os diversos direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento brasileiro, importa discutir aqui a autonomia, intimamente ligado ao direito à liberdade.

¹¹⁹ SZANIAWSKI, *op. cit.* p.137.

¹²⁰ SZANIAWSKI, *op. cit.* p.142.

Como exposto, o conceito de autonomia da vontade reflete a conquista do homem em relação ao direito à liberdade: para pensar, expressar-se, escolher, autodeterminar-se segundo as mais íntimas convicções. Trata-se de tema que deu origem a reflexões filosóficas, sociológicas e jurídicas.

Defensor da teoria do Esclarecimento, DESCARTES (1596-1650), entendia que a liberdade de escolha só seria plena, quando o indivíduo compreendesse as consequências de sua opção. No entendimento de SPINOZA (1632-1677), a liberdade é forma de expressão da totalidade humana, eis que, por seu intermédio, o indivíduo agiria conforme sua natureza. Por outro lado, a liberdade figurou como tema central de todo o pensamento filosófico de SARTRE (1905-1980), cujo pensamento partia da premissa de que o homem é, antes de tudo, livre. A liberdade é sempre absoluta, não se admitindo qualquer espécie de predeterminação à condição humana. O homem nasceria destituído de essência particular, definindo-se como sujeito apenas por meio da liberdade.

Ainda na esteira do pensamento dos filósofos da liberdade, merece referência MILL, que, como exposto, defendia a não intervenção do Estado na esfera de vida particular das pessoas e MARX (1818-1883), para quem a liberdade humana tem sua raiz calcada na produção prática das condições materiais de existência¹²¹. Na interpretação de MARX, a liberdade não existiria, enquanto a sociedade se dividisse em proletários e capitalistas, pois, sob o domínio do capital, as aptidões humanas se tornam mercadoria, reduzindo-se a vida humana à mera sobrevivência e à reprodução da força de trabalho, restringindo-se as possibilidades de que os trabalhadores comandassem seu destino.

SILVA¹²² identificou dois tipos de liberdade: interna e externa. A primeira diz respeito à liberdade subjetiva do indivíduo, envolvendo o livre-arbítrio; a liberdade de querer. Por seu turno, a liberdade externa ou objetiva se expressa por intermédio do querer individual. Se, na esfera subjetiva, a liberdade é absoluta, a externa é tolhida por normas sociais que impedem o homem de fazer tudo o que deseja. “Conceitua o jurista a liberdade como sendo direito que consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. Ele acrescenta que a liberdade é a possibilidade jurídica reconhecida às pessoas de atuar como senhoras da própria vontade e de locomover-se sem embaraços. SILVA¹²³.

¹²¹ FURTADO. José Luiz. *Notas sobre o jovem Marx e o conceito feuerbachiano de essência genérica humana*. Sem ano. Texto não paginado. Disponível em <<http://www.unicamp.br/cemarx/jose.htm>> Acesso em 29 de agosto de 2012.

¹²² SILVA *op cit*, p. 232.

¹²³ SILVA, *op. cit* p. 233.

O reconhecimento da liberdade humana implica a valorização da autonomia; logo, a sua dignidade. Ademais, a vontade do indivíduo tem relevância jurídica, porque ela se refere a desejos íntimos, formados conforme convicções supostamente livres. Quando se valoriza a autonomia do homem, respeita-se sua liberdade de escolha, o que legitima sua existência e portanto, a dignidade.

Sobre o respeito ao pensamento crítico do sujeito, Dworkin¹²⁴ assim escreveu:

“quero agora sugerir que uma pessoa ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre”.

Diante do exposto, depreende-se que o princípio da autonomia da vontade tem relação umbilical a dignidade da pessoa humana: o primeiro afirma a segunda, que, por seu turno explica e legitima a importância da autonomia.

2.3 - A autonomia da vontade e o princípio bioético da beneficência: embate entre a vontade do paciente e a obrigação legal do médico.

Como sublinhado, o respeito à autonomia da vontade tem íntima realização com a concretização da dignidade humana. Assim como a autonomia da vontade deve expressar desejo, oriundo da convicção do indivíduo, o conceito de vida digna também expressa valores subjetivos: por certo, cada homem elege para si sua referência de vida digna.

No entanto, em situações de relação médico-paciente, não raro, a vontade humana é tolhida pelas orientações e prescrições dos profissionais, sob o pressuposto de que o médico detém conhecimento das necessidades do paciente e das consequências que cada ato praticado pode gerar.

Vontade do homem versus vontade médica é, sem dúvida, um dilema, cuja solução vem sendo buscada por diversos estudiosos, tanto no plano filosófico, como jurídico e médico.

¹²⁴DWORKIN, *op. cit.* p. 337.

Como exposto, a vida é o bem mais precioso do ser humano. A Medicina, por dever ético-profissional, toma esse bem como centro de sua atuação, eis que é pela vida, e nunca contra ela, que intervêm os cuidados médicos ¹²⁵. Sob o ponto de vista do Direito, a proteção da vida humana constitui-se o pilar de toda legislação; o mesmo ocorre com a ciência e tecnologia, em que cada inovação deve orientar-se para melhorar a qualidade da vida humana. Nas ciências biológicas, por seu turno, a evolução da biomedicina constitui uma das maiores conquistas da humanidade, que propicia a disponibilidade de inovações, no intuito de proteger e prolongar a vida humana.

Os avanços tecnológicos e a produção de conhecimento do último século permitiram evolução inédita na história da humanidade. Todavia, as ciências, sobretudo as biológicas, não lograram esforços para desvendar os mistérios da vida. Descobertas de vírus, vacinas, doenças, técnicas cirúrgicas, dentre outros, ocorrem com rapidez cada vez acentuada.

Em busca da satisfação da curiosidade humana e sob a justificativa de se fazer tudo pelo bem e em nome ciência, muitas foram as pesquisas e experiências que se ampliaram com o único objetivo de desenvolver a ciência em si mesma. Nesse processo, houve situações em que o indivíduo foi colocado em segundo plano e, de destinatário do desenvolvimento científico, tornou-se mero objeto do conhecimento.

Sob outro ângulo, por mais louvável que seja o esforço médico na proteção da vida e preservação da saúde, muitas vezes as técnicas empregadas pela Medicina não satisfazem a vontade do indivíduo.

Como se pode compreender, o avanço da ciência a qualquer custo passou a preocupar parcela da comunidade científica, que logo empreendeu esforços para defender a necessidade de se manter o respeito a certos valores fundamentais, na busca pelo desenvolvimento científico.

Resultou daí a premissa de que a ciência deveria ser empreendida, sobretudo, com ética. Uma ética não individualista, mas atenta ao coletivo. O filósofo alemão JONAS ¹²⁶ explica que a ética a ser observada no atual cenário de avanços tecnológicos deve preocupar-se com questões mais amplas do que o mero interesse individual.

A ética tradicional tem seus alicerces calcados nas premissas clássicas de que o homem deve respeitar as leis e aos outros homens, a fim de que se alcance uma harmonia social. Trata-se de uma ética que pertence ao presente, às situações recorrentes e típicas da vida pública e privada. Segundo os teóricos da ética clássica, o homem bom e ético é aquele

¹²⁵ TEPEDINO, *op cit*, p.156.

¹²⁶ JONAS, Hans. *Ética, medicina e técnica*. Tradução: Antônio Fernando Cascais [S.l.] Vega, 1994, p.40.

que vivencia as situações diárias com virtude e sabedoria, sem atentar para as consequências de sua conduta ao longo prazo.

No entanto, as impactantes mudanças sociais ocorridas no último século não foram capazes de manter os preceitos da ética tradicional. Embora tais regras não devam ser afastadas, o presente universo globalizado exige que se leve em consideração os efeitos sobre a coletividade e sobre as gerações futuras, já que o desenvolvimento da humanidade traz, em contrapartida aos benefícios, responsabilidades antes inimagináveis¹²⁷. Na visão do referido filósofo:

“Nenhuma ética anterior tinha de levar em consideração a condição global da vida humana e o futuro distante ou até mesmo a existência da espécie. O fato de ambos constituírem agora problema exige, em suma, uma nova concepção de direitos e deveres, para qual a ética e a metafísica anteriores nem se quer fornecem os princípios, quanto mais uma doutrina já pronta”; (Jonas, 1994, 40)

Sob influência das novas correntes filosóficas, a comunidade científica passou a admitir a necessidade de atentar para o princípio da ética, o que deu origem à bioética.

Foi na década de 1960 que se formulou o termo bioética, empregado inicialmente na obra de Van Rensselaer Potter, em 1971.¹²⁸ O estudioso em tela propôs o termo Bioética para sublinhar o conhecimento biológico em relação aos valores humanos, o que passou a ser intensamente utilizado nas décadas seguintes¹²⁹.

A Bioética não chega a ser uma disciplina, nem nova espécie de ética, eis que é constituída por um conjunto de pesquisas, discursos e práticas, via de regra, pluridisciplinares, que têm por objeto esclarecer e resolver questões éticas suscitadas pelos avanços e a aplicação das tecno-ciências biomédicas¹³⁰.

Segundo STEPKE (2006, p.23), a bioética surgiu para enriquecer a ética profissional tradicional já existente. Em suas palavras:

“Já não se trata apenas de regras e normas de comportamento para médicos e outros profissionais. Trata-se de princípios gerais que regem o comportamento motivador de vida, mediante os quais se podem avaliar o apropriado, o bom, o justo nas tarefas da medicina profissional e também da responsabilidade de todos na promoção, na disseminação e na aplicação dos conhecimentos biológicos e médicos. A bioética veio mostrar que o valor do conhecimento, enquanto informação organizada, não está naqueles que o gerem, mas naqueles que o usam.”¹³¹

¹²⁷ JONAS, *op. cit* p.34.

¹²⁸ A obra intitula-se Bioética: ponte para o futuro.

¹²⁹ BRAZ, Marlene, SCHRAMM, Fermin Roland. *Introdução a bioética*. Disponível em <http://www.ghente.org/bioetica/> Acesso em 05 de dez de 2011. Não paginado.

¹³⁰ BRAZ e SCHRAMM, *op. cit*.

¹³¹ STEPKE, Fernando Lolas. *Muito Além do corpo. A construção narrativa da saúde*. Tradução: Thiago Gambi. São Paulo: Loyola, 2006, p. 23.

As práticas científicas, ao mesmo tempo em que trazem expectativas, acarretam insegurança, eis que o incerto traz receios quanto às consequências. Na metade do século XX, o mundo já havia sofrido sob o drama das bombas atômicas e conhecia o poder destrutivo da energia nuclear; descobriu-se que a ciência, por melhor que fosse sua intenção, também poderia ter efeito destrutivo.

Nessa perspectiva, passou-se a admitir intervenção do Direito, cujos princípios e regras sistemáticas são essenciais para interpor limites ao desenvolvimento científico. Nessa vertente, o Direito passou a regular a seara da biociência, no intuito de impedir que o desenvolvimento científico ferisse os princípios éticos e os direitos humanos fundamentais, tais como a “dignidade do ser humano” e o “direito à autonomia”. Criou-se então o ramo conhecido como biodireito.¹³²

O biodireito constitui o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana, em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. Diferente da bioética, que preceitua normas de obrigação moral, o biodireito impõe normas que constituem deveres jurídicos *erga omnes*, sujeitos a punição em caso de seu não cumprimento.

Dentre os diversos temas tratados à luz da bioética e do biodireito, situa-se o respeito à autonomia do paciente, que remete a reflexão à evolução da relação médico-paciente nas últimas décadas.

Historicamente, a relação médico paciente foi pautada na confiança e intimidade. No passado, era comum o mesmo médico acompanhar a vida do paciente e de seus familiares, por longo tempo. O paciente confiava plenamente nas prescrições de seu médico. Os avanços tecnológicos, contudo, possibilitaram que o contato entre médico e paciente fosse diminuído. A crescente tendência à especialização fez que com que, aos poucos, os médicos de família fossem substituídos por especialistas, com os quais o contato tende a ser menor e mais objetivo.

NAVES e SÁ¹³³ ressaltam que fatores como a “biotecnologia, a crescente especialização e, também, a interposição institucional” foram responsáveis pelo distanciamento cada vez maior. Dessa forma, pacientes não são mais tratados por seus

¹³² PARISE, Patrícia Spagnolo. *O que é biodireito?* Disponível em <<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>> Acesso em 01 de dez de 2011. Não paginado.

¹³³ NAVES e SÁ, *Apud* SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer. Eutanásia, suicídio assistido*. 2.ed. Belo Horizonte. Del Hey, 2005, 154.

nomes, mas identificados por números de prontuários, localização da enfermaria, ou tipo de doença.

Tal distanciamento tornou-se bandeira de combate dentro da cultura médica, que, na busca de resgate da antiga relação de confiança, começou a traçar nova cultura para qualificar a interação: a do paciente-cliente. A elevação do paciente a cliente, implica maior valorização de sua vontade. Esta consideração eleva o doente a sujeito, deixando de ser meramente aquele que espera, como a expressão paciente significa.¹³⁴

Como explica BORGES¹³⁵, o paciente cliente, tem mais participação na condução de seu tratamento, de maneira que encontra espaço para opinar sobre métodos e procedimentos, chegando até a decidir pela continuação ou interrupção de algum tipo de tratamento. Tal proteção à autonomia do paciente tornou-se tão relevante que a sua inobservância, por parte dos profissionais, pode acarretar denúncias de cárcere privado, constrangimento legal e até lesões corporais para o médico.

Tal relação, por certo é emblemática. Ao elevar o paciente à categoria de cliente, o que se pretende dizer é que, assim como todo cliente (em relação comercial), *o paciente sempre tem razão*. Contudo, tal afirmação merece cautela. O paciente, por mais esclarecido que seja, não possui o conhecimento científico do médico, que, por juramento e obrigação legal, tem o dever de aplicar a melhor técnica na busca da sua cura.

Instaura-se uma problemática de difícil solução: deve prevalecer a vontade médica ou a vontade do paciente? A doutrina diverge, e muito, para responder tal questão.

Uma solução é apontada por NAVES e SÁ¹³⁶, ao defender que a relação médico-paciente é análoga a qualquer outra estabelecida mediante vínculo contratual. Sendo contratual deve ser “informada pelos princípios da boa-fé contratual, da justiça contratual e da autonomia da vontade”. Em seus dizeres¹³⁷:

“A relação médico-paciente mais do que patrimonial, é uma relação que objetiva um valor existencial e encontra-se submetida e informada pelo princípio da dignidade. Muito além de possuir natureza contratual, a relação médico-paciente objetiva o comprometimento para com a saúde, o bem-estar e a dignidade deste”.

¹³⁴ BORGES, *op. cit.*, p.296

¹³⁵ *idem*

¹³⁶ NAVES e SÁ, *op. cit.*, p.113.

¹³⁷ NAVES e SÁ *op. cit.* p.115

A relação médico paciente deve orientar-se pelos princípios bioéticos. Segundo a obra “Iniciação à Bioética” publicada pelo Conselho Federal de Medicina¹³⁸, são quatro os princípios que fundam a Bioética: respeito à autonomia; da não maleficência; da beneficência e da justiça.

Nos limites do presente estudo, confere-se realce ao princípio da beneficência, que envolve manifestação da *benevolência*, conceito mais utilizado na literatura médica. Foi idealizada no século XVIII e XIX pelos britânicos Shaftesbury, Joseph Butler, Francis Hutcheson, David Hume e Jeremy Bentham¹³⁹. Tais pensadores consideravam que existia um princípio natural de benevolência ou da procura pela realização do bem dos outros em todos os indivíduos. Críticos do pensamento Hobbesiano defendem que os homens são dominados por interesses egoístas. Estes estudiosos acreditavam que o homem é dotado de benevolência, forma genérica da beneficência.

Para os citados autores, a benevolência representa disposição emotiva que tenta proporcionar bem aos outros; sendo qualidade boa do caráter das pessoas, uma virtude constitui disposição para agir de forma correta, características que todas as pessoas normais possuiriam.

A benevolência foi incorporada como princípio bioético que deve ser observado pelos profissionais da saúde e pelos familiares dos pacientes. Ela funciona como um dever moral perante o paciente, o dever de assegurar seus direitos fundamentais, de não fazer-lhe qualquer mal. O termo foi inicialmente tratado nas publicações do *Relatório Belmont* (Belmont Report) e no livro de BEAUCHAMP e CHILDRESS (*Principles of Biomedical Ethics*), publicados em 1978 e 1979, respectivamente. O *Relatório Belmont* elenca a beneficência como princípio e, como exposto, o livro apresenta uma teoria de princípios básicos da moral. Ambos os trabalhos valorizam a utilização de princípios nas soluções para os dilemas éticos emergentes, sobretudo, nas situações médicas.

O princípio da beneficência tem como regra nortear a prática médica, odontológica, psicológica e da enfermagem, entre outras, que vise ao bem do paciente, ao seu bem-estar e aos seus interesses.¹⁴⁰ ..

¹³⁸ CLOTED Joaquim , KIPPER, Délio José. *Princípios da beneficência e não-maleficência* . in: Iniciação a bioética. Conselho Federal de Medicina . Iniciação à bioética / Sergio Ibiapina Ferreira Costa, Gabriel Oselka, Volnei Garrafa, coordenadores. – Brasília : Conselho Federal de Medicina, 1998.

¹³⁹ CLOTED; KIPPER, *op. cit.*

¹⁴⁰ CLOTED; KIPPER, *op. cit.*

KIPPER e CLOT ¹⁴¹ assinalam que, segundo o princípio da beneficência, tenta-se, num primeiro momento, a promoção da saúde e a prevenção da doença e, em segundo lugar, pesar os bens e os males, sob prevalência dos primeiros.

