



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

SILVANA LAGO SEIXAS

**DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ABORDAGEM A PARTIR
DO CONSENTIMENTO INFORMADO.**

Salvador
2013

SILVANA LAGO SEIXAS

**DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ABORDAGEM A PARTIR
DO CONSENTIMENTO INFORMADO.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto de Almeida Borges Gomes; Mestre em Direitos Difusos pela Universidade Metropolitana de Santos- SP.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

SILVANA LAGO SEIXAS

DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CONSENTIMENTO INFORMADO.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ___/___/ 2013.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, como assim o faço em relação a tudo em minha vida, pois sem Ele nada seria possível. Só tenho a agradecer pela capacidade que me foi dada para ingressar ao curso de Direito, bem como o remate de mais uma etapa a caminho de sua conclusão.

Ao ilustre mestre e orientador Roberto Gomes, por toda a assistência a que me foi concedida ao longo da elaboração deste trabalho, me apontando a direção a ser seguida, além de estar sempre disponível para prestar seus conhecimentos de forma esclarecedora. Obrigada pela paciência.

À minha mãe, minha vó e meu pai, seres iluminados que Deus me oportunizou compartilhar o gozo da vida em família, sempre ao meu lado alicerçando minha caminhada acadêmica, prestando especial incentivo e apoio para a conclusão desta etapa.

Ao amigo e Coordenador de Extensão da Faculdade Baiana de Direito, Fernando Leal, pelo material cedido para fins de pesquisa, bem como pela disponibilidade e apoio que me foi concedido sempre que precisei para sanar dúvidas no decorrer deste trabalho.

Aos meus amigos que sempre me apoiaram nos momentos em que pesava a rotina de pesquisas e produção, especialmente a Nei, Raisal, Priscilla, Thayná e Alan, que não faltaram em nenhum momento em que precisei.

“Toda reforma interior e toda mudança para melhor dependem exclusivamente da aplicação do nosso próprio esforço.”
Immanuel Kant.

RESUMO

A perspectiva contemporânea constitucional traz a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, de modo a elevar o homem como objetivo precípua de todo o ordenamento. A proteção e efetivação da pessoa humana através da promoção de sua dignidade torna-se a base que deve orientar toda a normatividade do sistema jurídico. Esta nova perspectiva, aliada aos progressos tecnológicos vivenciados pela humanidade progressivamente, promovem a evolução da medicina, bem como da bioética, o que acarreta a mudança de concepções acerca dos limites da vida para adequá-los a esta nova realidade. O progresso tecnológico traz muitos benefícios à sociedade, mas também gera uma tendência da medicina a buscar de toda forma a cura para os pacientes terminais, muitas vezes promovendo tratamentos penosos e descabidos, sem atentar-se para o sofrimento a que dão causa. Muitas formas de manutenção artificial da vida desafiam a dignidade do paciente, havendo que se militar pela delimitação de critérios para que sua autonomia privada pudesse ser exercida. Neste sentido surgiu o instituto do consentimento informado como afirmação dos princípios da autonomia e da dignidade, de forma que o paciente passa a ter sua vontade considerada, não sendo obrigado a submeter-se a tratamento que não queira. Muitas questões surgem em relação aos limites entre a autonomia e morte do indivíduo em estado terminal. O direito ao gozo de uma vida com dignidade, assegurado pelo princípio da dignidade da pessoa humana passa a reclamar o reconhecimento do direito a morrer dignamente, como sua via consequente. A ortotanásia passa a ser vislumbrada perante o ordenamento a partir da validação da Resolução nº1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta a sua prática, autorizando que o médico, através do consentimento necessário do paciente, possa suspender tratamento que prolongue o processo de morte diante de estado de saúde terminal. O testamento vital, outra forma de manifestação da vontade do paciente, de forma mais ativa, apresenta-se através da Resolução nº1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que determina as formalidades com que devem ser prestadas as diretivas antecipadas de vontade do indivíduo. Estes atos normativos vêm para reafirmar a dignidade humana e autonomia do paciente, e acima de tudo reclamar o reconhecimento do direito à morte digna como corolário do direito à vida digna. No entanto, há ainda a carência de legislação tratando da ortotanásia e testamento vital, o que denota uma falha do ordenamento no sentido da promoção de segurança jurídica para estes institutos que se mostram cada vez mais importante no contexto social.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; Autonomia; Consentimento Informado; Morte digna; Resolução nº 1805/2006; Testamento Vital.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	11
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO	11
2.2 CONCEITO	16
2.3 EXTENSÃO DO PRINCÍPIO	20
2.3.1 Análise jurídica	20
3 AUTONOMIA E DIGNIDADE EM FACE DO DIREITO À MORTE	26
3.1 VIDA E MORTE: ASPECTOS GERAIS	26
3.2 EUTANÁSIA	29
3.2.1 Conceito e Espécies	29
3.2.2 Ortotanásia	33
3.3 AUTONOMIA PRIVADA	35
3.3.1 Conceito	35
3.3.2 Limitações	39
3.4 DIREITO À MORTE DIGNA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À VIDA DIGNA	43
3.4.1 Direito à Vida Digna	43
3.4.2 Direito à Morte Digna com Autonomia e Dignidade	48
4 O CONSENTIMENTO INFORMADO SOB A PERSPECTIVA DA RESOLUÇÃO Nº 1995 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	56
4.1 O CONSENTIMENTO INFORMADO NO CÓDIGO CIVIL	56
4.1.1 Critérios legais x Capacidade decisória do paciente determinada pelo profissional de medicina	66
4.2 RESOLUÇÃO Nº 1805 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	78
4.3 O CONSENTIMENTO INFORMADO E O TESTAMENTO VITAL	88
5 CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a uma reflexão acerca do direito à morte digna como ilação do direito ao gozo da vida com dignidade assegurado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista a notoriedade agregada a este princípio no âmbito da perspectiva constitucional contemporânea, assumindo o papel de princípio fundador de todo o ordenamento e elegendo o homem como seu objetivo precípuo, aborda a autonomia privada e liberdade como bases necessárias à sua concretização. No entanto a nova realidade com a qual convive a sociedade diante do surgimento de novas tecnologias, progressos na área de saúde, bem como novas possibilidades acerca da manutenção artificial da vida, além de apresentarem benefícios através da descoberta de curas e tratamentos eficientes neste sentido, contribuem também para o surgimento de uma tendência negativa no âmbito da atividade médica. Ao ver-se diante de tantos avanços e possibilidades na área da saúde, estes profissionais agem perseguindo a manutenção da vida do paciente o máximo enquanto possam, sendo a cura o seu maior objetivo, desconsiderando assim questões humanitárias como o sofrimento que a subsunção a tratamentos penosos e desgastantes proporciona ao paciente em seu leito de morte. Nesta senda, muitas questões surgem em relação ao exercício da autonomia do paciente na determinação de sua vida e morte.

Institutos como o consentimento informado surgem para afirmar a autonomia do paciente em relação à possibilidade de não ser submetidos a tratamento que não queira, havendo previsão neste sentido no Código Civil. Uma série de aspectos humanitários é identificada no âmbito do instituto em epígrafe, como critérios para o estabelecimento de um bom relacionamento entre médico e paciente, princípios que devem reger a relação, o dever do médico de prestar a informação adequadamente ao paciente, tudo no sentido de buscar uma relação o mais aberta possível, embasada em confiança, cumplicidade e diálogo. Notável a intenção de promover a pessoa humana à condição de dignidade, respeitando sua autonomia na forma da expressão de seu melhor interesse diante da terminalidade de sua vida.

No entanto, há uma tendência da sociedade em interpretar a militância acerca do direito a morrer dignamente como sendo em relação ao direito à morte. Não há que

se falar em direito à morte. Atualmente a busca pelo direito a morrer com dignidade diz respeito à prática da ortotanásia como o direito a deixar que a morte tome seu curso natural em caso de estado terminal do paciente, ausentes meios artificiais para sua manutenção, tendo em vista apenas a postergação da morte do indivíduo, diferente da eutanásia, prática relacionada à busca pela morte para dar fim ao sofrimento de quem padece.

A recente publicação de resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca da ortotanásia e do testamento vital, que constitui a determinação de diretivas antecipadas de vontade pelo paciente que venha a encontrar-se em estado terminal, se apresenta como expressão do princípio da dignidade e autonomia privada. A prática da ortotanásia mediante o consentimento do paciente, bem como a tecnicidade estabelecida em sede de testamento vital, restam expressões do consentimento informado, que encontra previsão no art. 15º do Código Civil.

Esta dissertação distribui-se em três capítulos. O primeiro capítulo trata do princípio da dignidade humana como base para toda a questão trazida a bordo, de acordo com o entendimento de que, para melhor análise acerca da morte com dignidade e autonomia diante do estado terminal do paciente, seja pertinente a elucidação do surgimento da concepção de dignidade humana, sua evolução histórica e reconhecimento como princípio fundamental. O princípio da dignidade humana abarca abstração no sentido de constituir-se como norma axiológica aberta, no que suporta uma grande variação acerca da forma como é reconhecido em relação a cada contexto social.

Representando a base constitucional contemporânea, a dignidade humana deve fundamentar todo o ordenamento jurídico, exaltando o homem ao seu centro, e a sua realização como pessoa digna, como sua finalidade maior. Neste sentido, as premissas em torno deste princípio devem ser seguidas por toda a normatividade jurídica, bem como guia para a sua interpretação em acordo com a Constituição. A consagração deste princípio trouxe avanços humanitários de grande importância para a sociedade, afirmando principalmente a autonomia privada do indivíduo.

O segundo capítulo trata de elucidar temas importantes, diretamente ligados à abordagem deste trabalho, sendo necessária explanação acerca de seus conceitos e perspectivas em relação à morte digna e autonomia. Entre o quanto abordado, apresenta-se aspectos gerais acerca da vida e da morte, conceitos atribuídos, as

evoluções galgadas com o tempo e a relação entre ambos. Aponta-se para a delicadeza acerca da determinação plena do conceito de vida e morte, bem como para as discussões acerca de sua definição.

Também neste capítulo a abordagem do fenômeno da eutanásia. São apresentados seu conceito e breve evolução histórica, bem como espécies em que se divide. É importante a sua compreensão de modo a diferenciá-la da ortotanásia, instituto a ser trabalhado também neste capítulo, bem como posteriormente em sede de Resolução do Conselho Federal de Medicina que regula sua prática.

A autonomia privada é um instituto de muita importância para a abordagem deste trabalho e sua conceituação, bem como as limitações ao seu exercício, estão elucidadas também no segundo capítulo. A evolução de sua concepção também é analisada. Estas perspectivas são relevantes para a abordagem posterior acerca da concepção de morte digna.

Ainda em sede do segundo capítulo há a abordagem acerca do direito à vida digna, estabelecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, apresenta-se o direito à morte digna como corolário do direito à vida digna. Há uma análise de seu reconhecimento como extensão do direito à vida digna, bem como de sua relação com o consentimento informado, previsto pelo Código Civil.

No terceiro capítulo resta a abordagem do consentimento informado como expressão de vontade do indivíduo diante da terminalidade da vida. Há uma abordagem de sua concepção, evolução, bem como se todas as premissas a que atrela à sua efetividade e validade. Os princípios a que fazem jus o seu cumprimento também são abordados, sendo a autonomia o mais importante deles.

Há ainda uma abordagem relacionada à capacidade civil e decisória do indivíduo para a tomada de decisões acerca de seu estado terminal, demonstrando-se a flexibilização que tem se formado em torno da capacidade decisória alheia aos critérios meramente legais, relevando também o caso concreto e autonomia do paciente.

Apresenta-se ainda as Resoluções do Conselho Federal de Medicina. A Resolução nº 1805/2006, que vem regulamentar a prática da ortotanásia, bem como a Resolução nº 1995/2006 que vem trazer tecnicidade acerca do quanto facultado na

nº 1805, além de expandir as possibilidades das disposições finais de vontade através do testamento vital, analisando suas perspectivas e finalidade.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Não é possível definir em que ocasião surge exatamente a ideia em torno da dignidade, contudo, é possível aferir momentos históricos e concepções que consagravam a valoração humana (MOLLER, 2010, p. 72). Ingo Sarlet (2010, p. 32) posiciona-se no sentido de que a noção de dignidade surge nas sendas do pensamento antigo clássico e do cristianismo, “a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão”.

Também é possível constatar a influência do Cristianismo na construção da concepção de dignidade humana, fundamentada na premissa de que o indivíduo assemelha-se a Deus, o que gera a atribuição de valor ao homem de forma intrínseca (SARLET, 2010, p. 32).

A natureza humana é tomada como objeto de análise a partir do século V a.C., com o surgimento da filosofia na Grécia, e, com o desenvolvimento da filosofia no decorrer dos séculos, as teorias e concepções mitológicas restam vencidas e são substituídas pelo “saber lógico da razão” (MOLLER, 2010, p. 73).

A noção de dignidade assumia caráter modulável na era clássica, quando a posição social determinava o grau de dignidade do indivíduo, em contraponto, nas sendas da filosofia estoica, a dignidade representava característica inerente e exclusiva da pessoa humana, sendo equivalente a todos da mesma forma, ressaltada a superioridade do ser humano em relação aos demais seres (SARLET, 2010, p. 32).