DWORKIN¹⁴², por sua vez, explica a beneficência como um princípio de confiança. Em seus dizeres: “Quando se confia uma pessoa aos cuidados ou à tutela de outra, a primeira tem o que chamarei de direito a beneficência – um direito a que a segunda tome decisões que favoreçam seus interesses fundamentais.” O pensador americano, explica tal conceito comparando-o à relação jurídica entre o fideicomisso e o fideicomissário e acrescenta¹⁴³:

“Esse direito fiduciário é uma idéia conhecida tanto no direito como na moral: um fideicomissário deve agir de modo a atender aos interesses dos beneficiários do fideicomisso; os detentores de uma empresa devem agir em nome dos interesses de seus acionistas; os médicos e outros profissionais devem ter em vista os interesses de seus pacientes ou clientes. Nesses casos, o direito à beneficência não é um direito a que uma determinada pessoa assumira esse dever fiduciário de prestar assistência; esse direito só vigora quando alguém assume tal responsabilidade. Tampouco é um direito a que se coloquem recursos particulares à disposição do fiduciário; esse direito só rege a utilização de quaisquer recursos que de fato estejam disponíveis para a assistência ao beneficiário.”

O conflito na seara médico-paciente é compreensível, uma vez que, por mais que o profissional tenha condições de empregar determinado tratamento para assegurar a vida e saúde do paciente, tais medidas podem não corresponder exatamente a suas necessidades e expectativas. A busca do bem do paciente não deve ser interpretada à luz do que o profissional acredita ser o melhor, mas também não pode o médico deixar de empreender determinado tratamento importante, só porque este não o deseja.

KIPPER e CLOT compreendem a dificuldade de identificar os exatos limites entre a obrigação do médico com a vontade do paciente e defendem que o princípio da beneficência não pode ser absoluto. A beneficência tem também seus limites; o primeiro seria a dignidade individual, intrínseca a todo ser humano. Em suas palavras¹⁴⁴:

Além disso, ainda que o princípio da beneficência seja importantíssimo, ele próprio torna-se incapaz de demonstrar que a decisão do médico ou do profissional de saúde deva sempre anular a decisão do paciente, sendo essa uma das características dos deveres num primeiro momento ou deveres numa primeira consideração. Essa é uma das razões pelas quais foi afirmado que eles não são absolutos, mas sim condicionais ou dependentes da situação ou ponto de vista com que são afirmados

¹⁴¹ CLOTED; KIPPER, *op. cit.*

¹⁴² DWORKIN *op. cit.*, p. 326.

¹⁴³ DWORKIN, *op. cit.* p.326.

¹⁴⁴ CLOTED; KIPPER, *op. cit.*

No entanto, valorizar a vontade do paciente não é posição aceita por parte da doutrina. Em crítica, ASCENSÃO¹⁴⁵, ressalta que a valorização da vontade do paciente pode também causar sérios problemas para a sociedade e explicita: “corre-se o grande risco de a invocação de princípios em si corretos virem a disfarçar afinal uma espécie de eutanásia social, um mecanismo regulador da disponibilidade de leitos em hospitais, ou ainda uma cobertura pseudo-ética para a inércia”.

Há de se notar que o desejo do interessado de interromper, ou evitar determinado tratamento esbarra na barreira da indisponibilidade do direito à vida. A doutrina majoritária brasileira entende não ser permitida a renúncia a direitos cuja preservação é de interesse da ordem pública¹⁴⁶

A relativização da indisponibilidade do direito à vida se daria, apenas, depois da análise do caso concreto, tendo se averiguado que, de fato, o estado atual de sua vida já não lhe apresenta dignidade.

Como exemplificado em momento anterior, há pessoas que sofrem muito, devido a quadros clínicos irreversíveis, estágios terminais e não possuem mais vontade de continuar existindo; outros têm condições de viver durante anos. São situações diferentes, perante as quais a bioética e o biodireito apresentam respostas correspondentes.

Para os que não estão em fase terminal, as normas éticas e jurídicas tendem a repudiar, por completo, qualquer técnica que tenha por objetivo interromper a vida, mesmo que o homem muito a deseje. Quanto àqueles em fase terminal e que desejam interromper a vida, a bioética e o biodireito se posicionam de forma contrária, pois nesse último caso, entende-se que os tratamentos para prolongamento da vida podem tornar-se formas dolorosas e ofender a integridade humana.

No último exemplo, contudo, o médico não pode simplesmente abster-se de interromper os tratamentos, eis que deve buscar o consentimento informado do paciente para tal, ou aguardar a que este se manifeste nesse sentido. Em todos os casos, o profissional tem o dever primordial de fornecer todas as informações necessárias ao doente e a sua família, e ainda averiguar se seu consentimento é de fato livre, informado, e consciente.¹⁴⁷

Apesar de o médico levar em consideração o desejo do paciente, ele não está vinculado simplesmente a isso. Existe certo limite, definido pela ética, que exigirá do médico

¹⁴⁵ TEPEDINO, *op. cit.* p. 166.

¹⁴⁶ BORGES, *op.cit.*, p. 131.

¹⁴⁷ Há de se ter, contudo, muito cuidado, ao identificar o consentimento do paciente, eis que a manifestação de sua vontade pode ficar prejudicada em razão da influência que ambiente do hospital proporciona.

a continuidade de atenção à saúde do paciente, porque sua função não é só curar e lutar pela qualidade de vida do doente.¹⁴⁸, mesmo que este não queira mais qualquer tratamento.

Contudo, o respeito à vontade do indivíduo a cerca da interrupção da própria vida, precisa ser avaliado à luz dos princípios da bioética, tal como o princípio da beneficência.

Em verdade, embora as condutas éticas e jurídicas sejam homogêneas e abstratas, determinadas situações podem admitir exceções, para que se respeite a individualidade de cada sujeito. Entretanto, admitir a possibilidade de decisões diferentes para cada caso pode resultar em insegurança, não condizente com os princípios da legalidade.

¹⁴⁸ TEPEDINO, op. cit, p.177.

3-A TERMINALIDADE DA VIDA: O DILEMA DA PRÓPRIA MORTE COMO SOLUÇÃO

3.1 A relação do homem com a morte e com o sofrimento.

Neste capítulo, procura-se discutir a morte, tema que ameaça ou até aterroriza a humanidade, servindo de inspiração para pensadores de diversas áreas, a saber: religiosas, científicas, psíquicas e literárias. Tanto os momentos que a antecedem, como aqueles que a sucedem, são dilemas que afligem a sociedade.

O conceito de morte, assim como de vida tende a sofrer variações, de acordo com o contexto histórico e cultural. Cientificamente ela é considerada o fim permanente das atividades biológicas, necessárias à manutenção da vida de um organismo, ou como o encerramento da consciência, eis que a identificação da morte encefálica, que implica perda irreversível da atividade cerebral é capaz de atribuir o óbito a determinado ser vivo.

A noção de finalidade interfere no conceito morte, com conotação diversa em cada contexto. O dicionário MICHAELIS¹⁴⁹ apresenta vários empregos da palavra morte, por exemplo: morte civil, que implica perda de direitos e regalias civis; morte da alma, provocada pelo pecado; morte moral, decorrente da perda dos sentimentos de honra.

Contudo, mais intrigantes que o conceito, são as percepções psíquicas dos indivíduos em relação à morte. O que a morte significa para cada ser humano? Ela representa o fim? Existe algo após sua ocorrência? Tais questões ensejam as mais diversas teorias sobre a morte, as quais possuem grande influência no desenvolvimento da moral, dos princípios e do direito de cada sociedade.

KASTENBAUM e AISENBERG¹⁵⁰ sustentam que a interpretação atual sobre a morte resulta de herança cultural. Estudos antropológicos e arqueológicos comprovaram que o homem primitivo se preocupava em demasia com os seus mortos. MUNFORD, na clássica obra “A cidade na história”, defende a tese de que as primeiras cidades surgiram por força da cultuação das mulheres pelos seus mortos, que construíam santuários em torno dos corpos, o que permitiu que ali elas se aglutinassem, fixando-se naquele território, considerado

¹⁴⁹ MICHAELIS, Dicionário. 2009. *Morte*. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=morte>> Acesso em 10 de dezembro de 2012.

¹⁵⁰ BRASIL ESCOLA. *Estudo teórico sobre a morte*. 2012. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/psicologia/estudo-teorico-morte2.htm>> Acesso em 12 de dezembro de 2012.

sagrado. Foi do autor¹⁵¹ a famosa frase: “*A cidade dos mortos antecede a cidade dos vivos*” Civilizações mais evoluídas também deixaram grandes monumentos, construídos com o objetivo de guardar os cadáveres de seus líderes, tais como as pirâmides do Egito, túmulos dos faraós. Segundo KASTENBAUM e AISENBERG, já mencionados, os egípcios não só construíram grandes tumbas, mas também se preocupavam com ensinar os indivíduos a pensar, sentir e a agir em relação à morte.

No México, a população preserva a tradição dos antepassados, na adoração da Santa *Muerte*, definida como figura sagrada, representada, na maioria das vezes, por um esqueleto, coberto com manto e coroa, semelhante às imagens da Virgem Maria. A devoção tem origem nas tribos primitivas mexicanas que, com a conquista espanhola e, conseqüente implantação da religião católica, permaneceu de forma sincretizada. Entre os mexicanos, a morte é venerada como santo de proteção e guarda.

O culto aos mortos é fruto da crença, presente em muitos povos, de que a morte não significa fim, mas recomeço de nova etapa. Nasce a crença na idéia de alma, espírito, de vida após a morte. A morte seria a porta de entrada do homem justo, para um estágio melhor, onde encontraria conforto no paraíso, não obtido em vida.

A idéia de paraíso é associada à idéia de conforto. Por exemplo, entre os nórdicos, o paraíso é representado como local de calor e na cultura oriental, significa espaço de sombra, demonstrando que a figuração da pós-morte tende a representar algo que o indivíduo não teve em vida.¹⁵² A idéia de “lugar melhor” conforta os que estão morrendo e consola o que perdem seus entes queridos. Tal concepção facilita a integração psicológica do homem com o tema morte, não definida como cisão abrupta entre vida e morte. Tais representações alegóricas facilitaram o convívio com o evento da morte, com menos temor.

Na Idade Média, porém, a percepção da morte era associada a eventos ruins, causadores de grande temor. Muitos fatores explicam essa percepção: a Idade Média foi assolada por peste, fome, guerras, eventos de morte em massa. Da mesma maneira, à época ocorreu a imposição dos preceitos da Igreja Católica, tais como a inquisição, as cruzadas, e a substituição da idéia do paraíso, pela idéia de inferno, que se refletiram, negativamente, no conceito de morte, que passou a ser vista como ameaça. Sob essa influencia, criaram-se diversas representações negativas sobre a morte, tais como: caveiras, almas macabras,

¹⁵¹ MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Trad.: Neil R. da Silva. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

¹⁵² BRASIL ESCOLA, *op.cit.*

torturas, flagelos, escuridão, personificando a morte como entidade aterrorizadora, satânica, até hoje reproduzida na sociedade.

O advento do capitalismo e as sucessivas crises do último século também contribuíram para a construção negativa da morte. A idéia da força produtiva é inerente aos vivos, às pessoas sãs; logo, os doentes e moribundos, por não serem capazes de produzir, perdem seu valor. Assim, ideia de morte ficou associada ao término da capacidade produtiva do homem.

O homem moderno, cada vez mais individualista e menos preocupado com as questões coletivas, também criou nova perspectiva em relação à morte. Segundo KÜBLER-ROSS¹⁵³, a contemporaneidade e suas questões políticas sociais construíram uma sociedade onde a morte pode acontecer a qualquer momento, através da guerra, violência e acidentes, daí, o homem moderno ter desenvolvido barreira psicológica, evitando falar sobre o tema, como mecanismo de defesa.

Atualmente 70% das pessoas morrem nos hospitais, quando, no século passado, esse percentual era de 90%. Isso acontece, porque, no passado, a morte era planejada, esperada, optando as pessoas por morrer próximas dos familiares, com se a última despedida tivesse dignidade. Atualmente, a partida de alguém já não é preparada, eis que as novas tecnologias médicas e a perspicácia da medicina de tentar salvar e prolongar a vida até o último momento, retirou da morte a cena poética experimentada no passado, dando lugar à experiência de morte monitorada, em cama de hospital.

A morte passou de evento natural pertencente à vida a castigo¹⁵⁴. Hoje, talvez, mais do que em qualquer outro período, a morte é representada como acontecimento temível, causador de angústias e de sensação de vazio, frente à qual a razão humana é impotente.¹⁵⁵ Nessa tendência cultural, como sublinhou KOVÁCS¹⁵⁶ o medo de morrer é universal e atinge todos os seres humanos, independentemente da idade, sexo, nível sócio econômico e credo religioso.

No contexto jurídico, o desprestígio da morte revela-se na supervalorização à vida, considerada o maior e o principal direito fundamental do homem. É pela preservação da vida que a idéia e a indicação pela morte são afastadas nos mais diferentes sistemas jurídicos de todo o mundo.

¹⁵³ BRASIL ESCOLA, *op. cit.*

¹⁵⁴ BROMBERG, Maria Helena P.F. *A psicoterapia em situações de perdas e luto*. São Paulo, Editorial Psy II, 1994.

¹⁵⁵ MÖLLER, *op. cit.* p. 31.

¹⁵⁶ BRASIL ESCOLA, *op. cit.*

Da mesma forma, o sofrimento, que também faz parte da vida humana, não é desejado pelo homem, seja qual for sua idade, sexo ou cultura. O sofrimento sempre gera alguma espécie de limitação para o indivíduo, desde as limites psíquicos, sentimentais, financeiros e físicos.

Reversível ou irreversível, a forma de perceber e conviver com as barreiras impostas pelas circunstâncias da vida, depende de indivíduo para indivíduo, não cabendo às ciências avaliar objetivamente o limite de suportabilidade de cada um. Há pessoas mais fortes, que enfrentam o sofrimento e as suas limitações de maneiras consideradas heróicas e outros que não o aceitam, optando, pelo seu fim.

Para Victor Frankl, austríaco e criador da Logoterapia, uma das principais características humanas está na capacidade de elevar-se acima das condições biológicas, psicológicas ou sociológicas. O estudioso mencionado sobreviveu aos campos de concentração do holocausto, tendo perdido a esposa grávida e toda a sua família. Médico, disse que suportou o sofrimento, porque buscou dar a sua vida algum sentido, mesmo na prisão. Posteriormente, dedicou-se à criação da Logoterapia, que auxilia as pessoas a suportar seus sofrimentos.

Como outro exemplo, destaca-se Stephen Hawking, cosmólogo, portador de doença rara que o deixou totalmente paralisado. Apesar das limitações físicas, não interrompeu seus estudos e pesquisas, sendo hoje, admirado por toda comunidade científica, destacando-se como um dos maiores cientistas.

Por outro lado, não se pode esperar que todos os que tenham experimentando um sofrimento encontrem sentido suficiente para se manter nas respectivas circunstâncias de vida. Nada é mais natural do que desejo de qualquer animal de optar pelo caminho do prazer e evitar os sofrimentos.¹⁵⁷

Ramón Sampedro morreu em 15 de janeiro de 1998, após ter ingerido cianureto, colocado em sua bebida por amigos, a seu próprio pedido. Com tetraplegia irreversível, desde os 26 anos, adquirida após acidente de mergulho, o espanhol, que não perdeu qualquer faculdade mental, dizia que sua vida já não fazia sentido e que a situação de total dependência lhe causava apenas, angústia e sofrimento. Durante cinco anos, Ramón buscou, na justiça espanhola, o direito de ter a vida interrompida, por meio da ajuda de terceiros. Mas, teve seu pleito indeferido, já que a legislação da Espanha qualifica o auxílio à morte de alguém como prática de homicídio. Sem ter sua vontade reconhecida pelo Estado, solicitou que seus

¹⁵⁷DWORKIN, *op. cit.*, p.287.

amigos o ajudassem a morrer, mesmo clandestinamente, mas antes, deixou registrado, em vídeo, que aquele era seu maior desejo. Naquela ocasião declarou:

“Yo, igual que algunos jueces, y la mayoría de las personas que aman la vida y la libertad, pienso que vivir ES un derecho, no una obligación. Sin embargo he sido obligado a soportar esta penosa situación durante 29 años, cuatro meses y algunos días”(EL PAÍS,1998).¹⁵⁸

A luta do espanhol pelo cumprimento de sua vontade, ou pelo respeito ao seu direito à morte, como dizia, repercutiu em todo o mundo e trouxe para esfera jurídica um dilema de difícil solução. Afinal, a vontade de interromper a própria vida deve ou não ser tutelada pelo direito?

Embora existam pessoas com excepcional força de vontade e amor pela vida, mesmo em condições terminais ou sem esperança de recuperação, não se pode supor que todos os indivíduos, em igual situação, sejam dotados de tal coragem. Para muitos, a manutenção da vida não faz mais sentido, eis que já não é condição suficiente para a preservação de sua dignidade. Para esses, a vida já não se apresenta como direito, ou dádiva, mas como obrigação. Para essas pessoas a vida resume-se a sofrimento diário, sendo a chegada da morte, uma espécie de liberdade, a verdadeira cura.

DWORKIN¹⁵⁹ citando NIETZSCHE lembrou que é “uma indecência continuar vivendo em certas condições. Continuar vegetando em uma covarde dependência de médicos e aparelhos, depois que o significado e o direito à vida já se perderam, é uma atitude que deve inspirar o mais profundo desprezo a sociedade”. O filósofo dizia que é melhor morrer com orgulho, quando não for mais possível viver com orgulho.

Para ASCENSÃO¹⁶⁰, os dilemas em torno da opção pela morte são justificados, uma vez que, nos centros das preocupações médicas e científicas, está a doença e não o doente. O doente deve ser o protagonista e todos os esforços se devem fazer para acompanhá-lo. Para o autor, quando focamos a medicina na doença e não no doente, tendemos a colocar em segundo lugar o sofrimento do indivíduo.

A significância da chegada da morte é reflexo de como as pessoas encaram as respectivas vidas. Com base nessa premissa, em continuidade, busca-se expor a relação vida

¹⁵⁸ Tradução livre. “Eu, como alguns juízes, e como a maioria das pessoas que amam a vida e liberdade, penso que viver é um direito, não uma obrigação. No entanto tenho sido forçado a suportar esta situação dolorosa por 29 anos, quatro meses e alguns dias.

¹⁵⁹ DWORKIN, *op. cit.*, p. 300.

¹⁶⁰ ASCENSÃO, *op. cit.*.p. 175.

e morte para os indivíduos que se encontram em estágio terminal, para as pessoas com paraplegias irreversíveis, para os pacientes de doenças psíquicas e para os sujeitos que perderam membros do corpo.