Ingo Sarlet (2010, p. 35) aponta os séculos XVII e XVIII como berço das ideias jusnaturalistas, como o momento em que a noção de dignidade da pessoa humana vivenciou um “processo de racionalização e laicização”, conservada a perspectiva da igualdade entre os homens. A concepção jusnaturalista foi exaltada pelas declarações de direitos consecutórias das Revoluções Americana e Francesa e idealizava que “todos os seres humanos são igualmente livres por natureza e detentores de certos direitos inatos” (MOLLER, 2010, p. 74).

Para melhor compreender sobre em que se baseia a dignidade da pessoa humana, é pertinente elucidar concepções de filósofos considerados importantes para a sua formação. Nesses termos, é cediço que uma das figuras mais importantes foi a do alemão Immanuel Kant. “É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva- nacional e alienígena- ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e de uma conceituação da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2010, p. 39).

Kant desenvolve sua ideia de dignidade como a atribuição de um valor intrínseco à natureza humana, próprio do ser humano, devido a sua racionalidade, e de um valor moral de respeito (MOLLER, 2010, p. 74-75). Além disso, determina que o valor tem duas vertentes perante a sociedade, o preço e a dignidade, esta referente ao homem enquanto valor intrínseco e aquele referente aos bens materiais (SANTIN, 2008, p. 119).

Nesta linha, a razão humana apresenta-se intimamente ligada à autonomia. O indivíduo racional se afirma como um ser moral porque não age meramente de acordo com o seu instinto. A razão, como elemento essencial para a composição de uma natureza humana valorativa, concebe o homem como um fim em si mesmo. Kant definia o conceito de *natureza* como o “reino das leis” e o conceito de *homem* como ser “livre e racional”, que age com autonomia e de acordo com os valores que ele próprio se atribui (RABENHORST, 2008, p. 125).

A dignidade resta associada a um dever moral de respeito do ser humano para com o próximo e para consigo mesmo, as ações morais são aquelas vinculadas a um dever, ao passo que aquelas direcionadas a interesses particulares não estariam inseridas neste âmbito. A vontade submetida a leis, ao puro dever, é denominada por Kant de *vontade pura* ou *livre*, dessa forma surge o seu *imperativo categórico*, que é a fórmula composta por ação necessária, ligada ao dever e não relacionada com inclinações individuais (MOLLER, 2010, p. 76).

Maria Garcia (2004, p. 197) anuncia uma fórmula do imperativo categórico que reforça a visão de que todo ser racional é detentor da dignidade como valor intrínseco: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”.

Outro ponto importante da concepção kantiana é o caráter de legislador universal que é atribuído ao ser racional. A dignidade da natureza humana se firma no fato de que o próprio ser que legisla, deve a esta lei submeter-se, ou seja, o ser racional compõe a sua moral. Neste sentido, o respeito é a subordinação da vontade à lei, o que preconiza a moral (MOLLER, 2010, p. 77-78).

Jenice Schramm (2010, p. 155), em abordagem às percepções de Kant, elucida:

Embora Kant identificasse a dignidade como uma qualidade intrínseca e exclusiva do ser humano, como ser racional, e, por isso, dotado de autonomia, assim entendida a capacidade de se autodeterminar e agir de acordo com suas próprias leis, já atribuía a ela uma especial relação com o respeito mútuo que os seres humanos devem nutrir uns pelos outros e por si próprios, a ponto de repudiar tratamentos desumanos ou qualquer espécie de coisificação do ser humano, incentivando a capacidade de abstração que toda pessoa tem de se colocar no lugar do outro para, a partir de suas concepções morais, dos seus princípios, identificar o que viola ou não a dignidade dessa pessoa.

Assim, pelas razões trazidas a lume, de acordo com a filosofia de Immanuel Kant, a natureza humana constitui a fonte de toda a dignidade, apoiada na liberdade, autonomia, respeito e moral. O ser racional constitui um fim em si mesmo, age com respeito em relação a si bem como ao próximo, sempre prezando a preservação de valores morais no exercício de sua autonomia.

Esta abordagem foi muito influente na formação das concepções hodiernas a respeito da moral e da bioética e fundamentação de muitos aspectos jurídicos, além de ter sido inspiração para que Ronald Dworkin também formulasse o seu entendimento acerca da temática (MOLLER, 2010, p. 78).

Ronald Dworkin (2003, p. 333-334) também contribui para a construção da dignidade humana como princípio através de suas concepções. Ele a conceitua como o direito das pessoas de “não serem vítimas da indignidade, de não serem tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito”. Neste sentido, são as próprias sociedades que determinam em que se baseia a aludida indignidade, através do que chama de “padrões e convenções”, sendo variáveis em relação a tempo e espaço (SARLET, 2010, p. 65).

Apesar de utilizar-se de pensamentos da teoria kantiana, Ronald Dworkin também se manifesta criticamente em relação à mesma. No que tange ao direito à dignidade humana, pontuava como essencial a consideração dos interesses críticos dos

indivíduos, visto que não se constituíam apenas em preferências e sim em juízos formados por cada um (MOLLER, 2010, p. 79).

Ronald Dworkin apresenta uma concepção baseada em dois aspectos diferentes, uma de *voz ativa* e uma de *voz passiva*, no sentido de que cada ser humano deve preservar sua própria dignidade, porém, esta pode vir a sofrer danos gerados por outrem. É nessa ideia que se concebe a *indignidade* aludida pelo filósofo, que impõe como essencial o respeito às liberdades individuais, às opções de vida de cada um, exaltando a importância natural da vida humana, baseada no respeito a si mesmo e ao próximo (SCHRAMM, 2010, p. 159):

A dignidade não estaria ligada ao homem apenas pelo fato de o sê-lo, mas esta aliada a aspectos outros, como a liberdade e a eleição de valores morais por cada indivíduo, baseados na equidade em relação ao direito à dignidade diante do respeito à individualidade do ser humano.

No que diz respeito à concepção de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, apura-se que, em busca de complementar a concepção de Immanuel Kant, ele se distancia do campo da abstração racional, e se direciona ao campo do dever jurídico (SCHRAMM, 2010, p. 158), além de classificar a dignidade humana como uma “qualidade a ser conquistada” (SARLET, 2010, p. 42).

Georg Hegel não vislumbra a dignidade da pessoa humana como um valor intrínseco do ser humano, mas sim fruto do respeito como condição necessária à garantia da liberdade, qualificando-o como imperativo jurídico responsável por fundamentar a dignidade humana (SCHRAMM, 2010, p. 158). Ingo Sarlet (2010, p. 43), em conluio com os ensinamentos de Carlos Ruiz Miguel, pontua que para o homem não nasce sendo digno, apenas assume tal condição quando cidadão.

A construção filosófica de Georg Hegel defende a importância do convívio social, do ser como cidadão ético, interagindo em sociedade e, assim, criando suas concepções. Desta forma, a dignidade não é inerente à pessoa por sua natureza, considerada sua racionalidade, e sim vinculada ao respeito que se perpetua entre os indivíduos no convívio social como o “dever jurídico garantidor da liberdade e fundamento da dignidade humana” (SCHRAMM, 2010, p. 158).

Acerca das teorias abordadas, afere-se que cada uma abarca concepções que, embora distintas em alguns aspectos, prezam sempre pela valoração do homem,

adotando para isto critérios distintos, seja por sua racionalidade, seja por sua capacidade de socialização e respeito à moral e ao próximo. O importante é a percepção de que, mesmo diante de visões distintas, a formação da dignidade humana é sempre acompanhada da noção de que o homem deve ser valorizado e exaltado como finalidade precípua no contexto social.

No que tange a filosofia contemporânea, Eduardo Rabenhorst (2008, p. 121) faz considerações alertando que não eram aceitos conceitos fechados, desconsideradas concepções definitivas, e aponta para o posterior surgimento de um “relativismo filosófico”. Valendo-se das lições de Charles Taylor, alega que “temos o inevitável esvaziamento dos propósitos de uma ontologia moral”.

Citando Habermas, o supracitado autor (2008, p. 122) expõe que a sociedade vivenciou um processo de *juridificação* e que a ciência jurídica, cada vez mais ligada à noção de direitos humanos universais, é quista como uma espécie de norteadora das ações humanas, a qual incumbia legitimar tudo aquilo que, no âmbito racional, não apresentava justificativa.

Nesta senda, o Direito se caracteriza como instrumento disciplinador e estabilizador dos conflitos da sociedade, de modo que não persegue respostas definitivas, mas busca resultados necessários. O relativismo filosófico transmite ao Direito a tarefa de acolher e alicerçar princípios e concepções para as quais não haviam fundamentos bem estabelecidos. E é neste contexto que o princípio da dignidade humana é apresentado como “*fundamentum* último que justifica a atribuição aos homens, de forma indistinta, de um mesmo valor intrínseco” (RABENHORST, 2008, p. 122).

Na realidade contemporânea, a dignidade é como um prisma, uma base, para alinhar, reger, qualquer conduta no âmbito social, este cada vez mais atinente a uma perspectiva de concretização de direitos humanos.

A conjectura em torno da dignidade humana como valor intrínseco perdura aos dias de hoje por dois fatores determinantes, sua condição histórica, já que deu causa a um conjunto de princípios e concepções, bem como no intuito de harmonizar as degenerações em relação à natureza humana, cada vez mais comuns no meio social (RABENHORST, 2008, p. 127).

Vencidas as breves considerações no que tange as bases históricas que fundamentam o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os reflexos

em torno da posição que ocupa hodiernamente, ressalte-se a concepção de Immanuel Kant como a mais festejada pela doutrina, a mais requisitada como meio para fundamentar o instituto.

Maria Garcia (2004, p. 209), recolhendo a lição de Jacques Testart, averba que a ética moderna deve servir-se do princípio da moral de Kant para lidar com os avanços da ciência, no que apresenta a razão humana ordenadora da moralidade, no sentido de que a ação do indivíduo para com o próximo deve estar em acordo com o que prezaria para si mesmo em prol do bem comum e na construção da dignidade. Desta forma, a evolução científica, como promotora de novas possibilidades para a sociedade, deve estar atrelada a esta concepção, buscando se perpetuar no respeito à moral e valorização da pessoa em detrimento de qualquer interesse outro.

“A dignidade da pessoa representará o crivo pelo qual serão interpretadas não somente os direitos fundamentais, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas suas variadas incidências e considerações” (GARCIA, 2004, p. 207). Resta assim demonstrada a importância construída por este fundamento constitucional ao longo de sua evolução, como guia das relações sociais, utilizada, inclusive, para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento, como será demonstrado adiante.

2.2 CONCEITO

A priori, cabe apontar a dificuldade acerca da conceituação exata do princípio em questão, tendo em vista que se trata de uma “categoria axiológica aberta”, como bem denota Ingo Sarlet (2010, p. 47):

Não há como negar que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje.

A dignidade da pessoa humana não pode assumir um conceito “fixista”, tendo em vista que não se adequaria aos diversos valores agregados pelas sociedades democráticas atuais, neste sentido, sua definição esta vinculada a um contínuo processo de evolução (SARLET, 2010, p. 49).

José Afonso da Silva (1998, p. 91) define a dignidade como atributo intrínseco e insubstituível da pessoa, confundindo-se com a própria natureza do ser humano e, abarcando lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira, enfatiza que “o conceito da dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo- constitucional” (1998, p. 93).

Estipular um conceito o pleno, satisfatório, para a dignidade humana não é possível tendo em vista que esta pode ser contemplada de diversas formas a depender do meio social, ou seja, a sua concepção deve ser sempre “alargada” no sentido de abarcar todos os valores que esta susceptível a receber perante dois aspectos: a evolução social e diversidade cultural.

A dignidade da pessoa esta exclusivamente atrelada ao ser humano e tem por fim a sua valorização enquanto ser capaz de formar valores morais e reger sua vida dentro dos limites legais, e também enquanto ser merecedor de respeito perante a sociedade e si mesmo. Segundo Alexandre de Moraes (2001, p. 48):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O princípio em tela deve ser garantido pelo Estado, e está diretamente vinculado ao direito à vida. O Estado, no âmbito da ordem jurídica, deve, além de garantir a vida do indivíduo, possibilitar o exercício dos valores resguardados constitucionalmente viabilizando o desenvolvimento de sua personalidade e protegendo-o contra lesões ou depreciações de sua condição humana (GUIMARÃES, 2011, p. 81).

Nesta mesma linha Cármen Rocha (1999, p. 34), define que, como fundamento do Estado, a dignidade da pessoa humana existe para assegurar meios que propiciem a condição do homem “como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado”.

Como já aferido, a dignidade é o valor atribuído à pessoa, indistintamente, porém, ressalte-se que os seres humanos são portadores de personalidades, crenças, opiniões e concepções de vida diferentes, o que torna incoerente o fato de possuírem, considerando a regência da norma constitucional em questão, uma

mesma dignidade. Nas palavras de Eduardo Rabenhorst (2008, p. 122), esse fenômeno pode ser chamado de “paridade axiótica de todos os homens”.

É importante a positivação da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica, mas no sentido prático, muitas vezes, isso acaba não sendo satisfatório, pois a ausência de um fundamento que justifique a não observância das diferenças de cada um não se mostra eficiente diante da generalidade, ou seja, não oferece solução para questões de forma difusa.

Ingo Sarlet (2010, p. 74) aponta que a mera positivação da dignidade da pessoa humana na lei não tem o poder de obstruir “violações concretas” que venham a atingi-la. Falta especificidade ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, quedando, assim, como uma “fórmula abstrata e genérica” (2010, p. 47).