3.1.1 A vida para os pacientes em estágio terminal.

Estado terminal é aquele cuja condição se encontra irreversível, sem cura, e que apresenta alta probabilidade de morrer num período relativamente curto.¹⁶¹

O estágio terminal, conforme ASCENÇÃO¹⁶², ocorre independentemente de o doente se encontrar em estado vegetativo persistente, ou em coma, podendo estar totalmente lúcido, com perfeita consciência. O diagnóstico é o de não haver qualquer possibilidade de recuperação. A morte encefálica, por exemplo, representa o estado clínico irreversível, em que as funções cerebrais (telencéfalo e diencéfalo) e do tronco encefálico estão irremediavelmente comprometidas.

Segundo o artigo 3º, da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 (Lei dos Transplantes)¹⁶³, a morte encefálica caracteriza a morte no direito brasileiro. Confirma este entendimento a Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1997, no qual o estabelecimento do conceito de morte foi fixado por médicos, qual seja, a morte encefálica, que é o critério adotado para que se permita o transplante de órgãos.¹⁶⁴ Nesta Resolução, discriminam-se os métodos de caracterização de morte encefálica.

De acordo com MORATO¹⁶⁵, a morte encefálica representa o estado clínico irreversível, em que as funções cerebrais (telencéfalo e diencéfalo) e do tronco encefálico

¹⁶¹ KIPPER, José Délio. PIVA, Jefferson Pedro. Dilema éticos e legais em pacientes criticamente doentes. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em < http://www.jpmed.com.br/conteudo/98-74-04-261/port_print.htm> Acesso em 05 de novembro de 2012.

¹⁶² ASCENÇÃO, *op. cit.* p.162.

¹⁶³ Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

¹⁶⁴ CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial;

¹⁶⁵ MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. *Revista Médica de Minas Gerais*. Vol. 19, nº 3, 2009. Disponível em: <http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/viewArticle/164>. Acesso em 03 de junho de 2012.

estão irremediavelmente comprometidas. Baseia-se na presença concomitante de estado de coma sem qualquer resposta ao estímulo externo, inexistência de reflexos do tronco encefálico e apneia. Diagnostica-se a morte encefálica, através de dois exames clínicos realizados com intervalo de, pelo menos, seis horas (artigo 5º, Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina¹⁶⁶).

Patrícia Diane Trumbull, uma nova-iorquina de quarenta e cinco anos, possuía leucemia e recusou o tratamento quimioterápico e os transplantes, depois que foi informada de que o tratamento só lhe oferecia uma entre quatro chances de viver. Ciente da devastação e os efeitos do tratamento, Patrícia o recusou, porque acreditava que o sofrimento ao qual se submeteria não compensaria as poucas chances de sobreviver.¹⁶⁷ Da mesma forma, inúmeros pacientes, portadores de doenças incuráveis que podem levar ao óbito em pouco tempo, preferem a morte natural à submissão a tratamentos paliativos.

Nas intervenções médicas, feitas, exclusivamente com o propósito de prolongar a vida, o paciente vê, por muitas vezes, seus direitos personalíssimos violados, porque o prolongamento artificial da vida posterga também seu sofrimento. Por outro lado, há quem sustente que exista um direito à vida, mas não sobre a vida, não existindo, portanto, livre disposição sobre a mesma. Logo, não haveria um direito de morrer; melhor dizendo, não haveria um direito em optar sobre a própria morte.

Vale trazer à tona a reflexão de MEIRELLES e TEIXEIRA¹⁶⁸: “se a condenação do paciente é certa e a morte é inevitável, está sendo protegida a vida? Não; o que há é postergação da morte, com sofrimento e indignidade.”

PRAXEDES¹⁶⁹ defende que os pacientes terminais possuem direitos específicos que devem ser respeitados; entretanto, limitados pelo direito à vida, irrenunciável e inalienável. Para o autor, o paciente terminal teria direito de dispor de seu tratamento por meio das seguintes formas: escolher ser ou não tratado; receber alívio dos sofrimentos, mesmo com risco de vida, receber os cuidados ordinários¹⁷⁰ e, eventualmente os extraordinários e ser

¹⁶⁶ Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas

b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas

c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas

d) acima de 2 anos - 6 horas

¹⁶⁷ DWORKIN, *op.cit.*, p.251.

¹⁶⁸ BORGES, *op.cit.*, 371.

¹⁶⁹ PRAXEDES, Humberto. *Paciente Terminal*. In: Direito fundamental à vida. Grandra. Ives. (Coord). São Paulo. Quartier Latin. 2005,p.585.

¹⁷⁰ Segundo o autor, os cuidados extraordinários são aqueles de uso obrigatório para qualquer paciente, os extraordinários são utilizados apenas quando forem necessários ao bem estar e conforto do paciente.

tratado com dignidade. Ainda segundo o autor, o paciente, mesmo em estágio terminal, também tem direito a manobras de ressuscitação, ventilação artificial, cirurgias mutilatórias, transfusões de sangue e terapêuticas experimentais.

Defensor da vida do paciente terminal, PRAXEDES supramencionado acrescenta que, mesmo expressando sua vontade, ele não tem direito de recusar cotas básicas de hidratação, cotas básicas de nutrientes e solicitar que seja morto, pois, numa hierarquia de valores, o direito à vida, estaria sobreposto à autonomia da vontade do paciente. Ao defender a tese, o autor em tela acredita que o desejo pela morte não é o verdadeiro desejo do paciente, que, apenas, quer pôr fim ao seu sofrimento e não a sua vida. Em seu entendimento, tais solicitações decorrem da tristeza e abatimento do doente.

A questão relacionada aos pacientes terminais é tratada no Brasil com vistas a evitar o sofrimento do paciente. O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.931/2010, veda a obstinação médica inútil, que apenas traz sofrimento ao paciente. Nesses casos, autoriza-se a ortotanásia, prática que não visa a abreviar a vida, mas permitir que a morte natural chegue ao seu tempo.

A questão, contudo, torna-se ainda mais complexa, em relação aos sujeitos que embora não estejam em estágios terminais, encontra-se em situações irreversíveis, inexistindo qualquer técnica médica capaz de reverter o quadro clínico. Questiona-se se é válido prolongar, por anos, um estado que não pode ser modificado. A questão envolve os familiares, seus recursos financeiros e a realização da vontade do paciente. Como exemplos, pode-se mencionar pessoas em estado vegetativo persistente ou em coma, sem previsão de reversão.

No estado de coma, a pessoa está viva e seu cérebro funciona; logo, a natureza humana permanece intacta. A situação deve ser considerada passível de reversão e, ainda que os médicos declarem a irreversibilidade do estado de coma, o paciente não se transforma em objeto, mantendo-se um sujeito de direito para todos os fins legais.¹⁷¹

Conforme o autor supramencionado, no estado vegetativo persistente, a pessoa está desperta. Há períodos de sono, mas não está consciente; não responde a estímulos em geral, mas pode exprimir algo, por exemplo, um esgar em reação à dor provocada. Distingue-se do estado minimamente consciente, em que o paciente apresenta alguma reação.

Outro exemplo digno de reflexão se refere ao caso da americana Nancy Cruzan, que durante sete anos viveu em estado vegetativo, após ter o córtex cerebral afetado em um

¹⁷¹ ASCENÇÃO *op. cit.* p.157.

acidente de carro. Cientes da irreversibilidade de seu quadro, seus familiares recorreram à Suprema Corte para demandar o direito de desligar seus aparelhos. A Corte Americana, após a confirmação do seu quadro clínico e após a prova de que Nancy havia dito preferir a morte a ter que viver sem metade de suas capacidades mentais, deferiu o pleito da família, que, imediatamente, pediu que os médicos desligassem seus aparelhos.¹⁷².

Nesse caso, considerou-se a vontade do paciente e a prova da irreversibilidade do quadro clínico. No entanto, a realidade médica enfrenta com frequência o dilema em que o paciente, quando ainda consciente, nunca tenha expressado qualquer consideração a esse respeito. Além do mais, a medicina ainda não chegou ao patamar máximo de evolução, já que a cada dia novas descobertas representam esperanças, mesmo para casos considerados irreversíveis.

Segundo o site CIÊNCIA HOJE¹⁷³ uma colaboração entre duas equipes médicas, de Liège (França) e Cambridge (Reino Unido) permitiu descobrir que um paciente, considerado pela medicina em estado vegetativo durante cinco anos, podia comunicar-se, dando respostas de “sim” e “não”, unicamente por pensamento, através de nova tecnologia de scanner cerebral. Sob outro ângulo de análise, em alguns casos, há relatos de recuperação de pessoas em estado vegetativo persistente; porém, muitos falecem antes de completar dez anos nesse estado.

Os exemplos expostos constituem evidentemente, dilemas de natureza ética, científica e jurídica, para os quais não se dispõe de resposta precisa e segura.

3.1.2 A vida para os portadores de paraplegias irreversíveis.

O direito depreende-se, também, com o caso daqueles pacientes que, em estágio não terminal, mas irreversíveis, os quais, com capacidade e consciência plenas, desejam interromper a própria vida. São sujeitos que perderam seus movimentos, e que até para antecipar a morte dependem do auxílio de terceiros, como foi o exemplo do espanhol Ramóm Sampedro.

¹⁷² DWORKIN, *op. cit.*, p. 252.

¹⁷³ CIÊNCIA HOJE. *Pacientes em estado vegetativo comunicam com médicos*. 03 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.cien.ciahoje.pt/index.php?oid=39329&op=all. Acesso em 09 de novembro de 2011.

São casos onde se sustenta que a vida, compreendida em seu sentido mais amplo, não está sendo plenamente gozada, tornando-se um fardo. Esses casos se revelam mais emblemáticos e controversos, pois, ao contrário dos suicidas, que agem sós, esses sujeitos precisam do auxílio de terceiros para morrer.

A paraplegia, tal como a tetraplegia, é um estado que normalmente resulta de uma lesão medular que pode classificar-se como completa ou incompleta, dependendo de existir ou não controle e sensibilidade periféricos abaixo do nível da lesão do indivíduo. Na pessoa paraplégica há a perda do controle e da sensibilidade nos membros inferiores, impossibilitando a marcha e dificultando a posição de sentar. Normalmente, as lesões que resultam em paraplegia situam-se ao nível da coluna dorsal ou coluna lombar, sendo que quanto mais alta a lesão, maior o impacto no nível do controle e na sensibilidade, uma vez que a medula é afetada.

As paraplegias podem ser irreversíveis, reversíveis ou causadas por doenças infecciosas ou degenerativas. O portador das paraplegias precisa se adaptar a essa condição, que pode ser permanente ou não, devendo apreender a utilizar os equipamentos que lhe garantam mobilidade, como, por exemplo, a cadeira de rodas.

Muitos pacientes nessa situação, não raro, expressam o desejo de interromper seu sofrimento. São pessoas dotados de consciência e convicção do que desejam e que exigem, apenas, que sua liberdade e autodeterminação sejam respeitadas.

A canadense de Quebec, Nancy B., de vinte e cinco anos, padecia de rara doença neurológica, que a deixara paralisada do pescoço para baixo. Nancy ainda poderia viver durante anos, ligada aos aparelhos que lhe permitiam respirar e se alimentar, mas pediu autorização ao juiz para desligá-los. O juiz do caso, numa decisão surpreendente, acolheu o pedido, sendo os aparelhos desligados em 1992. Nancy disse que não agüentava mais assistir televisão e olhar para as paredes. Para ela, sua vida já não fazia qualquer sentido¹⁷⁴.

Em sentido oposto, ainda que tenha manifestado inúmeras vezes o desejo de morrer, a corte espanhola negou a Ramon Pietro o pedido para desligar os aparelhos, tendo o mesmo solicitado que seus amigos o ajudassem a ingerir cianureto.

É racional e humanamente compreensível o sofrimento a que se sujeita um tetraplégico, ou alguém em um quadro irreversível. Basta lembrar a privação da completa autonomia e a dependencia de terceiros para realizar qualquer ato. Muitos sequer conseguem se expressar, o que retira ainda mais do individuo sua qualidade de sujeito. Nessas condições,

¹⁷⁴ DWORKIN, *op cit*, 256.

por mais que se deseje a vida humana, não se pode negar que há casos onde a “vida” se resume-se à condição de sobrevivência, não havendo ali qualquer tipo de dignidade; apenas sofrimento e agonia.

3.1.3. A vida para os pacientes de doenças psíquicas.

Alguns pacientes de doença psicológica não exibem manifestações físicas. Conhecidas como distúrbios, disfunções, transtornos ou perturbações, muitas doenças psicológicas são atribuídas ao estilo de vida, cultura e sociedade em que se vive, como, por exemplo, a depressão e ansiedade, problemas comuns nas atuais sociedades industrializadas.

A medicina costuma classificar os transtornos psíquicos em diversos níveis e graus e afetabilidade da consciência, sendo alguns reversíveis, outros controláveis e outros ainda incontroláveis e irreversíveis ¹⁷⁵.

O grande problema em considerar a morte como solução para os pacientes portadores de distúrbios psíquicos é que estes, em razão do estado de sua doença, nem sempre conseguem expor sua opinião.

Janet Adkin, do Oregon, com cinquenta e quatro anos, sabia que estava nos estágios iniciais do Alzheimer e quando ainda estava em condições de decidir por si própria e possuía lembranças dos familiares declarou que preferia morrer. Com consciência, entrou em contato com o Dr. Kervorkim, inventor de máquina de injetar veneno. A Sra. Janet Adkin gravou um vídeo em que convenceu o Dr. Kervorkim de que preservava suas faculdades mentais. Convencido pela paciente, ele injetou uma agulha em seu corpo e ela apertou o botão, liberando o veneno para morrer. Janet tinha, ainda, total consciência do seu desejo, bem como ciência de todos os transtornos que o avanço que a doença neurológica poderia lhe oferecer ¹⁷⁶.

Sem consciência, não há possibilidade de avaliação do desejo do paciente. Autorizar a morte dos pacientes que sofrem de transtornos mentais sem a exata certeza de sua vontade,

¹⁷⁵ BRASIL ESCOLA, *op. cit.*

¹⁷⁶ DWORKIN, *op. cit.* p. 268.

seria demasiadamente arriscado e perigoso, correndo-se o risco de autorizar a morte, não para satisfazer o desejo do paciente, mas como espécie de limpeza social, já que se estaria retirando da sociedade os loucos, doentes que requerem atenção redobrada do Estado.

Numa crítica pertinente, ASCENSÃO¹⁷⁷, lembra que a valorização da vontade do paciente para justificar a interrupção de sua vida, ainda que conscientemente manifestada, pode também causar sérios problemas para a sociedade. Ele afirmou que “corre-se o grande risco de a invocação de princípios em si corretos vir a disfarçar afinal uma espécie de eutanásia social, um mecanismo regulador da disponibilidade de leitos em hospitais, ou ainda uma cobertura pseudo-ética para a inércia”.

3.1.4. A vida para os pacientes que sofreram amputações.

A amputação de membros de um corpo implica em mutilação física e psicológica, com impactos de natureza emocional, social e laboral, entre outros. Nesse processo, os amputados são forçados a construir nova imagem corporal, que será (ou não) aceita.

Entende-se por imagem corporal a representação que cada um faz de si mesmo e que lhe permite orientar-se no espaço. Segundo SCHILLER¹⁷⁸, ela engloba todas as formas pelas quais uma pessoa vivencia e conceitua o próprio corpo. Para desenvolver a imagem corporal é necessário dispor de referências sobre o próprio corpo: vivenciar as sensações corporais e torná-las concretas. São as sensações corporais que asseguram a construção da imagem corporal¹⁷⁹.

A representação mental do corpo é necessária à vida normal, ficando prejudicada quando ocorre a amputação de parte desse corpo. Assim, a perda de parte do corpo faz com que o indivíduo precise adaptar-se a brusca alteração da sua imagem corporal. Além disso, a perda da parte do corpo impõe ao indivíduo um novo modo de viver e de experimentar sensações. Socialmente, os amputados levam consigo uma imagem corporal diferente, não sendo raro que se representem como seres imperfeitos e incapazes.

A amputação provoca modificação permanente na auto-imagem e aparência do indivíduo e, dependendo da importância que a imagem corporal do sujeito desempenhava em

¹⁷⁷ ASCENSÃO. *op.cit* p. 166.

¹⁷⁸ SCHILLER, P. *A Imagem do corpo: as energias construtivas da psique*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.26.

¹⁷⁹ TAVARES, *op. cit.* p. 47.

sua vida, a amputação pode não ser aceita. Note-se, por exemplo, casos de modelos e atletas, que sempre associaram seu corpo aos aspectos primordiais de sua vida. Para eles, a amputação pode representar não só a perda de um membro, mas, essencialmente do que há de melhor na própria vida. Por isso, é compreensível que tendam a considerar insuportável a vida como amputados. Considerando inadmissível a incapacidade locomotiva, o acréscimo de décadas de imobilidade a uma vida que antes girava em torno da ação representa um lapso na narrativa de sua história, sem qualquer sentido ou estrutura: uma vida pior do que a que termina quando a atividade cessou¹⁸⁰.

No filme de Clint Eastwood, *Million dollar baby* (2004), veiculado no Brasil como *Menina de Ouro*, a atriz Hilary Swank, interpreta a boxeadora Maggie Fitzgerald. Dedicada exclusivamente ao sonho de ser campeã, Maggie sofre lesão durante uma luta e ficou paraplégica. Ainda internada, uma infecção a faz perder as pernas e dois braços. Sem perspectiva de vida, a ex-boxeadora passou a clamar pela morte. Diversas vezes, tentou o suicídio, mordendo sua língua e recusando-se a comer. Com perfeita consciência, conseguiu convencer seu antigo treinador, interpretado por Clint Eastwood, a desligar seus aparelhos. Histórias assim, se repetem na vida real...

Casos de superação também são encontrados, como, por exemplo, a história do iatista e medalhista olímpico brasileiro Lars Grael, que, mesmo após perder uma perna num acidente em alto mar, retornou às competições, disputando, inclusive, as olimpíadas realizadas em Pequim.