Neste sentido a ideia de que a dignidade da pessoa humana é uma garantia constitucional que, apesar de direcionada indistintamente a todos, não tem objetividade na prática, o que implica na necessária análise do caso concreto para devida aplicação. É como lesiona Ernst Benda, apurado por Ingo Sarlet (2010, p. 55), sustentando que para que a dignidade não quede como “mero apelo ético”, seu conteúdo deve ser aplicado de acordo com o caso concreto.

Difícilmente em uma sociedade haverá unicidade de concepções, valores e cultura entre os indivíduos, pois, ainda que congêneres, não necessariamente prezam as mesmas coisas ou possuem os mesmos méritos. A atribuição de única valoração, prestada a todos da mesma forma, sem considerar as diferenças existentes, não é totalmente eficiente, sendo assim, a dignidade “apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade” (SARLET, 2010, p. 63).

Eduardo Rabenhorst (2008, p. 123) aponta que:

Uma fundamentação, com efeito, não pode ser a simples existência de um consenso jurídico determinado que os homens tenham o mesmo valor intrínseco [...] Um fundamento deve ser necessário e universal, e a simples existência de documentos legislativos não garante tais exigências [...] O acordo constituído em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso nas diversas declarações, tratados, convenções internacionais e textos constitucionais, nem sempre se expressa no plano real [...] é preciso saber se todas as culturas estão de acordo com a nossa noção de dignidade humana construída pelo Ocidente cristão ou se atribuem o mesmo significado a essa ideia, sobretudo quando se trata de interpretar o conteúdo dos diversos direitos humanos.

A persecução de um conceito mais objetivo, resguardado o aspecto caracteristicamente aberto da concepção de dignidade humana é necessária para

promover a segurança e a estabilidade jurídica, e também para que passe a assumir um caráter mais positivo do que negativo, visto que, geralmente, é mais fácil identificar quando é atingido, do que manifesto (SARLET, 2010, p. 67).

Eduardo Rabenhorst (2008, p. 128) preconiza que a dignidade, apesar de sua abstração como fundamento constitucional, deve ter reconhecida sua contribuição em relação à moralidade democrática. Citando Charles Taylor, “estamos diante de uma crença que *não pode ser justificada plenamente*, mas que nem por isso vem a ser *arbitrária*”.

A dignidade humana é, sem sombra de dúvidas, um marco para a delimitação dos critérios morais da sociedade, responsável por muitas das evoluções vivenciadas no que diz respeito a aspectos humanitários, possíveis diante de um cenário democrático.

Na concepção de Jenice Schramm (2010, p. 175), em que pese não haver como estabelecer um conceito jurídico fechado para a dignidade da pessoa humana, as concepções a seu respeito possibilitam a sua constituição em torno da liberdade e respeito entre os indivíduos. Recolhendo lições de Ingo Sarlet (2010, p. 54-55), a autora aborda a atribuição de dimensões à dignidade humana segundo os critérios kantianos: natural, cultural, prestacional, protetiva, comunitária e intersubjetiva (2010, p. 173).

A dimensão natural é atribuída à dignidade como inerente à pessoa humana apenas por sua condição e é conjugada à dimensão cultural, que a complementa. Esta é vislumbrada como o “fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo”. O Estado como norteador e possibilitador, no sentido de protetor da dignidade e provedor das condições para que possa ser gozada efetivamente, representa a dimensão prestacional. No que tange a dimensão protetiva, esta corresponde à proteção da dignidade pelo Estado e pela sociedade quando alheia a possibilidade de autodeterminação do indivíduo. Já a dimensão denominada comunitária diz respeito ao zelo de cada um pela sua própria dignidade e também pela do próximo, gerado pelo convívio em comunidade e noção de igualdade entre todos. Fechando a classificação, resta a dimensão intersubjetiva, que corresponde a consciência em torno da necessidade de preservação da dignidade enquanto valor.

Apesar das polêmicas em torno da conceituação do princípio em tela, e buscando uma concepção mais esclarecedora o possível, insere-se aqui a lição de Ingo Sarlet (2010, p. 70), que deslumbra a dignidade da pessoa humana como:

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

A dignidade humana serve à pessoa como assegurador de que mereça respeito perante a sociedade e o Estado, de modo que, estando em conluio com a legalidade e o respeito ao próximo, merecerá obrigatoriamente condições para que possa disfrutar uma vida alheia às condições desumanas e permeada por condições existenciais mínimas, além de poder regê-la no sentido de seu melhor interesse.

Acerca de tudo quanto exposto, notadamente a dignidade da pessoa humana constitui um princípio de suma importância para a estruturação do ordenamento jurídico no sentido de viabilizar a concretização de suas finalidades. A valorização da pessoa, bem como sua proteção, preconiza a moralidade e deve ser preservada e cada vez mais exaltada na condução dos avanços em termos científicos e tecnológicos vivenciados atualmente, já que trazem uma nova realidade para a sociedade.

2.3 EXTENSÃO DO PRINCÍPIO

2.3.1 Análise jurídica

A Carta Constitucional elenca, dentre os fundamentos precípuos do nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, não restando dúvidas de que ocupa significativa importância no seu escorço:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

As Constituições apenas passaram a tratar expressamente sobre a dignidade da pessoa humana a partir do século XX, como consequência do pós-guerra e consagração através da Declaração Universal da ONU em 1948 (SARLET, 2010, p.72). Nesta senda, reforça Jenice Schramm (2010, p. 167) que “o constituinte de 1988, seguindo a ideia de universalização dos direitos do homem proclamada pela Declaração Universal de 1948, incluiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”. Desta forma, auferindo o reconhecimento perante a ordem jurídica, a dignidade humana passa a compor o direito positivo vigente (SARLET, 2010, p. 76).

Num primeiro momento, far-se-á necessária breve elucidação acerca da nova perspectiva constitucional, das mudanças ocasionadas em relação à sua perspectiva precedente. Nesta senda, à época da ditadura, os brasileiros eram, em sua maioria, praticamente alheios à Constituição, não conheciam suas premissas tampouco dimensionavam sua importância, no entanto, hoje é notoriamente identificada por todos como a lei maior, base de todas as outras, além de garantidora da dignidade humana (ROCHA, 2009, p. 16).

A Constituição de 1988 nasce em um momento de participação popular, e mais, nasce em prol da própria humanidade, o que pode ser aferido em análise aos seus preceitos.

A Constituição, vislumbrada como uma “tábua axiológica” na perspectiva de Gustavo Tepedino (1999, p. 47), deve servir como precedente para as normas infraconstitucionais, ou seja, os valores eleitos e resguardados constitucionalmente devem ser concretizados pelo legislador ordinário na produção de normas e também pelo intérprete jurídico, na interpretação de seu conteúdo.

O Brasil passa por uma importante transição, no sentido de que, antes da Constituição de 1988, a população não tinha noções claras do que, de fato, representava a norma constitucional, o que se mostrou ainda mais enfático na época da ditadura militar. A partir da Constituição de 88, que nasce numa perspectiva democrática, a população passa a participar ativamente, conhecendo seus direitos e deveres. A dignidade da pessoa humana constitui a essência da Constituição, elencada como princípio fundamental, e inova ao objetivar primordialmente a valorização do homem.

A consciência da importância da dignidade humana na esfera constitucional deve ser compreendida também em torno do seu caráter democrático, no que busca a efetivação do Estado Democrático de Direito, dirigido à sociedade. A possibilidade de participação popular no âmbito constitucional gera a obrigação de que contribuam para a efetivação dos direitos fundamentais junto ao Estado (ROCHA, 2009, p.19). É neste sentido que se conclui que a democracia é o regime político mais efetivo na promoção da dignidade da pessoa humana enquanto valor que permeia os direitos fundamentais do homem, ao passo em que deflagra poderes orientadores do Estado e da sociedade em busca de sua concretização, também fomenta o engajamento do país com a valorização homem, tomando em conta que a dignidade humana guarda vinculação direta com a perspectiva da liberdade e participação popular.

A nova perspectiva constitucional assume caráter dinâmico em relação aos valores resguardados, no sentido de que, além de sua finalidade precípua, estão direta ou indiretamente direcionados à afirmação do homem como centro e base de todo ordenamento. Os princípios e fundamentos constitucionais estão vinculados à valorização do ser humano, sendo a dignidade humana o valor primordial da Constituição.

Ingo Sarlet (2010, p. 80) manifesta-se acerca do reconhecimento do princípio em tela no âmbito constitucional como norma jurídico-positiva:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, carregado de eficácia.

Ingo Sarlet (2010, p. 82), valendo-se das lições de Robert Alexy, evidencia que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser concretizado em diversos graus, além de possuir uma dimensão objetiva e outra subjetiva, no sentido de que abarca também valores fundamentais de comunidades em particular, ou seja, “a dignidade da pessoa, do indivíduo, é sempre a dignidade do indivíduo socialmente situado e responsável”.

É como abordado anteriormente em relação à pluralidade em que se deve considerar o princípio da dignidade humana diante de cada contexto social, também assim deve ser em relação ao indivíduo, ou seja, diante de uma análise neste âmbito, deve ser considerado com base nas concepções sociais em que está

inserido. É de extrema importância que cada um tenha considerada sua dignidade na medida em que os fatores sociais a influenciem, devendo haver adequação e respeito na observância da promoção do princípio.

Ainda compactuando com o posicionamento de Alexy, Ingo Sarlet (2010, p. 82-83) aduz que a dignidade possui caráter de regra jurídico no sentido de impor parâmetros de comportamento, e que, na sua condição principiológica, determina a satisfação de suas premissas tanto quanto possível, consideradas as circunstâncias do caso concreto.

Em termos de hierarquia normativa, este princípio deve prosperar como supremo, já que abarca todos os aspectos éticos em torno dos direitos da personalidade (BONAVIDES, 2003, p. 233). José Afonso da Silva (1998, p. 92), compartilhando do mesmo pensamento, sinaliza que não diz respeito apenas à ordem jurídica, mas também à ordem política, social, econômica e cultural. A dignidade da pessoa humana tem sua importância na instituição de um valor perante a nação, e todos os aspectos da vida social devem prestar coerência em relação a este valor, respeitando e promovendo-o. Assim, exemplifica:

Dai decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Como aferível, a valoração da pessoa humana é o objetivo precípua do princípio da dignidade nos lindes da Constituição Federal, de modo que os interesses da ordem jurídica se estabelecem em seu favor, ou seja, todo o ordenamento deve ser direcionado para o reconhecimento e efetivação de sua dignidade. É nesta mesma linha que se manifestam Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal (2012, p. 164), no que afirmam “a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico”. As normas devem garantir o minimamente necessário para uma vida digna, “que abrange todos os direitos e valores que podem ser reconhecidos à pessoa humana, como integridade física psíquica e intelectual, a garantia da autonomia”.

Não só numa perspectiva material, em que estejam disponíveis os meios e bens essenciais para viver numa condição humanamente aceitável, a dignidade da pessoa humana deve propiciar ao cidadão todos os valores personalíssimos a que devam ter acesso enquanto seres humanos, como a concretização dos direitos

fundamentais, o que denota importantes avanços na seara humanitária no âmbito da nova perspectiva constitucional.

A autora Cármen Rocha aborda que a adoção da dignidade humana como princípio magno no contexto do direito constitucional contemporâneo deve ser contemplada em face da interpretação dos códigos jurídicos, considerando a ótica diferenciada que a Constituição de 1988 assume em relação às anteriores ao visualizar o ser humano como um “ser de carne e osso” (2009, p. 16):

Hoje, quando falamos em dignidade da pessoa humana, da forma como está no inciso III do art. 1º da Constituição, falamos como Carlos Drummond de Andrade em seu texto “Nosso tempo” escrito no final da Segunda Guerra Mundial: “Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos”.

Resta claro que “a tutela da pessoa como pessoa, só é possível em um ordenamento que dê prevalência aos valores existenciais em relação aos patrimoniais” (MEIRELES, 2009, p. 105). De fato, a perspectiva de proteção do ser humano da forma como se projeta no ordenamento jurídico, só é possível tendo em vista que este sobrepõe valores existenciais em face dos patrimoniais, justamente como meio para atingir os fins constitucionais.

A dignidade da pessoa humana afirma-se cada vez mais como um valor a ser considerado na orientação das condutas sociais, devendo ser sempre primado, preservado e respeitado. Também assim na aplicação da ordem jurídica, servindo como um “norte”, tanto para o legislador, como para o intérprete da lei. Neste sentido verbera Flávia Piovesan (2008, p. 27) que o valor da dignidade da pessoa humana “impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.

Para a afirmação da justiça e da efetivação das premissas do princípio da dignidade humana, não há que se falar em uma atuação isolada do Estado, tendo em vista que a sociedade, os indivíduos que a compõe, tem papel essencial nesse sentido, é necessária uma ação conjunta em que ambos, cada um dentro de sua alçada, devem corroborar de forma a cumprir o quanto lhe seja determinado pelo ordenamento, individual ou conjuntamente. Nesta senda, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 165) explanam que as obrigações impostas ao Estado e particulares para afirmação da dignidade equivalem a sua eficácia positiva, enquanto

a eficácia negativa é responsável por restringi-los o exercício de determinados direitos que possam afetá-la.

Não se trata apenas de apontar o caminho, o ordenamento impõe, mas tanto o Estado como os indivíduos sociais devem agir no sentido de concretizar a dignidade, de modo que possuem obrigações e restrições em relação às quais devam manter o respeito para que se consume a sua finalidade.

É importante indicar que a efetivação da juridicidade no âmbito da dignidade humana conta com a necessária revisão dos institutos civilísticos que antecedem à Carta Magna, além de atitudes coerentes dos aplicadores do Direito à nova realidade constitucional (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 168).

A dignidade da pessoa humana é princípio fundante da Constituição e deve ser efetivada em todos os âmbitos da vida social, o Estado e a sociedade devem agir imbuídos nesta finalidade em prol do bem-estar social, coletiva e individualmente. O legislador e o aplicador da lei devem também vincular-se ao seu cumprimento.

Há situações que vem se configurando cada vez com mais frequência no âmbito social, como consequência do avanço da tecnologia, da medicina e da bioética, que dizem respeito a aspectos da vida, da morte, da autonomia privada do indivíduo em face da sua dignidade, ensejando reflexões diversas acerca dos limites existentes nas relações em que estejam presentes e contrapostos todos esses valores. Nesta senda, haverá que se trabalhar cada um desses aspectos para relacioná-los posteriormente acerca das situações em que a vida e a morte do indivíduo roguem pelo seu direito à dignidade em prol de sua autonomia.

3 AUTONOMIA E DIGNIDADE EM FACE DO DIREITO À MORTE

3.1 VIDA E MORTE: ASPECTOS GERAIS

O direito à vida é bem fundamental, garantido pela Constituição Federal de 1988, que em seu art 5º:

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 [...]

Segundo os ensinamentos de Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 70), “a vida, no plano jurídico é considerada como direito básico cuja tutela é a própria razão de ser do direito, já que constitui condição essencial para a existência dos demais”.

O direito à vida costuma ser considerado direito absoluto, abrangendo dois sentidos, o direito do titular a sua própria vida e o dever do Estado, enquanto garantidor, de protegê-lo de atos que possam atentar contra ele. Denota-se, assim, uma forma de classificá-lo como um direito que não se pode medir ou oferecer limites valorativos, um direito infungível.

A Constituição de 1988 é a primeira a versar sobre o direito à vida, que, assim, passa a auferir proteção legal em que pese tenha assumido caráter valorativo antes disso, por conta da característica agregatória inerente aos seres humanos que vivem em sociedade, pois a tendência é que se associem, criem uma interdependência entre si para suprir necessidades, de aspecto espiritual, material, afetivo etc (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 70).

Apreende-se então que, antes mesmo do direito à vida ser positivado pelo ordenamento, já era concebido como um valor pela sociedade, o que se apresenta como uma característica natural de sua própria ordem, no que diz respeito às relações sociais, a necessidade de associação. Nesta senda, antes de adquirir proteção jurídica, a vida humana era protegida meramente de forma reflexa, de acordo com cada sociedade e seus princípios, de maneira que, quando se identificava a adoção de um comportamento que atentasse contra a mesma, utilizava-se de sanção punitiva. O direito à vida foi adquirindo, gradativamente,

importância perante a sociedade, assumindo proporções mais significativas na medida em que a humanidade evolui.

Vida e morte são fenômenos muito próximos, sendo a morte inerente à vida. No entanto, este não é um assunto que agrada as pessoas em geral, segundo apontam os ensinamentos de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2012, p. 83):

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

Além do desconforto que ronda a abordagem do tema pela sociedade, há, ainda, uma dificuldade de cunho científico acerca da definição do conceito de morte. As diferenças entre os valores que compõem as comunidades no âmbito social, envolvendo culturas, crenças, poder econômico, religiões e concepções políticas, podem também atrelar certo receio em se definir o conceito de morte de forma universal, de modo que não se adequará a todos.

De acordo com Hugo Engelhardt Jr. (1998, p. 306), “diferentes definições de morte poderiam ser estabelecidas por diferentes comunidades”. Uma possível solução para evitar maiores dificuldades no lido com as peculiaridades de cada um seria que o indivíduo fosse registrado como membro de uma comunidade específica, de modo que cada uma possuía sua definição para o conceito de morte de cunho notório.

Outrora a morte estava ligada a paralisação das funções do coração e pulmões, chamadas cardiorrespiratórias, o que se mostrava suficiente para definir a ocorrência do fenômeno. No entanto, os avanços da tecnologia no âmbito científico, os quais contribuíram muito para a medicina, trouxeram consigo a necessidade de adaptar os conceitos já existentes a uma nova realidade, o que promove a reconstrução da concepção de morte inicialmente imposta. É aí que surge a diferenciação entre a morte clínica e a morte biológica.

Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 72-73) lesiona neste sentido:

A dificuldade para a exata definição de vida e seu começo, corresponde à do momento de seu fim e, portanto, da ocorrência de morte. Definir a morte significa poder diagnosticá-la, o que, segundo neurologistas, constitui um problema tão antigo quanto à própria humanidade e que tem variado no curso histórico. A concepção teológica que se tem do mundo, o conhecimento científico e sua democratização são elementos que contribuem para a

construção dos diferentes conceitos.[...] Já se vê que tal conceito é informado por elementos políticos e econômicos e que, assim, o que seja morte, nessa perspectiva, pode variar conforme os recursos de cada Estado e, até mesmo, os de cada cidadão. De qualquer sorte, a introdução, na prática clínica, das manobras de reanimação cardiopulmonar e a possibilidade de manter aquelas funções com equipamentos de suporte, obrigaram a reconstrução do conceito de morte [...] Até a década de 60, a cessação das funções do coração e dos pulmões constituía o critério aceito para indicar o fim da vida [...]A partir do momento em que surgiram as possibilidades de manutenção dos batimentos cardíacos, com os recursos proporcionados pela moderna tecnologia, distinguiu-se a morte clínica (paralisação da função cardíaca e respiratória) da morte biológica (destruição celular) e da morte cerebral (paralisação das funções cerebrais). Hoje, mais propriamente, fala-se de morte encefálica, que consiste em cessação irreversível das funções do encéfalo.

Também Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2012, p. 84), versam sobre a nova concepção da morte, agora vista como um fenômeno progressivo, não mais como um evento apenas. O desenvolvimento da medicina trouxe inovações referentes ao prolongamento artificial da vida, abrindo novas possibilidades neste âmbito, sendo, assim, responsável pela necessidade de revisão do conceito de morte, determinando-a como morte encefálica.

No século XX foram apuradas muitas informações acerca do tema, além de terem sido realizados os primeiros testes práticos acerca da morte cerebral. Nesta época, diferentes Comissões de Medicina aprofundaram suas pesquisas e se posicionaram acerca do tema, o que possibilitou significativos avanços na definição do conceito de morte cerebral (ENGELHARDT JR., 1998, p. 297).

Os avanços tecnológicos, aliados a maior demanda de transplantes, bem como seu alto custo, induziu a questão sobre se deveria se considerar vivo o corpo de paciente com morte cerebral (ENGELHARDT JR., 1998, p. 297). As definições de morte de todo o cérebro passaram a assumir caráter defasado. Mesmo considerando como *pessoas* aqueles pacientes que não possuíam consciência, mas sim sensibilidade, o que ressalta uma ótica conservadora, as falhas dessas definições se tornaram mais claras, principalmente com o projeto de lei proposto pela Comissão do Presidente dos Estados Unidos para o Estudo dos Problemas Éticos na Medicina e Pesquisa Biomédica e de Comportamento, de Determinação uniforme da morte, no seu relatório *Definição da Morte*, de 09 de julho de 1981. Consta no relatório que “para a comissão, a morte do cérebro foi considerada importante por revelar a morte do corpo como um todo” (1998, p. 305).

A ausência de valorização do cérebro como o provedor da consciência, faz com que a definição de morte de todo o cérebro quede inadequada. Partindo da perspectiva de que o conceito de morte não pode estar restrito a uma morte totalmente cerebral, estudos aprimoram a ideia de que há uma definição de morte mais coerente, trata-se da definição relacionada à morte dos centros cerebrais superiores, que se funda no argumento de que para haver vida mental é necessário o seu funcionamento (1998, p. 306).

Cumpra-se advertir que mesmo com tantos recursos tecnológicos há alguma dificuldade em se identificar o momento da morte, principalmente para quem não tem conhecimentos médicos. No âmbito jurídico, a ausência de informações precisas acerca do momento da morte repercute na dificuldade de administração e determinação das consequências jurídicas pertinentes a cada caso, que podem envolver questões delicadas, como por exemplo, a ortotanásia e a doação de órgãos.

Vida e morte são fenômenos que guardam grande adjacência, por isto grande número de questões envoltas à sua definição, principalmente àqueles inscientes em relação à medicina, bem como de institutos a que dão origem. No que tange à sua relação com o princípio da dignidade enseja muitas polêmicas acerca da limitação da autonomia do indivíduo para autodeterminar sua vida e morte, principalmente acerca da evolução bioética que se permeia atualmente. Um dos institutos mais polêmicos em torno dos limites entre a vida, a morte e a autonomia é a eutanásia.

3.2 EUTANÁSIA

3.2.1 Conceito e Espécies

Considerando a evolução da Medicina e do Biodireito acerca das novas possibilidades de prolongamento da vida através de meios artificiais, a sua manutenção em determinados casos encontra-se em questionamento perante os critérios e princípios sociais no que tange aos seus limites. Nesta senda, procede a elucidação do fenômeno da eutanásia e espécies.

A prática da eutanásia era adotada por muitas civilizações desde os tempos remotos, mas a maior parte de suas “antigas formas de expressão” tinham sentido diverso do que se constitui atualmente, porque informadas por “escopos eugenésicos ou econômicos”- compreender-se-á as alusões a espécies de eutanásia no decorrer do capítulo.

Gisele Mendes de Carvalho (2002, p. 483-484) indica que na antiga Atenas o Estado tinha o poder de relativizar a tutela do direito à vida, porquanto este não era quisto como direito absoluto. Também Maria Elisa Villas-Boas (2005, p. 7-8) apresenta exemplos históricos de comportamentos adotados por povos antigos, alheios à concepção de direitos humanos que hoje vislumbramos, como dar fim a vida de idosos, deficientes e moribundos:

É possível apontar múltiplos exemplos históricos, assinalando épocas em que a eutanásia era aceita ou mesmo recomendada pelo regramento social, confundindo-se em muitas ocasiões, com práticas eugênicas e economicistas, mediante as quais visava, precipuamente, não a eliminar a dor de quem sofria, mas sim a eliminar o próprio indivíduo sofredor que se tornara um ônus para o grupo, ou com vistas a uma suposta purificação ou evolução da espécie. Assim é que, na ilha grega de Cós, os velhos eram levados a uma festa, em que lhes era oferecido veneno; em Esparta, os recém-nascidos mal-formados eram atirados ao despenhadeiro do Monte Taijeto; na Índia, os doentes eram lançados ao rio Ganges, os celtas tinham por hábito que os filhos promovessem a morte dos pais quando estes estivessem velhos e doentes; a Lei das Doze Tábuas dava ao pai o direito de promover a morte do filho que nascesse disforme, após a avaliação por cinco vizinhos; os birmaneses enterravam vivos os idosos e os doentes graves e incuráveis ou os enforcavam a seu pedido [...] Falava-se em “despenar”, no sentido de “tirar as penas, as dores” dos que sofriam no final da vida, como sendo função de amigos íntimos e parentes, quando já não havia remédio a prover.

A referida autora (2005, p. 7-8) indica, ainda, que a expressão *eutanásia* é classicamente atribuída ao filósofo e político inglês Francis Bacon, século XVII, a partir dos radicais gregos *eu* (bom, tranqüilo) e *thanos* (morte) e correspondia a conduta ativa do médico que fornece ao doente uma morte doce e pacífica, na hipótese de não haver esperança. Nas palavras de Gisele de Carvalho (2002, p. 479), o filósofo denominou a eutanásia de “estudo das enfermidades incuráveis”.

“Ao longo do tempo consagrou-se o uso do termo para indicar a morte provocada, antecipada, por compaixão, diante do sofrimento daquele que se encontrava irremediavelmente enfermo e fadado a um fim lento e doloroso” (VILLAS-BOAS, 2005, p. 7-8).

Antigamente, a prática da eutanásia, dentro da perspectiva apresentada, era imbuída de finalidades tidas como sociais à época, não só aceitas no âmbito da

sociedade, como também desejáveis dentro das circunstâncias aplicáveis. Nesse texto, não havia qualquer preocupação em relação à liberdade do indivíduo para gozar de sua vida em exercício de sua autonomia, estando fadado à morte. O sentimento em torno desta conduta estaria relacionado ao egoísmo, tendo em vista que não havia piedade em relação ao indivíduo porquanto este a tenha solicitado, mas sim havia uma dedução da sociedade de que a morte melhor lhe cairia.

Com o decorrer do tempo e natural evolução social, houve mudanças de valores e surgimento de novos princípios e perspectivas, como as concepções de direitos humanos e dignidade da pessoa humana, induzindo maior valorização e respeito à vida, passando a eutanásia a apresentar-se diversamente, sob um propósito mais humanitário. Nesse sentido interessante a abordagem feita por Renato Charnaux Sertã (2005, p. 18), de que “os debates em torno da vida e da morte remontam aos primórdios da humanidade, revelando fortes variações de acordo com a época e a cultura de cada sociedade”.