A recepção da notícia de uma amputação varia de pessoa para pessoa e demanda um processo de adaptação longo e paciente. Os amputados não precisam se apenas adaptar à nova vida, ou readaptar-se ao uso de uma prótese; mais do que tudo, cabe-lhes enfrentar o desafio de compreender a nova imagem corporal, que pode ser aceita ou não.

3. 2. As técnicas de abreviação da vida.

As práticas de interrupção da vida sempre foram conhecidas ao longo da história da humanidade. Na atualidade, merecem relevo: a ortotanásia, a eutanásia e o auxílio ao

¹⁸⁰ DWORKIN. *op. cit.*, p. 298

suicídio. Cada uma dessas práticas implica consequência ética diferente, como se analisará em continuidade.

A ortotanásia constitui recurso para evitar a distanásia¹⁸¹, pois, ao invés de prolongar artificialmente a vida, permite que a morte aconteça com naturalidade, sem abreviar, nem prolongar o seu processo. Na ortotanásia, a morte do paciente decorre da evolução natural da doença, devido à conduta do médico, que deixa de aplicar ao paciente tratamentos inúteis, dos quais nada se pode esperar a não ser sofrimento prolongado.

Sá¹⁸² entende que a ortotanásia pode ser traduzida como mero exercício regular da medicina, uma vez que é dever do médico compreender a morte como resultado da evolução da doença, sem que se disponha de meios de evitá-la. A autora acrescenta que a decisão de interromper tratamento inútil depende da autorização do paciente, quando este estiver em condições para deliberar sobre sua vida ou pelo crivo dos familiares, até para que o médico possa interromper o tratamento com mais segurança, sem correr o risco de sofrer uma ação judicial.

DWORKIN¹⁸³ ressalta a concordância geral com a idéia de que é errado e antiético colocar fim deliberadamente à vida humana, tendo em vista o caráter inviolável da vida, independente de qualquer pressuposto acerca de interesses ou direitos em jogo. O autor cita como exemplo um coronariopata, (que não se encontra em estado terminal) que dá muito trabalho para sua família, não deve passar pela ortotanásia, deixando de ser medicado, ainda que o doente deseje. Ele avalia não haver interesse egoístico ou altruístico que justifique tal omissão, uma vez que o coronariopata pode sobreviver por muitos anos, se bem tratado, além de estar consciente e de respirar sem ajuda de aparelhos.

Sobre o tema, vale ressaltar um dos dispositivos que, inclusive, foi alvo de polêmicas no Novo Código de Ética Médica, trazido pela Resolução nº 1931/2010, qual seja, o parágrafo único do artigo 41, dispositivo do Capítulo V, que aborda a Relação com Pacientes e Familiares, que assim dispõe:

É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou

¹⁸¹ A distanásia, ao contrário da ortotanásia, prolonga artificialmente a morte, tornando-a lenta e dolorosa. Também conhecida como obstinação terapêutica, futilidade médica ou encarniçamento terapêutico, o método se mostra desumano e é eticamente reprovável, pois só causa sofrimento a agonia para o sujeito.

¹⁸² SÁ. *op.cit*, p.134.

¹⁸³ DWORKIN *op. cit*, p. 34.

terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Esse dispositivo trata da ortotanásia E o artigo em realce diz respeito à respeito a autonomia privada do paciente, já que a decisão pela interrupção do tratamento deve, primeiramente, ser do próprio paciente.

Uma das críticas ao diploma legal atém-se ao risco de que o paciente, diagnosticado como portador de doença incurável e terminal, fique privado de ações diagnósticas e terapêuticas, em razão de avaliação prematura dos médicos.

BORGES¹⁸⁴, apesar de favorável à ortotanásia, não deixa de apontar algumas objeções, que merecem reflexão. Para a autora, o principal argumento contrário é o de que, com o intenso desenvolvimento do conhecimento médico, a determinação da irreversibilidade de um quadro de saúde pode ser falha. Além disso, há casos em que a determinação da morte é equivocada. Não raro, há registros de pessoas dadas como mortas que despertam durante seu velório ou, até mesmo, depois que o enterro se finalizou. Na análise da autora em comento, são os riscos próprios dos limites do conhecimento tecnológico que exigem cuidado nos critérios avaliativos sobre a morte. Diante de tão importantes desafios, a autora defende que a consciência desses limites e os cuidados contra o arbítrio sejam sempre maximizados.

A ortotanásia encontra amparo legal no art. Art. 5º III da Constituição Federal e no art. 15 do Código Civil que assim dispõem, respectivamente: “ninguém será submetido, à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de morte, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Outra forma de interrupção da morte, a mais polêmica, é a Eutanásia. Na perspectiva etimológica, eutanásia significa boa morte; ela consiste na ação ou omissão do médico, enfermeiro, ou do cuidador, que, por compaixão e com o consentimento do indivíduo, provocam a sua morte.

Ela pode ser ativa, quando o terceiro atua positivamente, como, por exemplo, desliga um aparelho ou injeta remédio letal no paciente. Pode ser passiva, quando a ausência de conduta ativa produz a morte: são exemplos da eutanásia passiva a ausência de cuidados paliativos aos pacientes, os quais provocam o fim da vida. Aproximam-se, na última hipótese, a eutanásia passiva e a ortotanásia. Atualmente o conceito de eutanásia está mais associado à ação e não omissão, significando a prática que visa antecipar a morte do paciente.

¹⁸⁴ BORGES *op. cit.*, p. 237.

A eutanásia era freqüente entre os cidadãos da Grécia Antiga, que, poderiam optar pela morte, depois de obter autorização do magistrado local. No Egito, Cleópatra VII (69a.C-30aC) chegou a criar uma "Academia" para estudar e realizar experiências sobre as formas de morte menos dolorosas.

Na Índia Antiga, os doentes incuráveis eram atirados publicamente no Rio Ganges. A Bíblia também aponta episódios da prática da eutanásia. Alguns teólogos informam que a morte do Rei Saul, foi a primeira prática de eutanásia registrada na história. Saul, após estar gravemente ferido em uma batalha, teria pedido para um amalequita ¹⁸⁵ que o matasse, a fim de evitar ser prisioneiro dos inimigos. ¹⁸⁶

Durante os séculos e nas mais diferentes culturas, é possível encontrar exemplos de casos de eutanásia. Na década de 1930/40, tal prática foi difundida e utilizada para eliminar idosos, deficientes físicos e demais doentes avaliados como indesejáveis, na esteira do que ocorreu na Alemanha Nazista e diversos outros regimes ditatoriais.

Na atualidade, com o advento das cartas internacionais de Direitos Humanos, buscou-se a fundamentação da eutanásia na dignidade humana e no respeito à autonomia da vontade do paciente. Contudo, tal prática ainda é bastante criticada pela sociedade civil.

Nesse contexto, a eutanásia é repudiada pelas igrejas, associações internacionais em inúmeros países. Até a Associação Mundial de Medicina já se posicionou contrária a tal prática, avaliada como incompatível com conduta ética, eis que criminosa e ofensiva à vida. Nessa linha de entendimento, SERRÃO¹⁸⁷ afirma que “a eutanásia não é a solução do problema do sofrimento é a destruição do sofredor”.

Por outro lado, já existem países que a legalizaram, como os Países Baixos e a Bélgica que a regulamentaram, em 2001 e 2002, respectivamente. Nesses países, a eutanásia só é assim qualificada, quando se verifica o estágio terminal e irreversível do paciente, além da comprovação de que o ato foi cometido por compaixão; em caso contrário, se interpreta como homicídio.

DWORKIN ¹⁸⁸ sustenta que a condenação à prática da eutanásia se baseia em razões paternalistas do Estado, que se esquece de analisar o interesse do paciente. Conforme palavras textuais do pensador mencionado¹⁸⁹:

¹⁸⁵ Diz-se amalequita, o natural de Amaleque, uma tribo de Israel.

¹⁸⁶ BIZATTO. José Ildelfonso. *Eutanásia e Responsabilidade Médica*. Porto Alegre: Sagra, 1990, p. 23.

¹⁸⁷ ASCENSÃO. *op. cit.* p.175..

¹⁸⁸ DWORKIN *op. cit.*, p.271.

¹⁸⁹ DWORKIN, *op. cit.*.p. 272.

“nossas razões são paternalistas: acreditamos que ele (o doente) desconhece seu próprio interesse e que sabemos melhor o que é melhor para ele”. Ainda para o autor a vida humana é colocada num posto de santidade, a eutanásia se apresenta como um insulto a Deus.

No Brasil, a eutanásia é repudiada e, embora não conste tal expressão no Código Penal, aqueles que a praticam são julgados pelo crime de homicídio. (art. 121 do Código Penal¹⁹⁰). O que há aqui é a possibilidade de redução de pena, conforme previsão do parágrafo primeiro, caso o magistrado entenda que a conduta do agente tenha ocorrido por motivo de relevância moral e social.

Já o auxílio ao suicídio, ou suicídio assistido é a prática recorrente daqueles que, mesmo não estando em fase terminal, desejam interromper sua vida, com o auxílio de terceiros, vez que não conseguem fazê-lo sozinhos. O terceiro só auxilia e o interessado suicida-se, com consciência e vontade própria. O suicídio assistido ocorre com a participação material, quando alguém ajuda a vítima a se matar, oferecendo-lhe meios idôneos para tanto¹⁹¹. Nessa prática, é primordial que o paciente requeira o auxílio para morrer, não podendo ser instigado pelo terceiro.

No Brasil, aqueles que auxiliam o suicídio são penalizados pelo crime específico de auxílio a suicídio, previsto no art. 122 Código Penal. Nesse caso, a lei penal não prevê a redução da pena, por motivo de caráter moral ou social.

Independentemente da técnica utilizada na abreviação da vida, DWORKIN¹⁹² assinala que a morte própria ou a morte de terceiros é opção que só deve ser considerada mediante a ocorrência de três tipos de situação: quando o paciente estiver consciente e competente; quando o paciente não tiver consciência; e quando o paciente não tem consciência e nem competência.

Na primeira situação, o paciente tem plena consciência e capacidade de decidir, ao passo que, na segunda, a ausência de consciência do paciente implica que a decisão sobre sua vida ficará nas mãos de terceiro e, na terceira, quando a doença já afeta a capacidade de o paciente expressar sua vontade. O autor adverte para a necessidade de cautela, para avaliar todas as situações, especialmente nos casos em que o paciente não se encontra em estágio

¹⁹⁰ Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

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

¹⁹¹ BORGES, *op. cit.* p. 235.

¹⁹² DWORKIN. *op.cit.*p. 278.

terminal, mas também não possui consciência para determinar se deseja, ou não, abreviar sua vida.

3.3 A visão do Estado.

É impossível dissociar o direito das questões morais e culturais; daí ser tão complexa a análise das questões relativas às técnicas de abreviação da vida. Como ressaltado, a religião exerce forte influência nas principais críticas em relação a tais técnicas. Os judeus, por exemplo, entendem que a vida tem valor tão sagrado que sequer pertence à pessoa, mas a Deus. Assim, segundo os preceitos judaicos, a vida deve ser preservada, mesmo que implique alto custo, pois cada minuto da vida é considerado sagrado, sendo a sua preservação, algo que extrapola o ideal de levar vida boa.¹⁹³

Em 1956, a Igreja Católica posicionou-se de forma contrária à eutanásia, considerada ofensa à lei de Deus. Embora laico, o Estado brasileiro também não admite a prática da eutanásia, por entender que a vida é um bem jurídico que deve ser tutelado e nunca interrompido. Nesse cenário, a eutanásia e o suicídio assistido são considerados crimes.

Vale indagar, contudo, quais seriam os interesses do Estado na manutenção de um paciente em estado vegetativo irreversível, ou terminal. O paciente e a família possuem interesses particulares na manutenção da vida; mas e o Estado? Pode ele invadir a intimidade privada das pessoas, ao ponto de impedir que elas optem por morrer?

Já se disse que a vida é o direito essencial ao exercício de todos os direitos, sendo ela, portanto, o mais importante direito fundamental do ser humano. Contudo, a lei também prevê que a vida deva ser digna. Sendo assim, se é cientificamente impossível reverter quadros clínicos que impedem o exercício da plenitude de todos os direitos que dão valor à vida, a manutenção do sofrimento ofende ao princípio constitucional da vida digna.

A preservação da vida, por si só, não parece atender ao desejo do constituinte originário. No entanto, interromper o processo vital, também não se revela dentro do aceitável pela sociedade.

Para BORGES¹⁹⁴, o direito à morte digna é a reivindicação pelo direito de não subverter-se a agonias e a tratamentos prolongados e inúteis. Morrer dignamente significa retomar, nos últimos instantes da vida, o direito à liberdade, a autonomia e à consciência.

¹⁹³ DWORKIN, *op.cit.*, p. 303

¹⁹⁴ BORGES, *op.cit.*, p.236.

Ainda segundo a autora, tal reivindicação em nada se assemelha a alguma espécie de direito à morte, pois o clamor pela morte digna corresponde ao direito de ver respeitado o desejo do paciente, como um sujeito de vontades.

Assim como BORGES muitos defendem que o respeito à vontade do paciente representa garantia à dignidade humana, além de importar na cessação do sofrimento do requerente. Outros, contudo, entendem que respeitar a vontade do sujeito seria inconcebível, porque, embora exista o consentimento do interessado, qualquer tipo de auxílio à morte é vedado por lei e constitui espécie de crime. Estes comungam da idéia de que existe um direito à vida, mas não sobre a vida, não existindo, portanto, livre disposição sobre a mesma. Em outras palavras, não existiria direito de opção pela própria morte.²⁷

A relativização da indisponibilidade do direito à vida se daria, apenas, depois da análise do caso concreto, tendo se averiguado que, de fato, a vida já não apresenta dignidade para aquele que deseja interrompê-la.

Segundo SAMPAIO¹⁹⁵ não há dúvidas de que o Estado deve proporcionar o bem-estar a todos os seus cidadãos, devendo protegê-los contra todo tipo de ações que importem o fim da existência ou lhe ponha à beira da própria morte. No entanto, Estado não teria o direito de preservar a vida de alguém, sempre que seu bem-estar estivesse mais bem servido pela permissão de morrer com dignidade.

Nos Estados Unidos, no ano de 1991, foi aprovada uma lei referente à autodeterminação do paciente – *The Patient Self-Determination Act*- PSDA. O mencionado diploma legal impõe que, no momento da admissão do paciente, o hospital preste informações sobre seu direito de aceitar ou recusar o tratamento. Dessa forma, busca-se garantir a autodeterminação do paciente, facilitando sua participação nas decisões referentes à sua saúde e vida.

DINIZ¹⁹⁶ aponta que o paciente pode estabelecer sua decisão de três formas. a) pela declaração expressa, mediante testamento vital¹⁹⁷; b) pela decisão por parte do representante legal específico; ou seja, de um curador com competência específica para tomar decisões

¹⁹⁵ BORGES. *op. cit.* p. 157.

¹⁹⁶ DINIZ, *op. cit.* p. 335.

¹⁹⁷ BORGES nos explica que testamento vital (*living will, testament de vie*) é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de determinada forma de tratamento, como vontade do paciente, que pode vir a estar impedido de manifestar sua vontade em razão da doença. No Brasil não há regulamentação sobre o testamento vital, mas admitimos sua validade, diante da autonomia da vontade. BORGES, *op.cit*, p. 240)

quanto à saúde do paciente, figura também admitida no Código Civil de Quebec; c) pela decisão do paciente, dirigida ao médico, após consulta sobre o tipo de tratamento.

O Estado americano pretendeu respeitar a vontade do paciente, com fundamento no princípio do consentimento informado, conceito relativamente novo no cenário mundial e nacional.

A esse respeito, destaca-se que, com o fim da segunda guerra mundial e devido às atrocidades cometidas no seu desenrolar, a comunidade médica passou a preocupar-se com os limites éticos da pesquisa científica, o que deu origem ao Código de Nuremberg, em 1947. Seu artigo 1º, ao tratar da pesquisa envolvendo em seres humanos, declara que o “consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial” e que tal consentimento apenas pode ser dado por pessoas capazes e com acesso à informação, características que permaneceram constantes na história do instituto.

Desde então, a ética médica toma distância da prática hipocrática paternalista, que entendia ser dever do médico, de acordo com o seu julgamento e habilidade, atenuar a divulgação do diagnóstico, no intuito de amenizar o suplício do paciente, ocultando tanto as prováveis conseqüências do tratamento ministrado, quanto as alternativas possíveis¹⁹⁸.

A Associação Médica Mundial, em 1964, incorporou os princípios do Código de Nuremberg e redigiu a Declaração de Helsinque, estabelecendo que o consentimento da pessoa é essencial na pesquisa clínica, refletindo a capacidade do agente.

Na sociedade contemporânea, onde cada vez mais fogem ao controle os riscos inerentes às atividades, não raro, por desconhecimento dos participantes, o consentimento informado assume extrema relevância. Nessa vertente de análise, não se pode ignorar que as técnicas, em paralelo a diversos benefícios, podem trazer efeitos colaterais preocupantes.

A esse respeito, é oportuno mencionar a Resolução nº 1.805, de 09 de novembro de 2006,¹⁹⁹ do Conselho Federal de Medicina. Nesse diploma normativo, verifica-se o início da

¹⁹⁸ SALES, Gabrielle Bezzer. *A doutrina do consentimento informado: do direito fundamental à informação aos limites da capacidade de anuir no uso das técnicas de reprodução assistida*. Disponível em: <http://www.unifor.br/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/3361.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2012.

¹⁹⁹ Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

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

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

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

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

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

possibilidade da permissão da morte com dignidade, o que leva a entender a recepção, no âmbito da medicina, ao princípio da vontade da parte e sua autonomia privada, ao decidir sobre o melhor destino do paciente em estado clínico terminal. A aludida Resolução determina que, na fase terminal de doenças graves e incuráveis, o médico, respeitando a vontade do paciente ou de seu representante legal, tem permissão para limitar ou suspender os procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral.