Maria de Fátima Freire de Sá (2001, p. 66) trata da transição do conceito e da forma sofrida pelo fenômeno em abordo:

O direito de matar e de morrer teve, em todas as épocas, defensores extremados. Sabe-se que entre os povos primitivos sacrificavam-se doentes, velhos e débeis, e se o fazia publicamente, numa espécie de ritual cruel e desumano. [...] Todavia, com a racionalização e humanização do Direito moderno, tal efetivação tomou caráter criminoso [...] Nos dias atuais, a nomenclatura eutanásia vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela [...].

A eutanásia guarda diversas nomenclaturas atribuídas por doutrinas e concepções diversas. Sublinha Marcello Ovidio Lopes Guimarães (2011, p. 91) que é também chamada de “homicídio piedoso, homicídio compassivo, homicídio médico, homicídio misericordioso ou cariativo, homicídio consensual ou ainda ajuda para morrer, benemortásia ou sanicídio”.

É de salutar importância ressaltar o aspecto piedoso da eutanásia, sendo cediço que seu objetivo precípua hodiernamente é pôr fim ao sofrimento do enfermo de modo que a abreviação da vida é regida pelo sentimento de compaixão. O objetivo principal da eutanásia não é causar a morte, e sim eliminar o sofrimento de quem padece. A concepção atual do termo “é mesmo a da morte provocada por sentimento de piedade ao doente ou a quem sofre, de modo a não se permitir que a

morte ocorra naturalmente, havendo efetiva atuação para que o evento morte seja antecipado” (GUIMARÃES, 2011, p. 94).

Na mesma linha de intelecção, Fernando Capez (2008, p. 34), denota que a eutanásia “consiste em pôr fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante o seu consentimento expresso e presumido, com a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento”.

No entanto, esta definição de eutanásia não se mostra suficiente para aqueles que têm um posicionamento direcionado para uma análise ampla do termo, como, por exemplo, para abranger como prática eutanásica situações em que não haja uma doença insanável, sendo este fato necessário para a configuração do fenômeno de acordo com a definição tradicional.

A eutanásia possui diversas classificações, as quais merecem breve esclarecimento. Eduardo Cabette (2009, p. 20-21) adverte para a divisão da eutanásia em natural e provocada, ressaltando que a eutanásia natural não advém de interferências externas e está isenta de sofrimentos e que a eutanásia provocada é uma forma de eliminação da agonia e sofrimento do doente através da conduta humana, seja comissiva ou omissiva e direta ou indireta, podendo ser autônoma ou heterônoma, onde, naquela não há intervenção de terceiro, e nesta há.

Há ainda a eutanásia solutiva e a resolutiva. A solutiva corresponde a uma ajuda proporcionada ao doente para o encontro de uma ‘boa morte’, não há abreviação do curso da vida, apenas a oferta de assistência ao mesmo, seja de forma psicológica, espiritual e até física, não enseja qualquer reprovação do ponto de vista jurídico ou ético. A resolutiva visa o encurtamento da vida de acordo com o interesse do doente, contando com a sua permissão ou de seus representantes perante a lei, diverge em três modalidades: libertadora ou terapêutica, eugênica ou selecionadora e econômica.

Nesta senda, a eutanásia libertadora pode ser qualificada pelo seu caráter humanitário, tendo em vista que visa, primordialmente, a compaixão e libertação do paciente do seu estado de sofrimento ao abreviar o curso de sua vida.

A eutanásia eugênica, mais especificamente, é tida como aquela que “ocorre com a eliminação indolor de pessoas deformadas, com doenças incuráveis e contagiosas e de neonatos em degeneração com o fito de perseguir o aprimoramento da espécie

humana”. Seu intuito é evitar que se reproduzam seres com anomalias genéticas ou tendências nocivas à sociedade, por trás desta ideia, o que se quer, de fato, é um aprimoramento da espécie humana, eliminando o sujeito que representaria um ônus à sociedade, não envolvendo qualquer sentimento de caráter piedoso.

A eutanásia econômica consiste na eliminação de deficientes mentais, idosos, alienados permanentes e inválidos, diga-se, inativos economicamente, na busca por livrar a sociedade do fardo que seria sustentá-los. Finalmente, apenas a eutanásia libertadora é imbuída de valor humanitário, constituindo-se a eutanásia propriamente dita.

No que diz respeito à classificação referente ao modo de execução da eutanásia, ainda à luz dos conhecimentos do supracitado autor (2009, p. 23), diferencia-se a forma ativa da forma passiva. A forma ativa se dá na forma de atitudes que colaboram para a morte do indivíduo, subdivide-se ainda em indireta e direta, em que esta assume um caráter mais ativo, através da consecução de atos que estimulam a morte de maneira mais rápida, já aquela assume duas perspectivas, a finalidade principal, que é amenizar a dor do doente através de determinadas medidas que não guardam vínculo direto com a promoção da morte, mas influenciam de alguma forma para a sua posterior ocorrência, e a abreviação do seu tempo de vida, onde uma conduta leva a outra.

Já a eutanásia passiva ocorre quando o médico opta por não “prolongar a situação do paciente e suspende a assistência”, através de omissão de tratamento ou até interrupção (ORDEIG, 2004, p. 3), dando causa a morte.

3.2.2 Ortotanásia

No âmbito deste trabalho, merece especial atenção outro fenômeno acerca do prolongamento artificial da vida e autonomia do indivíduo, a ortotanásia. De antemão, veja-se que a principal diferença entre eutanásia e ortotanásia esta na ação, enquanto nesta a omissão é responsável pela abreviação da vida, naquela é necessária ação para que a morte se concretize. A ortotanásia é comumente confundida com a eutanásia passiva ou por omissão, sendo, por vezes, empregados como termos sinônimos por alguns autores.

Eduardo Cabette (2009, p. 24-25) adverte que “etimologicamente ortotanásia advém do grego *orthós* (normal, correta) e *thánatos* (morte), designando, portanto, a ‘morte natural ou correta’”. Leocir Pessini (2007, p. 227) manifesta-se acerca da aceitação da morte como uma consequência da própria vida, exatamente no que se funda a ortotanásia, “a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida”.

A ortotanásia consiste na morte nata, alheia a abreviações ou prolongamentos descabidos através de processos artificiais penosos que visam postergar a consumação da morte. “É a ‘morte correta’, mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional” (CARVALHO, 2002, p. 482).

Uma questão importante acerca do instituto é no sentido da legitimidade de prosseguir com as medidas artificiais responsáveis pela atividade de funções vitais do paciente, o que não ocorre no âmbito da eutanásia passiva (CARVALHO, 2001, p. 28). Há omissão de atitude médica em ambos, mas atitudes com finalidades alheias. Na eutanásia passiva há a omissão de cuidados paliativos básicos, medidas indicadas ao caso concreto que evitariam a morte do indivíduo, ou seja, há o encurtamento da vida, já na ortotanásia há omissão de medidas fúteis, inúteis ao caso concreto para evitar a morte do paciente.

O estado terminal do paciente é corolário para a configuração da ortotanásia. No caso de não haver estado terminal, não há que se falar nem em ortotanásia, nem em eutanásia passiva, aproximando-se mais de um homicídio privilegiado (GUIMARÃES, 2011, p. 132). Havendo estado terminal, depende da viabilidade de tratamento médico que alongasse a vida do enfermo. Se o tratamento fosse fútil, prolongando a vida do paciente de forma despropositada e sofrida, a omissão médica seria qualificada como ortotanásia. Se houver tratamento médico que proporcione algum benefício efetivo, e a sua omissão ocasionar a abreviação da vida do paciente, configura eutanásia passiva.

No caso do paciente não estar em estado terminal, mas sofrendo com uma doença grave, e os tratamentos médicos para atenuar a dor sejam inúteis em termos de cura, tendo em vista as semelhanças em torno das situações, a conduta médica inerte poderia ser confundida com a prática da ortotanásia, no entanto, a ausência

da condição de estado terminal, anula a configuração da ortotanásia e até mesmo da eutanásia passiva (2011, p. 133).

É importante pontuar que a ortotanásia é o contrário da distanásia, conquanto lesiona Maria Elisa Villas- Bôas (2005, p. 74), “a prática da ortotanásia visa evitar a *distanásia* que é, por sua vez, a morte lenta e sofrida, prolongada, distanciada pelos recursos médicos, à revelia o conforto e da vontade do indivíduo que morre”. Ou seja, a distanásia assume um caráter abusivo, através da prática de tratamentos desarrazoados que buscam adiar o curso natural da morte, causando dor ao paciente de forma desnecessária, tendo em vista que a morte é certa.

Identificada a inevitabilidade da morte do paciente, promove-se o prolongamento exacerbado do seu curso através de tratamentos artificiais que não se atentam para o sofrimento causado ao paciente (SMANIO, 2008, p. 44). A distanásia é a forma descabida de se querer adiar a morte do paciente terminal, não há qualquer aspecto que se refira à piedade, pelo contrário, há privação da morte de forma menos dolorosa, já que iminente e nada que se faça poderá modificar isto.

Desta forma, a distanásia quista interesse exatamente contrário ao da ortotanásia, nesta o médico deixa de agir para que a morte ocorra espontaneamente, oferecidos cuidados paliativos no intuito de que sofra o menos quanto seja possível, já naquela o médico age comissivamente por meios já desnecessários, fúteis, apenas para abreviar a morte iminente, sem qualquer preocupação com o sofrimento que possa causar.

3.3 AUTONOMIA PRIVADA

3.3.1 Conceito

Iniciando a análise da autonomia privada sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, tornam-se necessárias algumas considerações iniciais. É importante afirmar que os atos de autonomia podem ter conteúdo patrimonialista ou não, o que reclama uma fundamentação constitucional pertinente, em que cada qual seja

subjugado de acordo com sua lógica, nesse sentido, não tem como haver apenas um fundamento constitucional (MEIRELES, 2009, p. 95).

Para o presente trabalho é necessária apuração de que o fundamento constitucional conferido à autonomia privada para os atos de cunho existencial diz respeito à dignidade da pessoa humana, de sorte que as situações patrimoniais são regidas pelo fundamento da livre iniciativa, denotando a importância dos interesses existenciais em detrimento dos patrimoniais (2009, p. 98).

Diferenciada a natureza em torno dos atos de autonomia, passa-se a análise conceitual. Etimologicamente a palavra autonomia tem origem grega, *autós* quer dizer próprio e *nomos* quer dizer norma, significando “auto-governo, a possibilidade de ditar normas a si próprio” (2009, p. 74).

Francisco Amaral (2000, p. 337) apresenta os particulares, no exercício de sua autonomia, como “legisladores” sobre seus interesses, e a conceitua como “uma esfera de atuação no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica”.

O reconhecimento do direito a autonomia possibilita que cada sujeito possa reger sua vida, construindo sua personalidade através de seus interesses pessoais. Desta forma, cada um pode ser e assumir o que deseja para si mesmo (DWORKIN, 2009, p. 319). Na concepção de Miracy Gustin (1999, p. 19) a autonomia representa a “necessidade primordial do ser humano”, nesta senda, afere-se o seu exercício como meio de fomentar a realização existencial do indivíduo.

No contexto social atual a autonomia constitui, indubitavelmente, um dos princípios mais importantes para a afirmação do indivíduo como pessoa, dada a capacidade de autodeterminar sua vida de acordo com o que lhe convenha do seu ponto de vista particular, além da possibilidade de mudar sua opinião dentro de cada situação, como exercício do livre arbítrio (HINTERMEYER, 2006, p. 60).

A autonomia privada é um poder conferido ao indivíduo pelo ordenamento para que o exercício de sua vontade produza os efeitos jurídicos almejados, sob a condição de que sua atuação esteja em conluio com as prerrogativas legais. No âmbito desse poder o indivíduo pode estabelecer “miniordenamentos jurídicos”, como sugere Roxana Borges (2007, p. 47), para gerir situações determinadas de sua vivência. Em conluio com esta abordagem, Orlando Gomes (1979, p. 297) versa que “o direito

positivo reconhece às pessoas o poder de provocar efeitos jurídicos por meio de certos atos”.

É importante ressaltar que a concepção de autonomia nem sempre foi da forma como hoje se apresenta, outrora era reconhecida como autonomia da vontade. A diferenciação básica entre autonomia da vontade e autonomia privada pode ser auferida no sentido de que esta está diretamente relacionada com o engrandecimento da pessoa humana tendo em vista sua associação aos pressupostos e valores constitucionais, em seu âmbito observa-se a expressão da ‘vontade’ de maneira concreta, objetiva, enquanto aquela é marcada por um sentido subjetivo, psicológico (BORGES, 2005, p. 51).

Em sucinto esclarecimento de cunho histórico, observe-se a lição de Rose Meireles (2009, p. 79) de que, influenciado pelo liberalismo que insurge da Revolução Francesa, o século XIX representou o apogeu do *dogma da vontade*, em que a autonomia do indivíduo não possuía justificativa outra que não fosse ela mesma, em que o estabelecimento de regras, antes restrito apenas ao Poder Soberano, passa agora a permear a atitude privada. A esta época a autonomia privada, que caucionava a liberdade individual alheia à intervenção estatal, mostrava-se assaz para fruição da vida econômica e social.