Esta Resolução foi contestada pelo Ministério Público Federal, através da Procuradoria de Direitos do Cidadão, não tendo sido alterada. O Ministério Público intentou Ação Civil Pública, em 09 de maio de 2007 visando à sua modificação. A motivação da ação residiu no fato de que estaria sendo praticada a eutanásia, considerada homicídio na legislação brasileira. Também se argumentou que, na hierarquia das leis, a Resolução seria inferior à lei ordinária representada pelo Código Penal.

Em 2010, o juiz Roberto Luís Luchi Demo, da 14ª Vara da Justiça Federal de Brasília, julgou improcedente o pedido do Ministério Público Federal de decretação de nulidade da sua Resolução nº 1.805/2006. Essa decisão serviu de base para o Novo Código de Ética Médica. (CFM, 2010)

Na sentença, o magistrado afirmou que, após refletir a propósito do tema, convenceu-se de que a resolução não ofende o ordenamento jurídico posto, desde que exista autorização expressa do paciente ou de seu responsável legal. À época, o presidente do Conselho Federal de Medicina, Roberto Luiz d'Avila, ao comentar a sentença disse estar orgulhoso com o desfecho do caso, pois a decisão resgatou a preocupação da classe médica com o bem-estar e o respeito ao direito de cada indivíduo. Ainda segundo Roberto Luiz d'Avila, a decisão valoriza a opção pela prática humanista na Medicina, em detrimento de uma visão paternalista, super-protetora, com foco voltado para a doença, numa busca obsessiva de cura a qualquer custo, mesmo que isso signifique o prolongamento da dor e do sofrimento para o paciente e sua família. (CFM, 2010).

As resoluções do Conselho Federal de Medicina no Brasil, aos poucos, refletiram-se na cotidiano médico, que, humanista, começa a priorizar os interesses do paciente. No entanto, uma mudança legislativa requer diversas discussões políticas e sociais prévias, que

devem ser realizadas em todos os âmbitos da sociedade. Trata-se certamente de debate cujo fim não está tão próximo como se imagina.

4- DO DIREITO À MORTE DIGNA

4.1 A sociedade e a morte

A morte de uma pessoa próxima é encarada, especialmente na sociedade ocidental, como assunto a ser evitado; contudo, a ideia de morte não agride com o mesmo horror quando se refere a desconhecidos, da qual tomamos conhecimento através dos meios de comunicação. HEIDEGGER²⁰⁰ lembra ser impossível experimentar a morte dos outros: a morte se desentranha como perda e como aquela experimentada pelos que ficam.

ARISTÓTELES²⁰¹ não acreditava na imortalidade da alma e entendia que a morte era o mais temível de todos os males, principalmente por aqueles que amavam a vida. Por outro lado, EPICURO²⁰² afirmava que o temor da morte indicava insensatez, pois envolve acontecimento inevitável e de caráter fortuito. A única e melhor forma de lidar com ela é através do esquecimento e da resignação.

Na contemporaneidade, a zona intermediária entre a vida e a morte não é algo natural, pois decorre do avanço da tecnologia médica. De acordo com BARROSO²⁰³, por mais que advenham benefícios do avanço da medicina, pode haver consequências negativas, “dentre eles a feitura de prisioneiros da tecnologia médica, incapazes de escolher uma morte natural e digna, e humilhados em suas memórias póstumas.” Sob essa vertente de análise, a hora da morte deixou de ser uma questão de fé, para se tornar fruto da vontade humana (dos médicos e dos familiares, em especial).

A finitude da vida e a vulnerabilidade do corpo e da mente são elementos típicos da humanidade, pois é o destino comum que iguala os seres vivos: todos possuem um corpo vulnerável e irão morrer um dia. A finitude representa, a um só tempo, mistério e desafio. Mistério, por causa da incapacidade humana de compreender totalmente o processo da própria

²⁰⁰ HEIDEGGER *Apud*. BRASIL ESCOLA. *op.cit*.

²⁰¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*; 4. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1991 p. 24.

²⁰² EPICURO *Apud*. BRASIL ESCOLA, *op.cit*

²⁰³ BARROSO, Luis Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é : dignidade e autonomia individual no final da vontade. Disponível em < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf> Avesso em 05 de dezembro de 2012.

existência; desafio, devido à ambição humana permanente de domar a morte e prolongar a sobrevivência.²⁰⁴

Para FAUSTINO²⁰⁵, se o primeiro objetivo da medicina é preservar e restaurar a saúde, a morte deveria ser compreendida como o último resultado desse esforço e inerente desde o começo da existência humana. É esse tipo de pensamento que a sociedade deveria ter a respeito do falecimento. Contudo, sentimentos como medo do desconhecido, da ruptura dos laços afetivos, da extinção e do sofrimento e daqueles a quem amamos fazem com que a morte seja visto como antinatural.

De um modo geral, ao longo dos últimos séculos, considerava-se normal que o homem soubesse quando sua própria morte se aproximava. De acordo com ARIÈS²⁰⁶, doenças um pouco mais graves quase sempre levavam à morte de uma pessoa, o que fazia com que o seu falecimento costumasse ser anunciado. Raramente, a morte era súbita. “Chegado o momento da morte, o moribundo mandava chamar os filhos, familiares e outras pessoas próximas, para proferir suas últimas palavras, conselhos e despedidas. Ao doente convinha morrer em um tempo apropriado, nem tão curto que lhe impossibilitasse a realização dos usos e ritos e nem tão longo que prolongasse em excesso a cena das despedidas.”

Conforme análise de MÖLLER²⁰⁷, para a sociedade ocidental, a melhor forma de morrer é através de morte súbita, que não seja percebida por aquele que está para falecer, que não cause dores e nem sofrimentos e que aconteça durante a velhice. No Ocidente, o moribundo tende a ser considerado como peso para a família, ao passo que, no mundo oriental, quem está prestes a falecer tem sua existência festejada, é incensado e respeitado. Na vertente da filosofia oriental, há práticas específicas de preparação para a morte, como, por exemplo a meditação, que visa a controlar a mente, a ansiedade e as emoções negativas, especialmente quando a pessoa se aproxima da morte²⁰⁸

Atualmente existe a morte tecnicada: a pessoa morre em hospitais, distante de seu lar. A proximidade com familiares, agora distantes, para não presenciar a morte, é substituída pelo tratamento impessoal de enfermeiros. Segundo MÖLLER²⁰⁹ (2007, 32), até mesmo o

²⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é : dignidade e autonomia individual no final da vontade. Disponível em < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf> Acesso em 05 de dezembro de 2012

²⁰⁵ FAUSTINO. *Apud* MÖLLER. *op.cit.*, p.89.

²⁰⁶ ARIÈS . *Apud* BRASIL ESCOLA. *op.cit*

²⁰⁷ MÖLLER *op. cit.* p. 32;

²⁰⁸ VOMERO, *Apud.* BRASIL ESCOLA, *op,cit.*

²⁰⁹ MÖLLER *op. cit.* p.32.

luto passou a ser objeto de medicalização: quem perde uma pessoa querida, normalmente procura um psiquiatra que lhe prescrevê ansiolíticos e/ou antidepressivos.

A hospitalização da pessoa cuja vida se aproxima do exaurimento é vista como necessária nas sociedades modernas. A assistência de um médico, na compreensão de muitas pessoas, pode salvar vidas e negar esta assistência pode ser entendido como abandono do doente. A falta de suporte social e das condições necessárias para os cuidados do doente em casa é característica dos tempos modernos.

Entre esses fatores, GUERRA²¹⁰ aponta: pouca disponibilidade de pessoal – familiares ou não – para auxiliar na prestação de cuidados ao doente e nos procedimentos após a morte; moradias pequenas, com portas estreitas, escadarias, pequenos elevadores, que dificultam a realização de velórios e o traslado de caixões; dificuldade de locomoção dos médicos (para medicar ou elaborar o atestado de óbito). Além disso, pressões econômicas estimulam o encaminhamento do paciente terminal ao hospital, uma vez que seus familiares precisam continuar trabalhando, uma vez que os planos de saúde quando o paciente o tem, garantem o reembolso de despesas hospitalares; porém, nem sempre o das despesas realizadas em tratamentos domiciliares.

Quando um médico presta cuidados a um paciente terminal, tem a obrigação de administrar-lhe o que se chama de *recursos ordinários obrigatórios*, quais sejam, cotas básicas de eletrólitos, nutrientes e hidratação; sedação da dor e cuidados gerais de higiene e enfermagem. Sem esses recursos, a morte é antecipada ou até mesmo induzida.²¹¹

Chama-se recurso extraordinário aquele que é de uso opcional pelo médico, que julgará a necessidade de seu uso. Entre as razões para classificar os recursos extraordinários, merecem relevo: são muito onerosos; muito incomuns; muito dolorosos; muito difíceis; muito perigosos; desproporção entre custo/benefício.²¹² São exemplos desse tipo de recurso: transfusões de sangue e derivados; transplante de órgãos; cirurgias extensas e/ou mutilatórias; medicamentos ou terapêuticas experimentais.

Diante do cenário de evolução da tecnologia médica, é pertinente a indagação. Se a condenação do paciente à morte é inevitável, está sendo a vida protegida? Conforme DWORKIN²¹³ (2007, p. 233), a intervenção terapêutica feita contra a vontade do paciente é um atentado contra a sua dignidade.

²¹⁰ GUERRA .Apud. BRASIL ESCOLA, op,cit.

²¹¹PRAXEDES, Humberto. *Paciente Terminal*. In: Direito fundamental à vida. Grandra. Ives. (Coord). São Paulo. Quartier Latin. 2005,p.583.

²¹² PRAXEDES, op.cit, 583.

²¹³ DWORKIN. *Op. cit.* p. 233.

A sociedade não está inteiramente preparada para lidar com o fim da vida (não só da própria vida, como da vida alheia também). GUERRA²¹⁴ alerta para o fato de que a educação médica ainda é inadequada para lidar com o morrer. Verificou a autora que a comunicação do paciente terminal com os profissionais da saúde e com os familiares é precária; existe a alienação do paciente sobre seu tratamento e prognóstico; a falta de estrutura de assistência domiciliar, tudo em paralelo à preocupação do doente com os altos custos dos tratamentos. Além disso, não se pode ignorar a insuficiente capacitação profissional para lidar com pacientes terminais e a deficiente estrutura e modo operacional dos hospitais convencionais para prestar cuidados a esse tipo de paciente.

SANTOS²¹⁵ ressalta ser anormal uma pessoa desejar a morte, para evitar sofrimento, visto que o apego à vida é sentimento inato ao homem e muito forte. Nessa linha de raciocínio, é inerente a qualquer pessoa defender-se da morte, até mesmo por questão de instinto.

Na atualidade, evitar a morte a qualquer custo, através de procedimentos agressivos e invasivos, tornou-se habitual e quase que invariavelmente obrigatório nos hospitais com maior recurso técnico e financeiro, uma vez que a vitória sobre a morte, mesmo que transitória, fortalece o prestígio das tecnologias de sustentação da vida. Diante disso, indaga-se, a qual o tipo de paciente poderia ser permitido cogitar a questão de morrer com dignidade? Com base nessa questão, em continuidade, passa-se a estabelecer diferenças entre situações relacionadas com a terminalidade da vida.

4.2 A tutela do Estado ao direito à morte digna à luz do princípio da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana.

Atualmente fala-se em *empowerment health* que significa, traduzindo para a língua portuguesa, apoderamento sobre a saúde. Este conceito mantém relação com o direito à autonomia, quando reconhece ao paciente o direito de tomar decisões sobre os rumos de seu tratamento, suplantando a posição de mero sujeito passivo, à mercê de poder do médico.

²¹⁴ GUERRA, *Apud*. BRASIL ESCOLA, *op.cit.*

²¹⁵ SANTOS, *Apud* MÖLLER. *op. cit.* p. 74.

No ordenamento jurídico brasileiro, há diversos artigos que refletem o princípio da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana. Adicionalmente, cabe mencionar as resoluções do Conselho Federal de Medicina, que também alicerçam o direito à morte digna.

O Código Civil vigente prescreve no artigo 13 que “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.” De acordo com o Enunciado 6 da Jornada I do Superior Tribunal de Justiça, a expressão “exigência médica” refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente. Nisso se inclui tratamentos invasivos e extraordinários que firam os bens jurídicos tutelados no artigo: integridade física e bons costumes.

Para NERY JUNIOR²¹⁶, este artigo se dirige ao resguardo integral da humanidade de cada indivíduo e, com isso, à proteção de cada parte de seu corpo e aspecto de sua estrutura físico-psíquica. A manipulação e destruição de partes do corpo humano, assim como a adoção ou prescrição de medicamentos que alterem o funcionamento de qualquer órgão, ou ponham em risco o funcionamento da estrutura orgânico-psíquica do corpo humano, podem revelar prática que compromete a integridade física, podendo danificar a potência vegetativa do sujeito de direito, prejudicando funções como crescimento, nutrição, procriação, etc.

O Estado tutela o direito de a pessoa negar um tratamento médico ou cirurgia em que corra risco de vida. O artigo 15 do Código Civil vigente dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” Desse modo, um paciente terminal, se estiver em condições, pode recusar um tratamento, preferindo que a morte chegue de maneira natural. Contudo, isso não dispensa o direito do paciente e de seus familiares à informação exata de todo o procedimento do tratamento e cirúrgico. Ainda de acordo com NERY JUNIOR²¹⁷, a expressão “risco de vida” deve ser interpretada como ao risco que criado, ou agravado pelo tratamento ou intervenção cirúrgica.

Pode-se depreender que o Brasil tutela à morte digna, quando preserva a autonomia do paciente no artigo 7º, III da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, visto que este prescreve

²¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 228.

²¹⁷ NERY JUNIOR *op. cit.* p. 230.

como um de seus princípios a “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral.”²¹⁸

No Estado de São Paulo, destaca-se a Lei estadual nº 10.241, de 17 de março de 1999, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências, onde existe o artigo 2º, VII, que garante ao usuário “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados.” Esse diploma legal afirma o direito de o paciente recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários, para tentar prolongar a vida e o direito de optar pelo local de sua morte.

O direito à informação também encontra respaldo no artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor²¹⁹, que abrange o médico profissional liberal e o estabelecimento que presta cuidados de saúde. No artigo 63²²⁰ da lei em comento, verifica-se que a omissão acerca da periculosidade dos serviços a serem ministrados constitui infração penal a ser punida.

A respeito dos idosos, precisamente aqueles com idade maior ou igual a 60 anos²²¹, a Lei nº 10.741, de 01º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), em seu artigo 17²²², assegura a a opção de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado como mais favorável. O artigo em exame não trata da tutela estatal ao direito à morte, mas da autonomia do paciente idoso, no sentido de optar pelo tratamento que acredita ser-lhe mais favorável, ou proporcionar maior bem-estar.

²¹⁸ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

²¹⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - 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 apresentem;

²²⁰ Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena- Detenção de um a seis meses ou multa.

²²¹ Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

²²² Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I – pelo curador, quando o idoso for interditado;

II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.

Com esse fundamento, o Estado permite, por exemplo, que o idoso opte por se tratar em casa, mesmo sem todo o aparato tecnológico de um hospital, caso entenda ser isso mais favorável.

Em 30 de março de 2006, com o advento da Portaria nº 675/GM do Ministério da Saúde, que aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários de Saúde, consolidaram-se os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde no Brasil. A mencionada Portaria reafirmou o direito de o usuário recusar tratamentos, tendo em vista o respeito à sua autonomia, desde que esta recusa ocorra na presença de testemunha (terceiro princípio, IV²²³), podendo a decisão ser revogada a qualquer momento.

A Portaria nº 675/GM também prevê a possibilidade de o paciente nomear um representante, em quem confie, para que tome decisões sobre seu estado de saúde, caso venha a tornar-se incapaz de exercer a autonomia (quarto princípio, VIII).

Em 09 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina criou a Resolução nº 1.995, tendo em vista a inexistência de regulamentação clara no ordenamento jurídico sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente, no contexto da ética médica brasileira. Esta resolução permite aos médicos obedecer à vontade do paciente, se ele registrar o seu desejo de não ser submetido a tratamentos invasivos ou dolorosos, em casos clínicos nos quais não exista possibilidade de recuperação. Trata-se do reforço ao pleno respeito à autonomia da vontade do paciente, que, segundo o artigo 2º, §3º²²⁴, prevalece sobre a vontade dos médicos e até mesmo dos familiares.

As diretivas antecipadas de vontade do paciente serão registradas no prontuário médico (artigo 2º, §4º). Se não houver tais diretivas, nem representante designado, familiares disponíveis ou em caso de falta de consenso entre familiares, “o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do

²²³ Assegura ao cidadão o atendimento acolhedor e livre de discriminação, visando à igualdade de tratamento e à uma relação mais pessoal e saudável.

É direito dos cidadãos atendimento acolhedor na rede de serviços de saúde de forma humanizada, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em função de idade, raça, cor, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, características genéticas, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, ser portador de patologia ou pessoa vivendo com deficiência, garantindo-lhes:

VI - a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, considerando as evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunha;

²²⁴ 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.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.” (artigo 2º, §5º).

Para HEIDEGGER ²²⁵, ninguém pode assumir a morte de outrem, pois cada pessoa deve, ela mesma e cada vez mais, assumir a própria morte, “na medida em que é, a morte é essencialmente e cada vez, minha.” Nessa vertente de análise, transferir a responsabilidade da decisão da morte de uma pessoa para outrem é algo a ser repensado, uma vez que o paciente jamais pode ter manifestado o desejo de morrer com dignidade, mas o seu familiar pode optar pela ortotanásia, sob o pressuposto de que lhe propicia um bem, quando, na realidade, está violando sua autonomia.

PRAXEDES²²⁶ ressalta que o paciente terminal, assim como qualquer outra pessoa, também é sujeito de direitos e pode, em decorrência do princípio da autonomia, tomar decisões, autorizando ou recusando procedimentos terapêuticos. “O limite da autonomia é a hierarquia de valores em que a vida é o direito primeiro, irrenunciável e inalienável.”

São formas de expressar seu direito à autonomia da vontade: instrução direta, caso o paciente esteja lúcido, ou por instrução prévia, caso o paciente esteja impossibilitado de manifestar-se. Tal manifestação deve ser expressa por escrito.