No entanto, a teoria da autonomia da vontade ficou ultrapassada em prol de uma concepção mais evoluída, qual seja a atualmente denominada de autonomia privada. A mudança na concepção da autonomia privada mostra que não há uma vinculação automática entre a mera vontade e o poder de produzir efeitos jurídicos, havendo limites a serem observados. A declaração de vontade deve estar coerente com os pressupostos de validade que o ordenamento impõe. Assim afirma Roxana Borges (2005, p. 53):

Atualmente, o poder de gerar regras jurídicas para as próprias situações não está na simples vontade da pessoa, mas na declaração de vontade que estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo e quanto à capacidade e legitimidade do sujeito.

No âmbito na autonomia da vontade, Rose Meireles (2009, p. 66) traz que “o agente tinha o poder de praticar um ato jurídico e lhe determinar o conteúdo, a forma, bem como os efeitos com a sua vontade, sem qualquer interferência externa” já no que tange a autonomia privada, Paula Sarno Braga (2008, p. 107) aduz que esta “sobrepõe-se ao dogma da vontade, para esclarecer que a vontade não é soberana

nem ilimitada”. A nova concepção de autonomia vincula a vontade do particular à necessária observância do ordenamento jurídico, neste sentido o seu exercício acaba “revelando-se em uma exteriorização de vontade consciente que se dirija à obtenção do resultado possível, protegido ou não proibido pelo direito”.

Assim apura-se que o ato de externalização da vontade que tenha devidamente produzidos os seus efeitos jurídicos representa o efetivo exercício da autonomia privada, em total coerência aos lindes do ordenamento. O particular não deixa de exercer sua vontade, de agir de acordo com seus objetivos e interesses, mas o faz sob a égide do ordenamento no intuito de que haja o reconhecimento no âmbito jurídico.

José Abreu Filho (2003, p. 43), em acordo com as lições de F. Santoro-Passarelli, denota que a autonomia privada tem “essência normativa”. Já Maria Fátima de Sá e Bruno Naves (2009, p. 82- 83), se reportam à autonomia como um princípio, que serve como guia para demais normas além de suporte para solução de questões jurídicas diante de um caso concreto, em que haja, por exemplo, um conflito entre normas e os princípios são utilizados em vias de ponderação para que o encontro da relevância proporcional a cada fator casuístico.

Em um âmbito mais filosófico, José Afonso da Silva (1998, p. 93) averba que “Kant já afirmava que a autonomia (liberdade) é o princípio da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”, consagrando mais uma vez a importante relação entre ambos, que resta nítida no sentido de que sem a autonomia não há dignidade, porquanto o homem estaria impedido de constituir sua vida na realização dos valores que pondera ser dignos diante de sua visão social, não havendo como gozar efetivação do direito a uma vida digna.

Em relação aos direitos fundamentais, estes funcionam como um “denominador comum”, de modo que o ordenamento os dispõe aos indivíduos de maneira geral, e cada um, dentro de sua particularidade, determina o quanto lhe apeteça para, assim, estruturar sua personalidade de acordo com o seu interesse através do exercício da sua autonomia (RODRIGUES, 2007, p. 162). Nesse sentido, a autonomia pode ser vislumbrada como um princípio inerente à personalidade, o indivíduo detém liberdade para ditar os desígnios da sua vida através da manifestação de sua vontade (MIRANDA, 2012, p. 65).

A importância da autonomia identifica-se no poder do indivíduo construir sua individualidade, na liberdade para atuar de acordo com os seus anseios, sendo, desta forma, uma das formas mais proeminentes pelas quais o ordenamento o proporciona sua dignidade. Contudo, não se pode dizer que essa prerrogativa do indivíduo seja ilimitada, a noção de autonomia privada não pode ser vista de forma absoluta.

3.3.2 Limitações

No que tange ao exercício da autonomia privada, a simples manifestação da vontade não é suficiente para a produção dos respectivos efeitos jurídicos, estes devem estar em conluio com o quanto versa os preceitos constitucionais. É nesse sentido que se posiciona Roxana Borges (2005, p. 54):

A manifestação de 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 à moral e os bons costumes. Ou seja, já não basta que o negócio jurídico esteja de acordo com a vontade das partes [...], mas se requer também que se atenda aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico.

A forma mais clara de limitação ao exercício da autonomia do indivíduo é a lei, tendo em vista que na própria análise de conceitual afere-se a necessidade de adequação da vontade do particular com o ordenamento jurídico. É indispensável, e condiciona a própria realização da autonomia privada, que os preceitos normativos sejam respeitados, o que é importante na medida em que subsumi as condutas à legalidade.

José Abreu Filho (2003, p. 44), ao se referir ao poder normativo da autonomia privada, aduz que “se deve dar especial destaque à observância, pelo indivíduo, ao exercitar este poder normativo, das condições impostas pelo ordenamento, para que a lei empreste ao seu ato a necessária eficácia jurídica”.

Reforçado aqui o cunho limitador do ordenamento jurídico em relação ao exercício da autonomia privada, de sorte que a vontade manifesta deve-lhe, necessariamente, subsunção, resta a análise das outras formas de limitações do instituto.

Nesse diapasão, é pertinente uma breve elucidação do que se trata ‘ordem pública’. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 228), a ordem pública é

consubstanciada na coletividade e surgiu sob a égide do Estado Social que é adepto da perspectiva de que o interesse público prevalece sobre o privado, e, se valendo dos ensinamentos de Gianfranco Ladecola, elucida:

A ordem pública é entendida como limite colocado à validade do consentimento e se identifica com o complexo de princípios gerais, fundamentais e inderrogáveis do ordenamento público do Estado, que não podem ser superados pelo poder de disposição dos cidadãos.

A ordem pública representa a valorização à coletividade, do ponto de vista que seus interesses devam ser considerados mais importantes do que os interesses dos particulares, atuando como uma norma de tutela coletiva.

Destarte, quando da elevação da dignidade da pessoa humana a princípio fundamental pela Constituição, a ordem pública passa a ter como finalidade precípua a exaltação do ser humano (2010, p.229). O conceito de ordem pública passou por significativas mudanças, não estando adstrito à ideia de que o interesse patrimonial coletivo se sobrepõe ao privado, passando a representar um “novo norte hermenêutico em questões existenciais”, não perdendo, contudo, sua função limitadora, visto que, como norma de tutela coletiva, administra atos de autonomia privada (2010, p. 231).

Nesta mesma linha, Gustavo Tepedino (2009, p. 5) pontua que, a partir do momento em que os princípios fundamentais surgem em sede de Constituição, desencadeou-se uma intensa “transformação dogmática” em torno da autonomia privada, e seus valores foram inseridos no contexto da ordem pública, assumindo cunho existencial, não mais patrimonial. Desta forma, a ordem pública é limitadora dos atos da autonomia privada, tendo em vista que a vontade do particular deve ser coerente com os valores constitucionais existenciais.

Definido por José Henrique Pierangeli (2001, p. 122), como um “princípio garantidor de caráter cognoscitivo”, ou seja, proveniente do conhecimento que decorre das próprias experiências sociais, também os bons costumes funcionam como limitador ao exercício da autonomia privada. Estão diretamente vinculados à moral social, “como um princípio conjugado às exigências éticas e de consciência social em um determinado momento”.

Os bons costumes aludem às concepções morais equivalentes a determinada circunstância de tempo e espaço, por isso a delimitação de seu conceito guarda relatividade, dependendo do momento histórico. Não é viável o estabelecimento de

uma concepção única a respeito de seu conteúdo já que varia acompanhando os valores morais de cada comunidade. A sociedade constrói seu entendimento sobre quais valores estão associados aos bons costumes naquele momento, como um senso comum em relação à moralidade, mas que pode mudar com o passar do tempo ou o surgimento de novas circunstâncias.

Segundo Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 37):

Quanto a este limite de caráter geral que é o critério da afronta aos bons costumes, impõe-se uma interpretação constitucionalizada. Em uma sociedade plural, que protege constitucionalmente os mais diversos estilos de vida e preconiza a tolerância e a não discriminação, torna-se tarefa de difícil justificação a proibição de atos individuais que não atinjam terceiro, sob o fundamento da violação dos 'bons costumes' [...] O termo "bons costumes", portanto, deve ser entendido em consonância com os fundamentos e os objetivos da República, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os bons costumes devem ser sempre coerentes ao paradigma constitucional, a formação de convicções valorativas deve ser sempre aliada às premissas do constituinte e estar em harmonia com o que preza a sociedade, nesta senda os bons costumes representa "o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo" (AMARAL, 2000, p. 339).

Em que pese não se possa estabelecer em que se constituam especificamente os bons costumes porquanto possa variar em consonância com o contexto social e que se apresente, pode-se afirmar que seu conteúdo deve estar necessariamente em conluio com o quanto postulado constitucionalmente, que seja estabelecido em respeito aos princípios e fundamentos da Constituição. Desta forma, notadamente, deve coibir condutas que estejam contrárias ao princípio-base de toda ordem jurídica, qual seja o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma sociedade pode permear sua concepção acerca dos bons costumes em sentido antagônico ao axioma constitucional.

Os bons costumes oferecem termos ao exercício da autonomia privada pelo indivíduo de acordo com a perspectiva social em que se insere, ou seja, os limites impostos dependem dos critérios que fundamentam seu conteúdo no âmbito de cada sociedade, mas que necessariamente estarão alinhados com a Constituição. É importante que os bons costumes funcionem como fronteira ao exercício da autonomia no sentido de que geralmente são de conhecimento notório por todos os

indivíduos sociais e resguardam valores importantes para aquela coletividade, no entanto os limites que impõe não podem também ser extremos, porque é importante que o indivíduo manifeste sua opção pessoal, desde que dentro dos limites legais. A pessoa não estará vinculada ao que preze a comunidade em que vive a menos que se sinta inclinada a tanto.

Roxana Borges (2005, p. 65) alerta que, para grande parte da doutrina, bons costumes e moral são “conceitos auto-referentes”. Essa relação existe porquanto o que é considerado imoral está em contraposição aos bons costumes. A moral funciona como um limite à autonomia privada por razões notáveis, afinal, não há acordo entre a realização da vontade imoral e os princípios do ordenamento jurídico, que visam sempre buscar a preservação da moralidade no meio social.

Lydia Nunes (2007, p. 97), denota que não seria viável uma convivência social regida por uma autonomia ilimitada e, valendo-se das lições de Salvatore Pugliatti, afirma a sua origem na “vontade humana, entendida como autônoma, em sentido kantiano, por virtude da própria essência”.

Os impedimentos relativos à autonomia visam a preservação da solidariedade e equilíbrio das relações jurídicas, mas tais limitações não impedem necessariamente que a autonomia privada persevere, a depender do caso concreto, tendo em vista que funcionam como premissas e devem ser levadas à análise de cada caso (NUNES, 2007, p. 97).

A supracitada autora (2007, p. 97) traz, ainda, um importante aspecto no sentido de que “a verdadeira limitação da autonomia privada não se encontra nas diversas situações individualmente estabelecidas no ordenamento jurídico, mas resulta das autonomias dos outros”, ou seja, não se pode exercer a autonomia de modo que atinja a autonomia de terceiro. Ao momento em que o meu direito à autonomia ultrapasse o âmbito pessoal e atinja ao direito do próximo, haverá limites para este exercício em prol da proteção de direito e interesse alheio.

Embora seja a autonomia um importante direito do indivíduo, possibilitando a sua afirmação dentro dos seus melhores interesses, é essencial que haja termos impostos ao seu exercício para que seja mantida uma ordem jurídica e social. Em torno da manifestação de sua vontade, o indivíduo deve valer-se do respeito aos

limites impostos tanto pelo ordenamento como pela autonomia de terceiro, ordem pública, bons costumes e moral.

O direito a autonomia, quando sobreposto a questões relacionadas à vida humana, bem como à morte, lembrando que isto tem se tornado cada vez mais frequente nas sendas da sociedade hodierna por conta da evolução tecnológica e artifícios da medicina para manutenção artificial da vida, promovem discussões de cunho ético em torno dos limites entre a autonomia e direito a uma morte digna, o qual milita pelo seu reconhecimento como corolário ao direito à vida digna, como se passa a expor.

3.4 DIREITO À MORTE DIGNA COMO COROLÁRIO À VIDA DIGNA

3.4.1 Direito à Vida Digna

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 168) sustentam que “a personalidade jurídica diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de garantias e de direitos fundamentais, reconhecidos à pessoa para que possa viver dignamente”.

A personalidade jurídica assegura ao indivíduo garantias no sentido de que seja provido o mínimo necessário para uma vida digna. Há um elo vinculativo, a partir do momento em que o indivíduo possui personalidade jurídica, estará amparado por um conjunto de direitos direcionados à promoção da uma vida com dignidade. Nesse sentido, os supracitados autores (2012, p. 208), em análise ao art. 1º, III, da Constituição, vislumbram o direito à vida digna como “pressuposto lógico da personalidade humana e, conseqüentemente, dos próprios direitos da personalidade”.

Neste ponto cabe tratar acerca da responsabilidade do Estado, do Poder Público, já que a este compete possibilitar e garantir ao indivíduo a fruição da vida com dignidade. Ainda valendo-se dos ensinamentos dos aludidos autores (2012, p. 209):

A defesa da vida com dignidade é objetivo constitucionalmente assegurado pelo Poder Público. Por isso, funciona como verdadeira cláusula geral, que

serve como motor de impulsão de tudo que vem expresso na ordem constitucional ou infraconstitucional.