Para BORGES ²²⁷, o princípio da não futilidade exige que a dignidade da vida seja respeitada, e isso significa que tratamentos inúteis ou fúteis devem ser considerados como meros prolongadores da vida biológica, sem qualquer outro resultado. O Estado precisa entender que a não intervenção desejada pelo paciente, não constitui forma de eutanásia, mas o reconhecimento da morte como consequência natural da vida humana.

FEINBERG ²²⁸ questiona o entendimento dos pacientes e de seus familiares sobre o potencial curativo das técnicas médicas, muitas vezes, menor do que a mídia costuma divulgar, quando optam por tratamentos fúteis. Nesse caso, a tomada de decisão ficaria comprometida por inadequada avaliação leiga das chances de cura dos doentes e também por seus desejos.

Como exposto, o direito de um doente em estágio terminal de recusar tratamentos médicos, ou interrompê-los encontra-se plenamente amparado, embora não expressamente reconhecido pela Constituição vigente e também na lei ordinária. Em síntese, a dignidade da pessoa humana pressupõe o respeito à liberdade e autonomia do paciente. O prolongamento

²²⁵ HEIDEGGER, *Apud*. BRASIL ESCOLA.*op.cit.*, p.20.

²²⁶ PRAXEDES *op. cit.* p. 585.

²²⁷ BORGES *op. cit.* p.233.

²²⁸ FEINBERG *Apud* BRASIL ESCOLA, *op.cit.*

artificial do processo da morte²²⁹, segundo FAUSTINO é alienante e retira da pessoa a possibilidade de manifestação sobre o que entende como digno, atentando violentamente contra sua dignidade e autonomia, enquanto sujeito de direito.

4.3. As características da morte digna e ponderação de direitos

No primeiro capítulo, abordou-se o valor subjetivo da vida, sublinhando que cada pessoa possui uma visão sobre o que é viver, dignidade e qualidade de vida. Em prosseguimento do estudo, confere-se prioridade às características da morte digna, ressaltando desde logo que o conceito de dignidade perante a morte também é pessoal, subjetivo e, portanto, variável de pessoa para pessoa.

A morte digna tem relação direta com a saúde, uma vez que o que afeta o bem-estar do doente é exatamente a falta de saúde. BARCHIFONTAINE²³⁰ (2002, 292) explica que o conceito de saúde, ao longo dos anos, foi redefinido pela Organização Mundial da Saúde. No lugar de entender saúde como simples ausência de doenças, propõe-se uma compreensão da saúde como bem-estar global da pessoa, incluindo o bem-estar físico, mental e social. “Quando se acrescenta a esses três elementos a preocupação com o bem-estar espiritual, cria-se uma estrutura de pensamento que permite uma revolução em termos de abordagem do doente crônico ou terminal.”

Muitas vezes, os médicos sentem-se emocionalmente vinculados ao paciente ou penalizados com o sofrimento de seus familiares, sendo-lhes difícil recusar pedidos, como: “façam tudo o que for possível para salvá-lo” (o que significa, inclusive, adiar a morte do paciente para o mais longe possível). Contudo, não obstante a boa intenção, esse tipo de atitude pode colocar em risco a dignidade de quem é submetido a penosos tratamentos, os quais não trarão resultados relacionados à cura.

BAUDOIN e BLONDEAU²³¹ definem morte digna como: “recusa de submeter-se às manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia. É um apelo ao direito de viver uma morte com feição humana. Significa a reapropriação de sua própria morte, não objeto da

²²⁹ FAUSTINO *Apud* MÖLLER. *op.cit.*, p.89.??????2008, p. 91.

²³⁰ BARCHIFONTAINE, C. de Paul de. *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2002, p.292.

²³¹ BAUDOIN e BLONDEAU . *Apud*. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em: 03 de nov. 2011.

ciência, mas sujeito da existência.” Assim concebida, a morte transcorreria de forma natural, sem utilização de tecnologias médicas que buscam manter uma vida artificial.

A morte digna encaminha a reflexão para a ortotanásia, uma vez que se refere à morte no tempo certo, com conforto e alívio do sofrimento²³². Em outras palavras, diz respeito à limitação do tratamento ao necessário; nem aquém, nem além. Por outro lado, reitera-se que morte digna não guarda a mesma relação com a eutanásia, por meio da qual se acelera a morte, que não deixa de ser artificial.

A morte digna também tem como característica o exercício da autonomia da vontade, uma vez que o paciente pode manifestar seu desejo de receber tratamentos meramente paliativos ou os extraordinários. A escolha da morte “com dignidade” deve ser livre, sem pressão e após informação completa e abrangente. De acordo com PRAXEDES²³³, é direito do paciente recusar: manobras de ressuscitação; ventilação artificial; cirurgias mutilatórias; transfusões de sangue e terapêuticas experimentais. Mas, sublinha o autor, entre os direitos do paciente NÃO se inclui recusar cotas básicas de hidratação e nutrição e solicitar que seja morto.

O direito à morte digna mantém vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana. No entendimento de BORGES²³⁴, o avanço das tecnologias médicas, em alguns momentos, pode afetar a dignidade da pessoa do paciente.

O direito à morte digna implica igualmente a possibilidade de recusa à obstinação terapêutica, que é a prática médica excessiva e abusiva “decorrente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como fruto de uma teimosia de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição do doente”²³⁵

POLES²³⁶ pesquisou palavras e expressões utilizadas com frequência para descrever morte digna e encontrou os seguintes atributos: qualidade de vida, cuidado centrado no paciente e família, decisão compartilhada, analgesia, comunicação clara, relacionamento de ajuda, ambiente acolhedor, ausência de dor e desconforto físico, ausência de intervenções para prolongar a vida.

Como se pode depreender do exposto, a característica mais frequente da morte com dignidade repousa no fato desta evitar dores e sofrimentos desnecessários. Entretanto, vale

²³² KIPPER, *op.cit.*, p. 61.

²³³ PRAXEDES *op. cit.* p. 586.

²³⁴ BORGES *op. cit.* p.231.

²³⁵ BORGES, *Apud* BORGES. *Op. cit.*, p. 231..

²³⁶ POLES. *Apud*. BORGES, *op, cit.*

trazer à tona o pensamento de MAGALHÃES²³⁷ ao afirmar que “qualificar como digna a morte sem dor é um erro, pois não é a dor o elemento exclusivo a ser avaliado para qualificar a dignidade de uma morte.” Segundo o autor, a dor faz parte da vida humana, desde as dores do parto, passando pelas doenças que acometem a pessoa durante a sua vida, até a morte. Tanto a dor moral quanto a dor física é constante na biografia humana, sendo parte essencial do seu aperfeiçoamento como pessoa.

É oportuno realçar que o direito à morte digna não se confunde com direito à morte. Morrer com dignidade implica o direito de reivindicar uma morte humana, sem o prolongamento da agonia, provocada por tratamento inútil. O direito de morrer, ao contrário, tem relação com a eutanásia e auxílio a suicídio, que buscam provocar a morte.²³⁸ Este entendimento é fortalecido com o ponto de vista de SZTAJN²³⁹, para quem a combinação dos direitos à vida, liberdade e segurança revigora a dignidade inata da existência. Morrer integra a vida e, pelo fato de fazer parte dela, deve ser objeto de proteção como parte do direito à vida, como direito individual derivado.

O Instituto de Medicina Americano assumiu o consenso de que a morte decente ou boa é aquela livre de sofrimento e desconforto perfeitamente evitáveis para os pacientes, familiares e cuidadores, apresentando-se, dentro do possível, de acordo com os desejos dos pacientes e familiares e sendo razoavelmente consistente com os padrões clínicos, culturais e éticos vigentes²⁴⁰.

Para MAGALHÃES²⁴¹, a dor e a morte serão dignas, quando bem aceitas e vividas pela pessoa doente, cuja dignidade nasce da grandeza de ânimo com que as enfrenta. O que é digno do ser humano é ser tratado com os recursos médicos possíveis, tais como analgésicos e demais medicamentos, o carinho dos familiares e o devido atendimento religioso, (caso a pessoa deseje) que traz consolo e esperança, seja na cura, seja na imortalidade da alma.

SINGER²⁴² assevera que se deve recusar “quaisquer pressupostos de que todos os membros de nossa espécie têm algum mérito específico que os coloque acima dos membros de outras espécies simplesmente por serem membros da nossa.” Em outras palavras, não é porque alguém se encontra em estado terminal, ou em estado clínico irreversível que deve ser considerado diferente de qualquer pessoa normal. Tem direito a vida digna. Dessa forma,

²³⁷ MAGALHÃES. *op. cit.* p. 146.

²³⁸ BORGES, *op. cit.* p. 232.

²³⁹ SZTAJN, R. . Bioética e ortotanásia ou autonomia privada e direito à vida. Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, v. ano 3, p. 31-40, 2008. p. 151.

²⁴⁰ BRASIL ESCOLA, *op cit*

²⁴¹ MAGALHÃES *op. cit.* p. 147.

²⁴² SINGER, Peter. *Ética prática*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 03.

não se deve acelerar seu processo de morte, assim como não se deve prolongar o processo de morte (e de sofrimento), através de recursos não desejados pelo paciente. Não é porque o estado deste paciente é terminal que sua dignidade e autonomia podem ser violadas.

O PORTAL HOME CARE (2012) reforça que “morrer bem” (leia-se, morrer com o respeito à sua dignidade) significa morrer sem dor, acompanhado das pessoas que ama e que o ama, morrer tendo dado um sentido à existência – a própria e a dos familiares que a rodeiam - até o exalar do último suspiro.

Quando o paciente terminal for uma criança, princípios de direito da criança devem ser respeitados, tais como o do melhor interesse e do atendimento integral. Nesse caso, o direito à morte digna assume caracteres peculiares: será um direito a ser requerido pelos pais, que deve receber suporte da equipe médica; deve haver comunicação clara para que a decisão tomada durante a fase terminal seja a mais racional possível e, principalmente, que haja reconhecimento da irreversibilidade do quadro clínico. Um desafio dessa magnitude requer a comunicação aberta com a criança fora de possibilidades terapêuticas de cura e sua família, através de informações honestas, respeitando a idade e o nível de desenvolvimento cognitivo da criança²⁴³.

Morrer não é antagônico a viver, mas consequência indissociável. O ordenamento jurídico pátrio assegura o direito à vida; contudo, parece contraditório não assegurar expressamente o direito de morrer com dignidade, uma vez que essa atitude torna extremamente burocrático algo que deveria ser aceito e tratado como natural.

Porém, muitos doutrinadores e juristas entendem que o direito à morte digna não existe. Ora, a morte com dignidade demonstra maior de reverência à vida do que a morte tardia, protelada artificialmente, pois a moléstia de um paciente terminal destrói seu corpo, gerando profundas dores físicas e psicológicas.

A dor rompe na carne perspectivas geradas para o futuro e a doença grave é um insulto à integridade física e psíquica do ser humano. Nas situações em que o prognóstico da doença é a morte, os enfermos terminais são reduzidos à passividade, submissão e rendição. A indignidade da vida não decorre apenas do sofrimento físico e psíquico, mas também da perda de seu sentido. Será que o ordenamento jurídico pátrio realmente possui um rol de direitos fundamentais tão rígidos (e insensível), a ponto de ignorar o direito de morrer dignamente como fundamental?

²⁴³ POLES, *Apud*. BORGES, *op. cit.*.

Vale reiterar que a Constituição da República não possui rol taxativo de direitos fundamentais, tendo em vista o teor do §2º de seu artigo 5º²⁴⁴, que demonstra tratar-se de um rol meramente exemplificativo e não exaustivo.

Como assevera MORAES²⁴⁵, a enumeração do artigo 5º da Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Isso possibilita identificar e construir outros direitos fundamentais que não estejam positivados em textos legais, mas que sejam “socialmente reconhecidos e harmonizados com o princípio fundamental da dignidade humana”²⁴⁶.

De acordo com ensinamentos de ALEXY²⁴⁷, determinados direitos fundamentais podem ser considerados princípios, como o direito à vida. A dignidade da pessoa humana já é um princípio, mas o direito à vida pode ser considerado também um princípio, porque, em determinadas circunstâncias, pode haver ponderação. A regra conflitante deveria ser afastada do ordenamento jurídico porque será sempre inválida; ou seja, sendo a vida um direito absoluto, a dignidade humana seria sempre desprezada e afastada do ordenamento, quando o objetivo é saber se se aplica ou não a morte digna para um doente.

No momento de saber exatamente o que deve prevalecer, se a vida a qualquer custo, ou a morte com dignidade, o intérprete da norma jurídica e/ou aquele que se depara com a situação em que viver com dignidade é impossível, deve-se partir para a ponderação de direitos. A ponderação será feita através do princípio da razoabilidade que se subdivide em outros três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade.

Primeiramente, deve a pessoa indagar se deferir/permitir a ortotanásia seria uma medida adequada. OLIVEIRA²⁴⁸ esclarece que a medida é adequada aos motivos que a impulsionam, se atingir à finalidade que persegue e for apta à consecução do desiderato social eleito. No caso, a ortotanásia seria uma forma de atingir o objetivo da morte digna.

Após indagar se a ortotanásia é medida adequada, deve o intérprete perguntar se é necessária. Na análise de OLIVEIRA²⁴⁹, o requisito da necessidade é atendido quando o meio

²⁴⁴ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁴⁵ MORAES. *op. cit.*, p.106.

²⁴⁶ MORAES. *op. cit.*, p.63.

²⁴⁷ MORAES. *op. cit.*, p. 71.

²⁴⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. *A desistência da Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público com a intenção de impedir a ortotanásia*. 30 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20101130101525207&mode=print. Acesso em 03 de junho de 2012.

²⁴⁹ OLIVEIRA. *op. cit.*

empregado é, dentre todos, o menos gravoso para os direitos fundamentais. Assim, a ortotanásia, apesar de ser medida adequada, pode não ser necessária, vez que, apesar de a morte ser certa, ainda não há certeza a respeito da brevidade da vida. Nessa senda, a ortotanásia não será necessária, porque pode ser mais gravosa ao direito fundamental à vida do que protetiva ao direito à morte digna.

Por fim, deve o intérprete indagar se aplicar a ortotanásia a uma pessoa atende ao princípio da proporcionalidade, que implica a comparação entre as vantagens de uma medida e o sacrifício exigido a um direito fundamental. A análise do custo e benefício tem o intuito de evitar medidas desequilibradas, que geram mais transtornos aos titulares dos direitos restringidos que benefício geral. Desse modo, mesmo a ortotanásia sendo a medida que alcança o objetivo da morte digna, a forma menos custosa nem sempre será proporcional.

Um exemplo disso seria o caso do atleta profissional destituído de sua capacidade física devido a um acidente. Ele pode acreditar que prefere morrer dignamente a viver e correr o risco de ficar na miséria, tendo em vista que viver nessas condições seria uma violência ao que entende por dignidade. Contudo, deferir pedido de eutanásia (pois neste caso não se trata de paciente terminal) seria desproporcional, uma vez que estaria resguardando valor econômico intrínseco à dignidade, em detrimento de um bem de maior valor, que é a vida.

Em contrapartida, diante de um paciente terminal, que sofre dores fortes e sofrimentos extremos, a medida pode ser considerada proporcional, eis que não se trata de morte arbitrária ou simplesmente desejada, mas uma questão de humanidade, justiça social e solidariedade, com amparo no artigo 3º, I da Constituição Federal, o qual preconiza que o Brasil busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A sociedade nunca esteve e dificilmente estará preparada para conceber o evento “morte” com serenidade, por mais natural que ela seja e que todos passem por isso. Contudo, o ser humano, quando em situação sofrida e terminal, muitas vezes, prefere morrer a aguentar o sofrimento.

Como sublinhado, morrer com dignidade significa respeito à autonomia e diminuição do grau de sofrimento daqueles que não têm qualquer chance de cura. Paulatinamente, o ordenamento jurídico brasileiro e até mesmo o Conselho Federal de Medicina avançam no sentido de respeitar a autonomia do paciente, acatando a ortotanásia. Comprova-se dessa forma que não se trata de violação ao direito fundamental à vida, mas da prevalência da dignidade da pessoa humana, na análise do caso concreto.

4.4. A morte digna no direito comparado.

A morte digna não é tema novo; aliás, tem sido contemplada em diversos ordenamentos jurídicos do mundo, desde o início do século passado. Um dos primeiros autores de destaque a tratar do tema foi o argentino INGENIEROS, através da sua publicação, em 1990, intitulada *La simulación en la lucha por la vida*". Posteriormente, o penalista espanhol ASÚA também se dedicou ao tema. Ambos iniciaram os debates sobre a eutanásia, uma das mais antigas formas de abreviação da vida.²⁵⁰

Os autores mencionados inspiraram a legislação criminal uruguaia que, em 1934, introduziu em seu Código Penal a figura do homicídio piedoso, uma espécie de autorização da eutanásia. A lei uruguaia não punia o agente que, mediante solicitação do paciente em estado clínico terminal e submetido a dores insuportáveis, tenha abreviado sua vida.²⁵¹

As teses de ASÚA também inspiraram a doutrina holandesa que, aos poucos, construiu jurisprudência própria que tolerava a eutanásia, o que culminou com a legalização de tal procedimento e do suicídio assistido em 01 de abril de 2002.²⁵²

Em 1981, a Corte holandesa estabeleceu alguns critérios para a descriminalização do ato de auxiliar a morte. São eles: 1- a solicitação voluntária do paciente devidamente capaz, 2- o paciente com consciência de seu estado clínico, 3- prévia manifestação do desejo de morrer; 4- que o paciente se encontre com dor física, ou mental, considerada insuportável, 5- que um colega seja consultado.²⁵³

Em 1990, um acordo entre o Ministério da Justiça e o *Royal Dutch Medical Association* (RDMA) - Real Associação Médica Holandesa - estabeleceu elementos para a notificação da eutanásia. São os seguintes: que o médico que realizar a eutanásia ou suicídio assistido não ateste óbito por morte natural; que o médico informe a autoridade médica local, utilizando extenso questionário; que a autoridade médica local relate a morte ao promotor do distrito; que o promotor do distrito decida se haverá ou não acusação contra o médico. Cumprindo o médico estas recomendações o promotor não fará a acusação²⁵⁴

Não obstante a definição de tais critérios definidos pela jurisprudência, a lei incorporou outros requisitos para a permissão da eutanásia e do suicídio assistido na

²⁵⁰ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2718, 10 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18008>>. Acesso em: 25 janeiro de 2013

²⁵¹ DINIZ, op. cit. p. 388.