Para que seja possível viver de forma digna devem estar disponíveis “condições mínimas de existência”. Um sistema constituído em desigualdades, em que a fome assole a sociedade, entre muitos outros males negativos, é totalmente inverso à ideia de vida com dignidade, guardando incoerência com a sua finalidade precípua (SILVA, 1998, p. 93). Em análise ao art. 3º da Constituição Federal, resta claro que os objetivos da República, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, representam a base de proteção e valoração da pessoa.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo em tela define um caráter humanitário como guia para os objetivos da República brasileira, os quais perseguem a igualdade, justiça e erradicação dos males sociais que depreciam seu desenvolvimento de forma digna. A solidariedade pode ser entendida como um princípio que deve servir de base para políticas internas e também deve ser considerado no que diz respeito à atuação Estatal e da própria sociedade. Resta conclusivo que, de acordo com a própria Constituição, também a sociedade deve participar ativamente para a concretização dos seus valores.

O Estado, porém, de acordo com o art. 6º da Constituição, “deve cumprir sua obrigação, ou seja, garantir o direito do cidadão à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência, à maternidade, à infância, ao amparo aos necessitados, à assistência” (ROCHA, 2009, p. 24).

Tantos quantos sejam os artigos em que a Constituição garanta ao indivíduo condições básicas de existência e direitos fundamentais que as promovam, serão estes os meios pelos quais o Estado estará obrigado a proporcionar-lhe uma vida digna.

Por conta do caráter de princípio supremo no âmbito constitucional assumido pela dignidade da pessoa humana, Verônica Rodrigues de Miranda (2012, p. 61) afere que este:

[...] não deve se ater apenas a vislumbrar um tratamento digno à pessoa ou então a manutenção de sua integridade física, devendo, sim, observar a vida e todos os direitos que dela decorre, pautando-se, assim, pela “supremacia da vida humana”, devendo esta, por óbvia, ser digna.

As condições a que digam respeito à promoção de uma vida digna para o ser humano, representariam, nas palavras de Norberto Bobbio (2000, p. 500) o “mínimo indispensável para viver”:

O direito à vida é um direito que implica por parte do Estado pura e simplesmente um comportamento negativo: não matar. O direito de viver implica por parte do Estado um comportamento positivo, vale dizer, intervenções de política econômica inspiradas em algum princípio de justiça distributiva.

Diante do quanto abordado até o presente momento acerca de vida digna, sendo responsabilidade do Estado, mas dependendo também de uma participação positiva da sociedade, constituindo-se em condições mínimas para a existência, além de determinadas perante os paradigmas constitucionais, passa-se a uma análise mais subjetiva de sua concepção.

A dignidade da pessoa humana resguarda abstrações porquanto possua conteúdo genérico. Nesta senda, ressalte-se o quanto anteriormente exposto no sentido de que “a dignidade humana é apenas um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo prefixado. Trata-se de uma cláusula aberta” (RABENHORST, 2008, p. 128). Ora, nesse diapasão, é apropriado ressaltar que a concepção de dignidade pode apresentar variações no que concerne a definição de vida digna.

Bem averba Ingo Sarlet (2010, p. 109), após alertar sobre a essencialidade dos direitos sociais para a concretização de uma vida com dignidade, sobre a “constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época”, utilizando-se dos ensinamentos de Frank Moderne.

Segundo Janaína Rigo (2008, p. 119-120), uma das possíveis variações diz respeito à dimensão da dignidade, podendo ser individual ou geral. Em relação ao âmbito geral, a determinação de em que se constitui uma vida digna assume um caráter mais complexo. No seu âmbito individual relaciona-se com a noção de necessidade, sendo particular de cada um, se dirige às condições necessárias para que cada um tenha uma vida digna. Em análise ao caso concreto a autora expõe que:

Pode-se visualizar um indivíduo cujas necessidades materiais encontram-se plenamente supridas, mas que vê seus direitos de personalidade ou sua autonomia atacados e, portanto, a sua dignidade afrontada. Da mesma

maneira, um indivíduo que detenha poucas condições materiais pode estar satisfeito com sua vida e com a satisfação de suas necessidades, considerando ser detentor de uma existência digna.

Analisada dentro de concepções individuais, a definição do que seja vida digna, ou mesmo o vislumbre da prestação da dignidade em relação a sua eficiência, queda bastante variável, visto que não podem assumir uma perspectiva exata que satisfaça a sociedade como um todo. Como se pôde observar, há casos em que o indivíduo identifica sua vida como digna diante de aspectos simples materialmente, dispensando maior apreço para aspectos existenciais, ou seja, mesmo dispendo de pouco patrimônio resta satisfeito. Porém, há indivíduos que, em que pese bem providos materialmente, podem sentir sua dignidade acometida por questões de ordem existencial. São diversas as maneiras como possa ser afetado o indivíduo em relação ao gozo de sua vida com dignidade.

São muitos os aspectos a serem considerados em torno de uma definição sobre vida digna. A individualidade de cada um, o conceito de necessidade dentro de cada concepção, cada sociedade e seus valores, bem como o aspecto temporal. Nesse sentido, no que concerne ao indivíduo, a sua concepção de vida digna merece ser considerada pelo ordenamento? A autonomia do indivíduo pode ser exercida neste sentido, perante o conceito aberto de dignidade? Ou seria relativizada se portadora de aspectos discutíveis em sede constitucional? O indivíduo tem liberdade para determinar em que consiste a sua vida digna?

Ronald Dworkin (2003, p. 342) manifesta-se a favor da liberdade individual como essencial para a efetivação da dignidade, alheio ao uso da coerção para este fim.

Destarte, em relação às inúmeras possibilidades com que possa ser vislumbrada a concepção de dignidade e de modo que se evite a imposição de valores individuais ou haja descarte de alguma forma de percepção, cada indivíduo ou comunidade deveriam definir autonomamente o conteúdo acerca da sua própria visão (MOLLER, 2010, p. 148).

Da mesma forma, Renata de Lima Rodrigues (2007, p. 162), afere que o indivíduo pode, sim, exercer sua autonomia em relação a sua concepção de vida digna, porquanto faça parte de uma Democracia:

Em um Estado Democrático de Direito, é permitido que cada um construa sua própria noção de vida boa ou vida digna, a partir de escolhas individuais, que assentadas nesse denominador comum, possam ser legitimamente opostas aos demais membros da sociedade.

Em sentido contrário posiciona-se Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 19), para o qual, “fundamentar toda a nossa dignidade numa ‘autonomia’ individual, que além de duvidosa, não é evidentemente absoluta e acaba sendo vista somente como ‘qualidade de vida’ a ser decidida subjetivamente, não basta”, ou seja, a autonomia privada não pode ser instrumento para determinar o que seja uma vida digna, seria, segundo ele, um critério muito subjetivo.

Também nesta linha se mantém Rose Vencelau (2009, p. 109), que matura a ideia do risco de subjetividade ligado à liberdade individual nas decisões referentes a situações existenciais, em que se trata da dignidade do indivíduo. Determina que “haveria o risco de, em nome da vontade do sujeito, ser merecedora de tutela uma situação jurídica que não cumpre sua função”.

No entanto, Ana Carolina Teixeira (2010, p. 182-183) conduz sua opinião em sentido diverso, qual seja de que a liberdade só é ilimitada quando vinculada a uma perspectiva existencial. No que tange as situações subjetivas, só o indivíduo é conhecedor de suas próprias necessidades. Veja-se:

Em situações subjetivas existenciais, não é possível que o legislador condicione as formas do viver, por não saber, de maneira apriorística, quais as necessidades individuais, cabendo apenas a cada um a construção e a vivência da própria idéia de autonomia existencial.

A discussão acerca da liberdade individual na determinação da concepção de vida digna torna-se mais complexa quando envolve questões relacionadas aos limites da própria vida, a partir do momento em que o indivíduo vivencia uma situação em que para ele a sua vida não é digna de ser vivida. Se a cada um cabe construir sua concepção de vida digna e viver neste sentido, cabe também decidir até que ponto sua vida é digna de ser vivida?

Há uma série de fatores a serem analisados, a cada casuística apresentam-se valores diferentes que devem ser ponderados, mas é certo que a concepção acerca de quando uma vida passa a ser indigna, de acordo com a individualidade de cada um, deve ser determinada minuciosamente tendo em vista a existência de elementos externos que poderiam influenciar na autonomia privada, como por exemplo, “necessidades, medo, depressão, mídia”, e acabar motivando juízos induzidos e não, de fato, eminentemente pessoais (BUGLIONE, 2010, p. 98).

Perante condição terminal, se o indivíduo não mais considere a sua vida passível de dignidade, a possibilidade de que determine como deseja direcionar o seu fim, ainda

sob a égide do direito a uma vida digna, postula o reconhecimento do direito a morrer dignamente. Desta forma, o indivíduo apenas roga pela fruição de um direito já existente. Busca a extensão do direito a viver dignamente, deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, ao momento de sua morte, o que, em verdade, resta reconhecido na própria interpretação do princípio, porquanto a morte seja parte da vida e o ordenamento não apresente restrições a este direito.

O que se costuma aludir acerca da extensão do direito a viver dignamente é que estaria direcionada à certificação do direito à morte. No entanto, tal concepção resta totalmente alheia à ideia a que se pretende afirmar acerca do reconhecimento do direito a morrer dignamente, em que pese não reste defeso que o indivíduo possa sentenciar a sua morte, pôr fim a sua vida, mas sim que possa, na condição de paciente terminal, morrer de acordo com o quanto considera digno.

O Brasil é um país democrático e em seu ordenamento estão postulados direitos que determinam a igualdade e liberdade entre os indivíduos. Nesse sentido, estes possuem autonomia para formular sua concepção de vida digna, bem como para buscá-la. A partir do momento em que, embasado em seu pleno entendimento, o indivíduo determine que sua vida não esteja mais condizente com o que considere digno, pode optar por uma morte digna. É o que enseja o desenvolvimento do seguinte tópico.

3.4.2 Direito à Morte Digna com Autonomia e Dignidade

Inicialmente, a critério ilustrativo, apresenta-se um exemplo trazido por Anderson Rohe (2004, p. 45) ao tratar do tema, em que aborda situação em que um paciente em estado terminal, insatisfeito com a vida que está a levar, resolve que não quer mais prosseguir com seu tratamento e requer judicialmente autorização para tanto, ou seja, autorização para morrer. Como bem averba o próprio autor (2004, p. 45), analisado o direito à vida como indisponível, poderia o magistrado negar o pedido utilizando-se de tal argumentação, no sentido da “proteção do indivíduo contra ele mesmo”. No entanto, o indivíduo não postula direito à morte, e sim autorização para suspensão de seu tratamento tendo em vista que a morte assuma seu curso naturalmente (ortotanásia), conquanto constitua para ele forma mais digna de

alcançar o seu fim. Nesse sentido, Rohe denota que a proteção de direitos de forma absoluta não seria pertinente, pois não haveria espaço para a interpretação e adequação diante do caso concreto.

Roxana Borges (2007, p. 232) defende os direitos não devem ser considerados absolutos e, muito menos, assumir caráter de deveres, como muito se vê na aplicação mediante casos concretos:

“O art. 5º da Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade à segurança, dentre outros. Ocorre que tais direitos não são absolutos. E, principalmente, não são deveres. O art. 5º não estabelece deveres de vida, liberdade e segurança.”

Situações como a trazida por Anderson Rohe são cada vez mais comuns na sociedade hodierna, ocasionando uma lamentável “angústia do homem contemporâneo diante da voracidade do progresso técnico que, longe de resolver os problemas mais candentes da humanidade, sem especial na área de saúde, acabou por torna-los- sob alguns aspectos- ainda mais complexos” (CHARNAUX, 2005, p. 109).

Os avanços da tecnologia, aqui referentes ao âmbito da medicina, criam, além de tratamentos e remédios que promovem ao ser humano maior qualidade de vida, também novas possibilidades de manutenção da vida humana, ou poderia se dizer ‘adiamento da morte humana’?

A tecnologia avançada não supre todas as questões envolvidas nos dilemas entre a vida e a morte, inclusive corrobora para o surgimento de conflitos nesse sentido. São muitas as polêmicas em torno da dignidade humana, da autonomia privada e também dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Segundo Maria Auxiliadora Minahim (2003, p. 100):

Esse fenômeno exige constantes adaptações sociais e novos posicionamentos compatíveis com as mudanças trazidas pela tecnologia, seja para recepciona-la, seja para negá-la. De toda forma, há um custo psíquico – individual e grupal- que deve ser pago pelas inovações, uma vez que elas abalam conceitos tradicionais e põem em questão, até mesmo, os valores sobre a existência humana. Na verdade, elas cobram uma compreensão de mundo por meio de novo paradigma, uma nova perspectiva de entendimento, juízo e disciplina dos fatos.

A sociedade deve seguir em prol da evolução, desta nova realidade que se apresenta. O mundo moderno traz possibilidades inovadoras e isto, na esfera da medicina, em se relacionando com os aspectos acerca da vida e da morte, deve ser

visualizado também de acordo com a perspectiva constitucional contemporânea do direito a uma vida digna aliada a autonomia do indivíduo.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 372) se referem ao direito à morte digna como sendo “o reverso da moeda do direito à vida digna”, seriam direitos correspondentes no sentido de que “se a morte é o corolário, a consequência lógica, da vida, nada é mais natural do que asseverar que o *direito à vida digna* traz consigo, a reboque, o *direito a uma morte igualmente digna*”. Nesta senda, denota-se que o princípio da dignidade humana constitui sede para qualquer questão envolta ao direito à morte digna como ilação do direito à vida digna.