²⁵² MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita op. cit

²⁵³ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita op. cit.

²⁵⁴ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita op. cit.

Holanda. São eles: que o que o paciente seja considerado medicamente incurável; que o sofrimento físico ou psicológico seja subjetivamente insuportável, ou muito severo; que o paciente, com anterioridade, haja comunicado (por escrito ou oralmente) seu desejo de por fim à vida, ou em qualquer caso, de ser liberado de seu sofrimento.²⁵⁵

Na Europa, o direito a morrer dignamente aos poucos conquista novos adeptos. Na Bélgica, desde 16 de maio de 2002, permite-se a eutanásia desde que atendidos os seguintes requisitos: haja doença incurável; sofrimento insuportável; pedido com clareza e a consulta de um segundo médico. Nesse país, a eutanásia, através da aplicação de injeção de pentotal ou por suicídio assistido, aplica-se normalmente aos portadores de câncer, que representam 80% dos pedidos e aos acometidos de doenças degenerativas, que representam entre 10 a 15% dos pedidos. Na Suíça, a jurisprudência tem aceitado como válida a assistência ao suicídio, mas o doente pode, até seu último minuto, desistir de sua decisão. MASCHINO²⁵⁶,

Na Inglaterra, vários pedidos de eutanásia foram julgados procedentes pelas Cortes judiciais.²⁵⁷ Embora a eutanásia ainda não esteja legalizada, países como Alemanha, Portugal e Itália, reconhecem em seus Códigos Penais, atenuante para o homicídio eutanásico cometido com o consentimento do enfermo. Na Alemanha, por exemplo, a pena cominada para o sujeito ativo que praticar a eutanásia, com a expressa petição da vítima, não pode ser inferior a três anos²⁵⁸. Da mesma forma se posiciona o sistema penal espanhol, que prevê a redução de pena, quando o gente auxilia na morte da vítima a seu pedido, desde que o pedido seja sério e desprovido de qualquer equívoco.²⁵⁹

Em relação à Alemanha, KOCH²⁶⁰, cita que o passado, em que se instituiu o programa eutanásico do Regime Nazista, representa carga cultural aos órgãos do governo atual, extremamente reticentes quanto à emissão de pareceres favoráveis a conduta dirigida a pôr fim à vida.

Segundo MARTINS²⁶¹, a jurisprudência japonesa também vem acatando a prática da eutanásia, observando-se, com rigor os seguintes requisitos: que o paciente esteja em estágio terminal,; que padeça de insuportáveis dores; e que a morte seja efetivada por meio de métodos éticos e esteticamente aceitáveis.

²⁵⁵MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *op. cit.*

²⁵⁶ MOTA, Sílvia. Eutanásia no direito comparado. 1999. Enciclopédia Virtual de Bioética e Biodireito. Disponível em < <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/eutanasia/eutanasia-dircomparado.htm>> Acesso em 25 de janeiro de 2013

²⁵⁷ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita *op. cit.*

²⁵⁸ MOTA, Marcio Sampaio Mesquita *op. cit.*

²⁵⁹ MOTA, *op. cit.*

²⁶⁰ MOTA, *op. cit.*

²⁶¹ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita *op. cit.*

Em alguns territórios do Norte da Austrália esteve em vigor de 1996 a 1997 a Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais, que autorizava a eutanásia. A lei foi revogada apesar de as pesquisas de opinião indicarem que os australianos eram majoritariamente favoráveis à eutanásia²⁶².

Nos Estados Unidos, já se discutiu sobre a constitucionalidade de leis que regulamentam o desligamento de aparelhos que mantêm viva uma pessoa sem ocorrência de morte cerebral, pois não é incomum que os tribunais americanos recebam pedidos dessa natureza. Muitos Estados americanos deferiram autorizações de prática da eutanásia ou do suicídio assistido a pacientes e familiares. Mas, tais decisões tendem a observar as situações específicas de caso concreto. DWORKIN²⁶³ acrescenta que todos os estados americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada: ou os "testamentos de vida" (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas) ou as "procurações para a tomada de decisões em questões médicas" (documentos que indicam outras pessoas para tomar decisões de vida e de morte, em nome do signatário, quando este já não tiver condições de tomá-las).

O exemplo da tutela estatal desses países para aqueles que desejam morrer "com dignidade" tem estimulado outros estados a fazer o mesmo, tornando as respectivas legislações mais receptivas a institutos como eutanásia e ortotanásia.

Na América Latina, a Argentina, em maio de 2012, passou a reconhecer legalmente o direito à morte digna. A lei foi inspirada no caso de uma menina de três anos que apenas crescia; entretanto, não possuía qualquer reflexo. Sua mãe lutou para que a lei fosse aprovada e os aparelhos que mantinham a vida de sua filha fossem desligados. Em 08 de junho de 2012, a menina faleceu²⁶⁴.

Em 1997, a Corte Constitucional da Colômbia instituiu que "ninguém pode ser responsabilizado criminalmente por tirar a vida de um paciente terminal, que tenha dado seu claro consentimento". A decisão gerou grande debate nacional, tanto é assim que, com a exceção do Uruguai, a Colômbia foi o primeiro país sul-americano, a constituir um "movimento de direito à morte", iniciado em 1979²⁶⁵.

A evolução das legislações penais dos países revela a abertura de caminhos à legalização da prática da eutanásia e do suicídio assistido. Contudo, ainda há Estados que não

²⁶² DWORKIN, *op. cit.*, p.252.

²⁶³ DWORKIN *op. cit.* p. cit.,

²⁶⁴ MORRE MENINA QUE INSPIROU LEI ARGENTINA DE MORTE DIGNA.G1 mundo.08/0/2012. Disponível em < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/06/morre-menina-que-inspirou-lei-argentina-de-morte-digna.html>> acesso em 10 de dezembro de 2012.

²⁶⁵ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita *op. cit.*.

os admitem, sob qualquer hipótese, como é o caso da França, cuja legislação desconhece o termo eutanásia. No caso, a vida é o principal direito proclamado pela Declaração dos Direitos do Homem de 1789, documento conquistado à custa de muito sangue e revolução.

Em geral, as principais resistências à eutanásia e ao suicídio assistido procedem de países cuja religião tem forte influência sobre a sociedade. Nestes países, a vida normalmente é posta como direito sagrado, não competindo ao homem abreviá-la, mas, apenas, a Deus.

No Brasil, embora o Preâmbulo da Constituição afirme a laicidade do Estado, as concepções religiosas, em torno do conceito sobre vida e morte interferem decisivamente nos debates sobre a eutanásia e o suicídio assistido, até o momento ainda vedados pelo ordenamento jurídico.

O anteprojeto do Código Penal de 1999 previa a exclusão da ilicitude para as práticas da eutanásia. Mas, a proposta não foi aprovada. A legislação pátria, em movimento contrário ao que acontece no resto do mundo, criminaliza a eutanásia com homicídio privilegiado (art. 121 do CPC).

GOMES²⁶⁶ considera a eutanásia e a morte assistida condutas não criminosas. Ele defende que o legislador deveria dar outro tratamento ao tema, pois a morte, nessas condições, revela não um assassino, mas um agente imbuído de sentimentos nobres, não sendo morte provocada por comportamento arbitrário, mas solicitada pelo paciente.

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional dois anteprojetos referentes à eutanásia: o projeto 125/96, que autoriza a prática da morte sem dor; e o projeto 5058/2005, que, em sentido contrário, propõe a regulamentação do art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso.

O anteprojeto de 125/96 estabelece os critérios para a legalização da chamada "*morte sem dor*", prevendo a possibilidade de que pessoas com sofrimento físico ou psíquico possam solicitar procedimentos que visem à própria morte. O projeto carece de aprofundamento, vez que passa ao largo de questões fundamentais, como o estabelecimento de prazos para que o paciente reflita sobre sua decisão e sobre quem será o médico responsável pela realização do procedimento que irá causar a morte do paciente, entre outros aspectos²⁶⁷.

²⁶⁶ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita .*op. cit.*

²⁶⁷ LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A legalização da eutanásia no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 81, 22 set. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4217>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

Já o projeto 5058/2005²⁶⁸, de autoria do Deputado Federal Osmônio Pereira, (PTB-MG), pretende incluir na Carta Política, a “eutanásia” e o “aborto” como crimes hediondos. Na justificativa do projeto, o deputado defendeu “que objetivo do Projeto é a defesa da vida bem como da Constituição e da soberania do nosso País, contra a “cultura da morte”, que vêm tentando nos impor os países estrangeiros onde isso já impera e contra pessoas e entidades que, conscientemente ou não trabalham à serviço desse propósito assassino.”

Estes projetos expressam posicionamentos ideológicos e valores diferentes. O primeiro, de autoria do ex-senador Gilvan Borges (PMDB-AP), reconhece que o sofrimento inútil do doente é motivo justo para que a morte seja antecipada. No entanto, o projeto ainda não foi levado à Comissão de Direitos Humanos da Câmara para discussão²⁶⁹.

Os debates sobre temas controversos são evitados nas mesas legislativas; talvez por temos da repercussão social e eleitoral que os mesmos possam suscitar. O próprio senador Gilvan Borges, chegou a afirmar que “essa lei não teria nenhuma chance de ser aprovada”²⁷⁰. Da mesma forma, o anteprojeto nº 5058/2005, não está sendo debatido nas comissões legislativas.

A justificativa do anteprojeto de nº 5058/2005 deixa claro que o mesmo se fundamenta em premissas e dogmas religiosos, que consideram a vida como direito sagrado. A legislação penal atual criminaliza o aborto e repudia a eutanásia e o suicídio assistido, atribuindo a tais condutas as penas previstas nos art. 121 e 128 do Código Penal. Por seu turno, o citado anteprojeto pretende qualificar tais condutas como crimes hediondos, pois considera que nesses casos, trata-se da morte de pessoas indefesas, o que justifica a imposição de penas mais severas.

²⁶⁸ O Congresso Nacional decreta:

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

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

“Art. 122.....
.. Parágrafo único. Incorre na mesma pena aquele que de algum modo contribuir para a realização de eutanásia.”

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

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

“Art. 1º.....

VIII – aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 do Código Penal);

IX – aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126 do Código Penal);

X – eutanásia (art. 122, parágrafo único, do Código Penal).

[...]

269. LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A legalização da eutanásia no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 81, 22 set. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4217>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

²⁷⁰ LIMA NETO, *op.cit.*

A pena é instrumento de coerção de que se vale o direito penal para proteger bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.²⁷¹ Nos casos da eutanásia e do suicídio assistidos, confrontam-se dois interesses de relevante significado: à vida e a autonomia da vontade do paciente.

Sob esse enfoque, o anteprojeto nº5058/2005 anula o interesse da autonomia da vontade, impondo como absoluto o direito à vida. O projeto também chama atenção quanto à tentativa de incluir a proibição da eutanásia e do aborto no rol do art. 226, da Constituição, que está no capítulo que versa sobre a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso.

Parece oportuno recordar que o citado anteprojeto traduz crenças religiosas seguidas por parcela da população, especialmente pelos cristãos, religião com maioria de seguidores no Brasil²⁷². A esse respeito, a apresentação de projetos de lei compatíveis com valores religiosos é inerente ao processo democrático, pois cada legislador, na qualidade de representante dos interesses da população, tem o direito de defender no plenário as propostas que possuem relevância para os cidadãos. Contudo, ao selecionar os temas para o debate deve-se considerar que o Estado é laico, não sendo legítimo impor a todos os cidadãos limites ou sanções, oriundos de dogmas e crenças religiosas, aceitas por alguns.

LASSALI diz que “a constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”.²⁷³ As religiões, de fato, são fatores reais de poder de uma nação, e, por isso influenciam decisões políticas, e até mesmo jurídicas.

No entanto, é preciso atenção particular, quando uma nação, como é o caso do Brasil, inscreve em sua Lei Maior a característica de laicidade. PIOVESAM ensina que a confusão entre religião e Estado implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabiliza qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática.²⁷⁴

A laicidade traz em seu âmago não só idéia de liberdade, mas também de igualdade, pois, quando o Estado defende direitos fundamentais para todos, não pode patrocinar o interesse de determinados grupos, ou a postura de determinada religião.²⁷⁵ O Estado

²⁷¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. Vol.1. 9.ed. Niterói: *Impetus*, 2007, p.4

²⁷² AZEVEDO, Reinaldo. O IBGE e a religião- Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%, evangélicos já são 22,2%. 29/06/2012. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/o-ibge-e-a-religiao-%E2%80%93-cristaos-sao-868-do-brasil-catolicos-caem-para-646-evangelicos-ja-sao-222/>> Acesso em 30 de janeiro de 2013.

²⁷³ LASSALI, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5.ed. Trad. Walter Stonner, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.p.17.

²⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. *Apud*. DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna, uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p.83

²⁷⁵ DIAS, Roberto. *op.cit*, p. 84.

democrático é incompatível com a imposição de pensamento único; por isso, é necessário o debate junto à sociedade civil.

Com a transformação da prática da eutanásia em crime hediondo, o Estado ratificará sua intervenção na esfera privada do indivíduo, ultrapassando seus próprios limites. CALSAMIGLIA, numa visão liberal da eutanásia, assevera que a decisão de morrer não é assunto de interesse do Estado. Tal intervenção representa paternalismo injustificado, pois a iniciativa de manter a vida a qualquer custo, ignorando a vontade paciente, radica numa interpretação equivocada acerca do verdadeiro significado de dano para o indivíduo.²⁷⁶

Ao invés de o legislativo assumir postura institucional de palco para os debates de interesse da sociedade civil, os representantes do povo, no intuito de evitar o desgaste de sua imagem ou de contrair opiniões desfavoráveis, optam por simplesmente ignorar temas complexos, como o abordado nesta dissertação.

Sem debates políticos e públicos, a antecipação da morte, para aqueles que se padecem com sofrimento degradante e inútil, permanece sem solução. Em outros países, a ausência de legislação sobre o tema impulsiona a iniciativa de ações individuais no Poder Judiciário que, por meio de suas decisões, autoriza ou não a morte do requerente.

Como exemplo, pode-se mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a autorização para interrupção da gravidez nos casos de constatação de fetos anencéfalos. A decisão foi tomada pelo STF ao analisar ação proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que pediu a permissão para interromper a gravidez em casos de anencefalia. Por 8 votos a 2, os ministros decidiram que o aborto do feto anencéfalo não é crime.²⁷⁷

Na falta de debate claro sobre o assunto, no Brasil, os interesses daqueles que desejam morrer acabam sendo tratados na esfera íntima e privada das relações médico paciente, sequer vindo a público. Conforme DIAS, a prática da eutanásia é comum nos hospitais, permanecendo no silêncio da família.²⁷⁸ Em 2007, na França, foi divulgada a informação de que mais de dois mil profissionais têm ajudado pacientes a morrer com dignidade.²⁷⁹ A Folha de São Paulo publicou reportagem, em 20 de fevereiro de 2005, afirmando que a eutanásia “é ato frequente e, muitas vezes, pouco discutido nas UTIS de hospitais brasileiros”, segundo o jornal, o procedimento da eutanásia é

²⁷⁶ CALSAMIGLIA, Albert. *Apud.* DIAS, Roberto. *op cit.* p.140.

²⁷⁷ SANTOS, Débora. *Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime.* G1. 12/04/2012. Disponível em < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>> Acesso em 28 de jan de 2012.

²⁷⁸ Idem, 2012. p. 142

²⁷⁹ Idem,

mais comum do que se imagina.²⁸⁰ Sem a discussão pública destes temas, os métodos de antecipação da morte acabam ocorrendo de forma clandestina, o que impede o controle de eventuais abusos cometidos.

Diferente da eutanásia e do suicídio assistido, a prática da ortotanásia tem sido recepcionada pelos sistemas jurídicos do mundo, inclusive no Brasil. Pela ortotanásia, objetiva-se a interrupção de procedimentos médicos que visem não a cura, mas apenas ao prolongamento da vida, descurando-se do sofrimento do paciente.

Embora não esteja regulamentada por lei, a normatização que fundamenta a ortotanásia é a já citada Resolução n.1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

Com efeito, a morte digna, bem como as técnicas de abreviação da morte, como a eutanásia, o suicídio assistido e ortotanásia, alcança destaque nos debates jurídicos internacionais, de maneira que inúmeros países, influenciados por outros mais liberais, tendem a acolher os fundamentos que legitimam as técnicas de abreviação da vida.

No Brasil, não faltam estudiosos que produzam inúmeros artigos acadêmicos e livros com teses que visem a legitimidades de tais práticas, da mesma forma, são latentes as produções contrárias, que sustentam sua ilegalidade.

Como se vê, a morte digna, embora tenha sua relevância reconhecida, nas últimas décadas, ainda é tema polêmico, instigante e que merece estudos e debates aprofundados.

²⁸⁰ Idem .

CONCLUSÃO

Sob o ponto de vista individual, a vida cotidiana é formada de momentos alegres, realizações e também de decepções, tristezas e sofrimentos, cuja dimensão ninguém pode avaliar. Em situações desafiadoras, por mais que expressemos mensagens de ânimo e de estímulo, nem sempre é possível proporcionar àquele sofre o alívio para a sua agonia.

Alguns pacientes terminais, pessoas tetraplégicas, amputados e enfermos em estados irreversíveis, experimentam sofrimentos de inenarrável magnitude. Submetidos às circunstâncias de vida que implicam limitações de toda natureza, muitos desses pacientes tornam-se especialmente vulneráveis, quando constatarem o desmoronamento de seus mais íntimos projetos e perspectivas e precisam adaptar-se à nova condição, nem sempre desejada, sequer imaginada.

Na busca de manutenção da vida a qualquer custo, médicos e familiares impõem aos pacientes novas formas de tratamento, como se tal medida correspondesse na íntegra à obrigação moral que lhes cabe. Ainda que orientados pela mais límpida boa-fé e nobres sentimentos de humanismo, as condições às quais os pacientes deverão se adaptar, além de provocar limitações físicas, podem impor limites à sua capacidade enquanto sujeitos de direitos.

A esse respeito, não se pode ignorar que o paciente também tem direitos fundamentais, e seu gozo não pode ser limitado. Ele ainda tem vontades, anseios, pensamentos e direito de escolha. No exercício desses direitos, por mais doloroso que possa parecer aos familiares, eles podem desejar a interrupção de suas vidas.

Por mais que a vida se apresente como direito supremo, ninguém está obrigado a suportar o sofrimento prolongado, mantendo-se ligado a aparelhos ou submetendo-se a tratamentos agressivos, sem qualquer perspectiva ou esperança de cura. Admitindo-se que a morte constitui evento inevitável e, em certos casos, previsível, nenhum ser humano é obrigado a esperá-la com dor, agonia e aflição. Vale notar que direito à vida digna deve ser preservado, inclusive, nos últimos momentos de existência do homem.

Quando decide pela interrupção de sua vida, no exercício da autonomia, toma decisão legítima a respeito dos rumos da própria existência. Ocorre que a supremacia do direito à vida se apresenta de maneira tão absoluta que não se encontra respaldo a qualquer decisão que vise a sua interrupção.

Os direitos decorrentes da condição humana referem-se à preservação da integridade, da dignidade e da plena realização de sua personalidade. A dignidade da pessoa humana assegura, entre outros, o respeito ao direito personalíssimo de os indivíduos manifestarem o livre consentimento. Até porque, é por meio da manifestação livre do sujeito que se consegue desvendar o sentido de vida digna para cada um.

De maneira aparentemente incoerente, muitas vezes o indivíduo que escolhe morrer, quando vê sua vontade negada, ou tem seu pedido recusado, deixa de alimentar-se, para forçar a chegada da morte. No entanto, não se concede ao mesmo paciente a possibilidade de solicitar que alguém desligue seus aparelhos, para que possa falecer sem maiores sofrimentos.

A morte, assim como a vida, precisa de dignidade. Morrer só é digno, quando se levar em consideração a efetiva autonomia do paciente cuja vida é diagnosticada como próxima do fim, uma vez que a dignidade vincula-se à capacidade de decidir (autodeterminação).

Contudo, antes de dar carta branca ao paciente sobre o destino da sua vida, deve-se verificar as particularidades de cada história, bem como a presença de alguns requisitos, que o legislador precisa traçar. Assim como ocorre na maioria dos países que já legalizaram a eutanásia e o suicídio assistido, deve-se observar a presença de determinados requisitos, e condições consideradas legítimas para a concessão de sua morte. Podem ser requisitos: atestados da irreversibilidade do estado clínico, o notório e comprovado sofrimento e dor, a manifestação duradoura da vontade do paciente devidamente esclarecido, a comprovação do estágio terminal, dentre outros. Evidentemente que tais elementos precisam ser objeto de profundos estudos, pois haverá situações práticas não abarcadas pela lei, como a vontade do paciente, pois nem sempre o paciente terá condições de expressar sua vontade.

O problema se agrava, quando se admite que, em nossa cultura, a morte não constitui assunto nas discussões diárias. Aliás, o tema costuma provocar medo e rejeição. Mesmo o doente, quando tem condições de sustentar diálogos, prefere não falar sobre o assunto. Na elaboração de um testamento, por exemplo, a motivação é tratar de questões patrimoniais, esquecendo-se o testador de dispor sobre quais as condições que gostaria de evitar, para morrer com tranquilidade.

A morte é encarada como tabu, o que dificulta as discussões e o esclarecimento do paciente. Não se quer dizer que os hospitais devam estimular os debates sobre o assunto, como maneira de provocar o paciente para que se manifeste sobre o tema. Todavia, é pertinente abrir canais de diálogos contínuos com o paciente, para que ele se perceba como sujeito da autonomia de sua vontade e tome para si a responsabilidade pelas decisões que terão reflexos em seu destino.

A irreversibilidade da doença também enseja perplexidade, eis que, mesmo avaliado como tal, o paciente pode continuar vivendo durante anos, como é o caso dos que estão em coma, dos paraplégicos e dos amputados.

Tomando-se como foco a doença ou sua irreversibilidade, a decisão de abreviar a vida, que ainda poderia ser longa, representa verdadeiro homicídio. Nesses casos, há quem defenda a eutanásia ou suicídio assistido, em que se ministra dose de substância letal que provocará a inevitável morte.

Mas, quando a análise de tais situações tem como foco o paciente, haverá mais flexibilidade no julgamento. A amputação e a tetraplegia, por exemplo, não chegam a ser encaradas como doenças, já que “apenas” impõem ao indivíduo limitações de natureza física. Contudo, os amputados e tetraplégicos podem avaliar tal limitação como algo que transcende a dimensão física, tendo efeito, especialmente, na identidade do indivíduo enquanto pessoa. Quem já não se representa como pessoa, transforma sua vida um mar de lamentações e sofrimentos, sem perspectivas, nem sonhos. A única saída acaba sendo a morte.

Sob o enfoque do paciente, e não em sua doença ou limitação, emerge a ideia de a opção pela morte não se apresenta como homicídio, mas como um ato heroico, piedoso, já que não se trata do ato simples de pôr fim à vida de alguém. Ao focar no paciente, a ênfase recai no sofrimento, argumento de peso, já que é a dor (física ou psíquica) a grande propulsora do desejo de morrer, pois uma vida dolorosa já não se apresenta como digna. A dor e a vida resultam tão intimamente ligadas, que, para acabar com a dor, resta, apenas, acabar com a vida.

Antecipar a morte de alguém, sem que isso gere consequências jurídicas penais, é um tema que, evidentemente, merece ser analisado à luz do caso concreto e, especialmente, com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana deve ser o alicerce para se buscar as respostas das questões aqui apresentadas, pois, se temos direito à vida digna, parece-nos insensato admitir que alguém possa existir sem uma vida digna.

Diferente dos amputados e paraplégicos, os pacientes terminais são os que podem, ou não, estar enfrentando situação de grande dor física ou psíquica. A legislação pátria, alicerçada em princípios do biodireito e da bioética, já reconheceu a legitimidade da ortotanásia, vez que, diferente do suicídio assistido e da eutanásia, nesse caso, a morte não é apressada, mas respeitado seu curso natural.

No entanto, há situações nas quais, ainda que se opte pela ortotanásia, a dor e o sofrimento continuam tão gritantes, que o paciente, não suportando mais, clama por sua morte acelerada, hipótese em que o terceiro precisará empenhar alguma ação. Também nestes

casos, empreender uma ação que leve o paciente agonizante à morte, pode ser interpretado como um assassinato, ou como um ato heroico. São contradições, consensos e dissensos que o debate sobre a vida e a morte impõe.

Em meio a dificuldades de elevada monta, impregnadas de valores humanos esta dissertação, com base na valorização da autonomia da vontade do sujeito, como critério para a existência de vida digna, sustenta que o auxílio para abreviar a vida de um paciente deve ser pautado na condição especial de cada doente, na sua dor, no grau de suportabilidade, e na legitimidade da manifestação de sua vontade.

Como sujeito de direitos, o paciente precisa ter respeitada a sua vontade e não pode ser obrigado a suportar sofrimento sem limites. A coletividade, em nome da preservação de um direito soberano, não pode negar-lhe o alívio, o cumprimento de sua vontade e autonomia, ainda que esteja no limite da capacidade de expressão e manifestação.

É oportuno sublinhar que o respeitar à vontade de outrem, mesmo contrária à nossa, é a representação máxima de consideração à autonomia do indivíduo em todas as suas vertentes. Evidentemente, a situação é complexa e requer análise, no caso concreto, dos requisitos específicos, pois a abreviação da morte de alguém é ato no qual não se poderá voltar atrás. Decorre daí ser necessária a segurança de que a decisão é a mais acertada e justa, como todas as decisões no direito devem ser.

REFERÊNCIAS:

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALBURQUE, Letícia E FALKENBACH Atos Prinz. *Imagem Corporal em indivíduos amputados*. Revista Digita. Buenos Aires, Ano 14 – nº 131, abril de 2009. Disponível em <http://www.efdeportes.com/efd131/imagem-corporal-em-individuos-amputados.htm> Acesso em 18 de dezembro de 2012.

ALONSO, Félix Ruiz. *A Inviolabilidade da vida*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ASCENÇÃO, José Oliveira. *A terminalidade da vida*. In Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* ; 4. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1991

ASSOCIAÇÃO DE SERVIDORES DA ÁREA DE SEGURANÇA PORTADORES DE DEFICIÊNCIAS (ASASEPODE). *Paraplegias*. Disponível em < Fonte: <http://www.asasepode.org.br/paraplegia.htm>> Acesso em 10 de dezembro de 2012.

AZEVEDO, Reinaldo. O IBGE e a religião- cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%, evangélicos já são 22,2%. 29/06/2012. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/o-ibge-e-a-religiao-%E2%80%93-cristaos-sao-868-do-brasil-catolicos-caem-para-646-evangelicos-ja-sao-222/>> Acesso em 30 de janeiro de 2013

BARCHIFONTAINE, C. de Paul de. *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2002.

BARROSO, Luis Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é : dignidade e autonomia individual no final da vontade*. Disponível em < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

[content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf](#)

f> Aveso em 05 de dezembro de 2012

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do Direito Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

BIZATTO, José Ildefonso. *Eutanásia e Responsabilidade Médica*. Porto Alegre: Sagra, 1990.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em: 03 de nov. 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL ESCOLA. *Estudo teórico sobre a morte*. 2012. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/psicologia/estudo-teorico-morte2.htm>> Acesso em 12 de dezembro de 2012.

____CAMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. PROJETO DE LEI EREIRA, Nº5058/2005. Regulamenta o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso. Disponível em<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F247010D2A4F1279BE395835841176F8.node2?codteor=295399&filename=Tramitacao-PL+5058/2005> Acesso em 25 de janeiro de 2013.

_____ *Doenças psicológicas*. Disponível em < <http://www.brasile scola.com/doencas/doencas-psicologicas.htm> > Acesso em 16 de dezembro de 2012.

BRAZ, Marlene, SCHRAMM, Fermin Roland. *Introdução a bioética*. Disponível em <http://www.ghente.org/bioetica/> Acesso em 05 de dez de 2011. Não paginado.

BROMBERG, Maria Helena P.F. *A psicoterapia em situações de perdas e luto*. São Paulo, Editorial Psy II, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed. Almedina: Coimbra, 1993.

CIÊNCIA HOJE. *Pacientes em estado vegetativo comunicam com médicos*. 03 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.cienciahoje.pt/index.php?oid=39329&op=all. Acesso em 09 de novembro de 2011.

CLOTED Joaquim , KIPPER, Délio José. *Princípios da beneficência e não-maleficência* . in: *Iniciação a bioética*. Conselho Federal de Medicina . *Iniciação à bioética / Sergio Ibiapina Ferreira Costa, Gabriel Oselka, Volnei Garrafa, coordenadores*. – Brasília : Conselho Federal de Medicina, 1998.

CORDEIRO, Marina. *O direito de morrer dignamente*. 27 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-de-morrer-dignamente>. Acesso em 29 de abril de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 2010. Disponível em < http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21057:jus-tica-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3 > Acesso em 19 de dezembro de 2012.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. 5^a ed. São Paulo; Atlas, 2009.

DECLARAÇÃO DE HELSINKI .Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>>. Acesso em 12.12.2012.

DE ROSE. *Método de Rose*. Disponível em: <http://www.metododerose.org/qualidade-de-vida/>. Acesso em 31 de agosto de 2012.

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

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

EL PAÍS. Archivos. Miércoles, 4 de fevereiro de 1998. "A mí lado, tengo un vaso con cianuro". Disponível em http://elpais.com/diario/1998/02/04/sociedad/886546827_850215.html Acesso em 12 de novembro de 2012

FURTADO. José Luiz. *Notas sobre o jovem Marx e o conceito feuerbachiano de essência genérica humana*. Sem ano. Texto não paginado. Disponível em <http://www.unicamp.br/cemarx/jose.htm> Acesso em 29 de agosto de 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. *Direito Civil: obrigações*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

GLASER, Abel. *Ortotanásia*. Janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.portalespiritualista.org/artigos-revistas/336-ortotanasia>. Acesso em 08 de junho de 2012.

GOLDIM. José Roberto 2004. Brasil. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n.125, de 1996*. Disponível em < <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanbra.htm>>. Acesso em 25 de janeiro de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Ortotanásia: morte digna?* 05 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/ortotanasia-morte-digna/>. Acesso em 07 de junho de 2012.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.ed. São Paulo : RT, 1980.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. Vol.1. 9.ed. Niterói: *Impetus*, 2007.

HELMUT, Coing, *Elementos Fundamentais da Filosofia*. São Paulo: SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR , 2002.

HOGEMANN, Edna Raquel R. S. *O princípio do valor intrínseco da vida humana e seus limites*. *Juris poiesis*. Rio de Janeiro: Estácio de Sá. Ano 11, nº 11, 2008.

JONAS, Hans. *Ética, medicina e técnica*. Tradução: Antônio Fernando Cascais [S.l] Vega, 1994.

JUSTIÇA VALIDA RESOLUÇÃO 1805 E DÁ RESPALDO À PRÁTICA DA ORTOTANASIA. Disponível em: <http://www.jornaldebetrato.com.br/saude/justica-valida-resolucao-1805-e-da-respaldo-a-pratica-da-ortotanasia-57683/>. Acesso em 04 de junho de 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974

KASTENBAUM, R. e AISENBERG, R. *Psicologia da morte*. Editora da USP, São Paulo, 1983.

KIPPER, José Délio. PIVA, Jefferson Pedro. *Dilema éticos e legais em pacientes criticamente doentes*. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em < http://www.jped.com.br/conteudo/98-74-04-261/port_print.htm> Acesso em 05 de novembro de 2012

KOVÁCS, Maria Julia. *Morte e Desenvolvimento Humano*. 2a.ed. Casa do Psicólogo, São Paulo, 1998.

KÜBLER-ROSS, Elizabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 8ª edição. Martins Fontes, São Paulo, 1997.

LASSALI, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5.ed. Trad. Walter Stonner, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000

LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A legalização da eutanásia no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 81, 22 set. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4217>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3ª Edição. Tradução: Fátima Sá Correia. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1999.

LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira Martins. *O Direito fundamental à vida dos embriões e anencéfalos*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos Magalhães. *O princípio da dignidade humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Direito do ser humano à vida*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2718, 10 dez. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18008>>. Acesso em: 25 janeiro de 2013

MEIRELLES, Jussara; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. *Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente*. In.: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira *et al.* (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Gustavo Miguez de. *Direito fundamental à vida*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MICHAELIS, Dicionário. 2009. *Morte*. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&pala_vra=morte> Acesso em 10 de dezembro de 2012.

MILL, Jonh Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal- parte especial. Vol. II. 22^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. *Revista Médica de Minas Gerais*. Vol. 19, nº 3, 2009. Disponível em: <http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/viewArticle/164>. Acesso em 03 de junho de 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito do nascituro à vida. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MORRE MENINA QUE INSPIROU LEI ARGENTINA DE MORTE DIGNA.G1 mundo.08/0/2012. Disponível em < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/06/morre-menina-que-inspirou-lei-argentina-de-morte-digna.html>> acesso em 10 de dezembro de 2012.

MOTA, Sílvia. Eutanásia no direito comparado. 1999. Enciclopédia Virtual de Bioética e Biodireito. Disponível em < <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/eutanasia/eutanasia-dircomparado.htm>> Acesso em 25 de janeiro de 2013

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Trad.: Neil R. da Silva. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NALINI, José Renato. *A vida é*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. *A desistência da Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público com a intenção de impedir a ortotanásia*. 30 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20101130101525207&mode=print. Acesso em 03 de junho de 2012.

PARISE, Patrícia Spagnolo. *O que é biodireito?* Disponível em <<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>> Acesso em 01 de dez de 2011.

PRAXEDES, Humberto. *Paciente Terminal*. In: *Direito fundamental à vida*. Grandra. Ives. (Coord). São Paulo. Quartier Latin. 2005.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PEREIRA. Osmani. Projeto de Lei. nº 5058/2005. Disponível em <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl5058.htm> Acesso em 22 de janeiro de 2013.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Ed. 27. São Paulo: Saraiva 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Saraiva, 2006.

STEPKE, Fernando Lolas. *Muito Além do corpo. A construção narrativa da saúde*. Tradução: Thiago Gambi. São Paulo: Loyola, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer. Eutanásia, suicídio assistido*. 2.ed. Belo Horizonte. Del Hey, 2005,

SALES, Gabrielle Bezzera. *A doutrina do consentimento informado: do direito fundamental à informação aos limites da capacidade de anuir no uso das técnicas de reprodução assistida*. Disponível em: <http://www.unifor.br/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/3361.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SERRAVALLE, André. *A dignidade da pessoa humana como fundamento para a prática da eutanásia*. 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-dignidade-humana-como-fundamento-para-a-pratica-da-eutanasia/12133/>. Acesso em 29 de abril de 2012.

SCHILDER, P. *A Imagem do corpo: as energias construtivas da psique*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. p. 287.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

SOUZA, Rosinete Silva de. *Eutanásia: morte digna ou homicídio?* 11 de outubro de 2011. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6651. Acesso em 06 de junho de 2012.

SZTAJN, R. . Bioética e ortotanásia ou autonomia privada e direito à vida. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, v. ano 3, p. 31-40, 2008.

SZANIAWSKI. Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, MC. *Imagem corporal: conceito e desenvolvimento*. Barueri, SP: Manole, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TESTAMENTO DE RAMÓN SAMPEDRO. Disponível em <<http://www.pasarmiedo.com/sampedro.php>> Acesso em 02 de dezembro de 2011.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____, *Temas de direito civil. ed. 2. Rio de Janeiro: Renovar .2008*

ZATTI, Vicente; *Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire*. Porto Alegre: EdipucRSD. 2007. Disponível em <<http://www.pucrs.br/edipucrs/online/autonomia/autonomia/capa.html>> Acesso em 15 de agosto de 2012