O direito à morte não equivale ao direito de morrer dignamente, de modo que não devem ser confundidos. O direito de morrer guarda relação com métodos de intervenção que ocasionem na morte, como a eutanásia, por exemplo. Destarte, o direito de morrer dignamente se trata do apreço em se ter uma morte vinculada a aspectos humanitários, através da persecução de direitos como “a dignidade humana, a liberdade, a autonomia e a consciência” (BORGES, 2007, p. 232).

Em uma análise ao princípio da dignidade da pessoa como valor-base da Constituição Federal, é até lógica a premissa de que, sendo a dignidade inerente à pessoa humana e havendo um direito não só à vida, mas a uma vida digna, há sim, por pura consequência, um direito à morte digna. É incoerente que o indivíduo goze uma vida a que considere digna e não possa morrer sob a proteção do mesmo direito que te proporcionou viver desta forma.

Lembrando que o exercício da autonomia privada é uma das formas de promoção do princípio da dignidade humana, o reconhecimento de um direito à morte digna reflete na garantia da liberdade do indivíduo.

Nesse sentido também o posicionamento de Roxana Borges (2007, p. 232) e Anderson Rohe (2004, p. 123), aquela ao aduzir que o direito a morrer dignamente se trata de reconhecer a liberdade e autodeterminação do paciente, e este ao sustentar que “a liberdade é o vértice da dignidade do homem e liberdade significa autodeterminação”.

Gustavo Tepedino (2008, p. 368) ressalta que os direitos fundamentais vêm em sede constitucional para serem exercidos de forma livre por todos, sendo possibilitado a cada indivíduo optar pela forma como se realizará, exercendo, desta

forma, a autonomia privada. Da mesma forma, Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 171):

No âmbito dos direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo com o que entender ser melhor para si, principalmente no que tange às decisões referentes a si mesmo, ao seu corpo, à sua individualidade, desde que sua ação seja responsável, que tenha plenas informações sobre os efeitos dos seus atos.

Em viés mais específico no que se refere aos direitos personalíssimos do indivíduo, é interessante a leitura e análise do art. 11 do Código Civil: “*Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*”.

Este artigo, assim como qualquer dispositivo legal, deve ser interpretado nos moldes da Carta Magna, abarcando seus princípios para que não reste inefetivo, aliás, mais que isso, inconstitucional! O legislador traz que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, salvo exceções previstas em lei, e, nesta senda, é necessário que se considere o princípio da dignidade humana e os seus desdobramentos, diga-se, o direito à morte digna como inferência ao direito à vida digna. Ou seja, cabe ao indivíduo, alicerçado por sua dignidade e autonomia, dispor do seu direito personalíssimo à vida diante de estado terminal, ao que compreenda não mais ser concebível provê-la dignidade. Ressalte-se que tal disposição não procede à postulação do direito à morte, mas sim do direito a morrer dignamente.

Neste sentido, novamente, as lições de Ana Carolina Teixeira (2010, p. 227) sobre a interpretação do artigo em abordo:

O art. 11, portanto, deve ser interpretado da seguinte forma: quando afirma que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, salvo nos casos previstos em lei, deve-se entender que lei remete à Constituição, que criou um espaço onde apenas são legitimadas as decisões pessoais, por serem autorreferentes, abarcando questões atreladas à intimidade, à privacidade, ao próprio corpo, etc. Assim, não se trata de renúncia propriamente dita, ou mesmo de disposição, mas, sim, de legítimo exercício de direito, pois dispor de certos direitos, mesmo que de caráter íntimo, é a forma com a qual a pessoa se realize, em legítima ação autônoma; trata-se de se aceitar certa relatividade na forma de exercício de direitos personalíssimos, de modo a tutelá-los positiva ou negativamente. Se não for esta a hermenêutica aplicada a tal dispositivo, o mesmo padecerá de flagrante inconstitucionalidade, mesmo que parcial, pois não é possível interpretá-lo contra a Carta Magna.

Renato Lima Charnaux (2005, p. 135) aborda a relação entre os interesses fundamentais do indivíduo e a dignidade humana acerca do direito a morrer dignamente e propõe a análise de cada caso concreto para dirimir conflitos. Para fundamentar sua linha de inteligência, utiliza-se da concepção de Dworkin no que se

refere à diferença entre interesses experienciais e críticos do ser humano. Ainda que já tenha sido abordado em tópico anterior, é interessante que sejam feitas elucidações acerca desta concepção e, para isto, observe-se as lições de Letícia Moller (2010, p. 79) no sentido de que os interesses críticos seriam aqueles “cuja satisfação torna suas vidas genuinamente melhores, e que representam juízos críticos- e não apenas preferências e prazeres”, apontando que estas últimas características Dworkin atribuía aos interesses experienciais.

Os interesses críticos representam os juízos valorativos do indivíduo, o que preza para conduzir sua vida, seus interesses, referentes à uma esfera pessoal. Nesta linha de intelecção, Renato Lima Charnaux (2005, p. 135) não visualiza a questão acerca do direito à morte digna do enfermo terminal como um confronto entre interesses fundamentais do indivíduo, referindo-se assim aos interesses críticos apontados por Dworkin, e a dignidade da pessoa humana, afirmando a prevalência desta sobre aqueles.

Veja-se que Renato Lima Charnaux afere como inquestionável a supremacia da dignidade humana como princípio fundamental. Para solucionar questões inerentes ao direito à morte digna do indivíduo, o autor apresenta que, através do conhecimento dos verdadeiros interesses fundamentais deste (interesses críticos), deve-se “identificar o que mais pesará para defender a sua dignidade”.

O que se propõe é que em cada caso concreto sejam analisados os interesses particulares do ser humano para posterior ponderação dos valores envolvidos e, desta forma, ser possível a dedução daqueles que estejam mais aptos a atender a dignidade do indivíduo.

Observe-se que não necessariamente os direitos fundamentais estarão aptos a atender o indivíduo de forma digna em determinada situação concreta, ocorrendo o quanto exposto por Ana Carolina Teixeira (2010, p. 227) em passagem abordada anteriormente: “não se trata de renúncia propriamente dita, ou mesmo de disposição, mas, sim, de legítimo exercício de direito, pois dispor de certos direitos, mesmo que de caráter íntimo, é a forma com a qual a pessoa se realize, em legítima ação autônoma”. O importante é a efetivação da dignidade humana da pessoa, a plena realização do indivíduo.

Uma concepção de que seja morte digna não há como ser determinada, visto que poderá haver aquele para o qual morrer dignamente seja lutar pela vida tanto quanto seja possível, adiando o momento da morte, ou aquele para o qual morrer de forma digna seja aceitar a morte e não buscar o seu prolongamento artificial através de tratamentos fúteis, evitando o sofrimento, pretende apenas morrer tranquilamente (MOLLER, 2010, p. 151).

Letícia Moller alerta para a importância dos diversos tratados e declarações internacionais que tratam dos direitos humanos, porquanto os vinculam ao direito à autonomia e à dignidade “como conformadores de direitos referentes às decisões no final da vida e ao modo de morrer” (2010, p. 152).

Neste sentido, define, utilizando-se das lições de Flávia Piovesan, que o conjunto de direitos humanos positivados em tratados internacionais vem sendo reconhecido como “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, onde consta a documentação mais importante em sede internacional para o reconhecimento do direito à morte digna com autonomia. Traz como exemplos a *Declaração Universal de Direitos Humanos*, o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, a *Declaração de Helsinki da Associação Médica Mundial*, a *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos* e a *Declaração Bioética de Gijón* (2010, p. 152-154).

Tais documentos de cunho internacional direcionados sob uma perspectiva humanitária reforçam a dignidade da pessoa humana e guardam inquestionável importância para que este princípio reste cada vez mais fundamentado pelas vias legais, sendo, inclusive, pilar em que o direito a morrer dignamente tem encontrado apoio. Porém, é certo que, ainda que o este direito não fosse reconhecido por estas vias, ainda assim restaria como plenamente existente e apto a ser concretizado pelo indivíduo, porquanto consequência e extensão do direito à vida digna.

No entanto, no âmbito social pode haver grupos que adotam condutas morais peculiares aos valores positivados devido à crença ou religião a que sejam adeptos, havendo a violação dos princípios fundamentais impostos pelo ordenamento e, nesse ponto, há polêmica em relação à relativização ou não da tolerância nesse tipo de situação. Deve-se, em nome da autonomia, aceitar tais comportamentos, mesmo que ferindo valores fundamentais da sociedade, em prol do respeito pelas crenças de uma determinada comunidade? (2010, p. 155).

Letícia Moller (2010, p. 156-157) afere que, em que pese haja formas extremistas de conceber os fenômenos acerca da morte e da vida dentro de algumas concepções, o que motivaria o “tolhimento de liberdades de manifestação cultural”, geralmente a maioria das sociedades e comunidades culturais, concebe que a dignidade está atrelada às necessidades essenciais humanas e que os indivíduos devem ser considerados como fim e não como meio, bem como que haja um mínimo existencial a ser garantido pelo Estado para a fruição de uma vida com dignidade, em que também o fenômeno da morte esteja inserido. Tais ideais, que se apresentam como mais comuns apesar da vasta diversidade cultural, oportunizam uma “coexistência minimamente pacífica entre os povos e indivíduos”.

Diante do vislumbre da dignidade humana em prol da autonomia privada é possível que coexistam concepções diferentes sobre vida e morte digna, não havendo a necessidade de imposição de uma concepção única para grupos com valores diversos. Neste âmbito, o respeito à autonomia queda como fundamental na preservação das diferenças que permeiam a sociedade em termos culturais, religiosos, valorativo, diante da liberdade de cada um em conceber em que se constitui morrer de forma digna.

Ronald Dworkin (2003, p. 342) se mantém “em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte”. Não há posicionamento mais coerente. Ora, o direito à morte digna não precisa estar expresso no ordenamento para que seja reconhecido, já que é uma consequência do próprio princípio da dignidade humana, devendo ser respeitado e exercido de acordo com a autonomia de cada um. Desta forma, o indivíduo pode construir sua personalidade. Veja-se a lição de Ana Carolina Teixeira (2010, p. 226) no sentido de que cada ser humano, possuidor de seu próprio projeto de vida, dá prioridade a determinados valores em detrimento de outros que não considera tão essenciais, o que varia de pessoa para pessoa.

Para a supracitada autora (2010, p. 226), dentro de uma perspectiva democrática, baseada nos “pilares do pluralismo, da dignidade e de iguais liberdades para todos”, não cabe a “essencialidade universal de direitos da personalidade”. A cada um deve ser oportunizada a condução de seus direitos da personalidade, sob o viés de sua autonomia privada e também do dever da sociedade e do Estado “tolerarem” as escolhas individuais.

Na perspectiva de mundo atual, em que os valores fundamentais da sociedade, apesar de cada vez mais exaltados pelo ordenamento, acabam se perdendo na prática cotidiana, nesta senda, a concepção de vida digna se torna um ideal a ser conquistado diante das mazelas sociais. O indivíduo, enquanto possuidor de dignidade humana deve gozá-la não só em vida, perseguindo suas preferências com base nos direitos da personalidade e fundamentais, mas também deve manifestá-la no momento de sua morte. Neste sentido, a autonomia privada deve ser anunciada como direito determinante da promoção da dignidade humana no momento da morte, visto que não há ninguém mais adequado do que o próprio paciente para apontar como deseja lidar com a terminalidade de sua vida.

Diante de tudo quanto exposto, o mais importante é a apreensão de que deve haver o reconhecimento do direito à morte digna como decorrência do próprio direito a uma vida digna, ratificando a ideia de que “a dignidade da pessoa humana também se projeta na morte” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 373).

Para fechar o presente capítulo, traz-se a lume lição de Ana Carolina Teixeira (2010, p. 181), que dará ensejo ao quanto abordado no capítulo seguinte:

Quando estão em jogo situações atreladas à autonomia corporal, é a pessoa quem deve decidir sobre o próprio corpo, por meio de instrumento denominado consentimento livre e esclarecido, de modo que, respaldada em todas as informações acerca da situação da sua saúde, possa tomar a decisão que melhor corresponda às suas aspirações de vida boa.

O consentimento informado é o instituto pelo qual o ordenamento jurídico exige a concessão livre e esclarecida do paciente diante de um estado de saúde terminal em que pretenda optar pelo não prosseguimento de tratamentos que visem o prolongamento da vida por meios artificiais. É a declaração de vontade do paciente, a que se referem Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 374), ao manifestar seu posicionamento acerca do direito a morrer dignamente: “ao nosso sentir, o paciente terminal que, no pleno gozo de sua faculdade mental, declarou a sua vontade, deve ter a sua autonomia privada respeitada, a fim de que se efetive a sua dignidade na plenitude”.

Será este o próximo ponto a ser trabalhado.

4 O CONSENTIMENTO INFORMADO SOB A PERSPECTIVA DA RESOLUÇÃO Nº 1995 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

4.1 O CONSENTIMENTO INFORMADO NO CÓDIGO CIVIL

O consentimento informado é um tema que vem ganhando importância no contexto atual da sociedade influenciada pela crescente evolução da medicina e da bioética. Tem caráter multidisciplinar, envolvendo diferentes ciências. A perspectiva com que a noção de dignidade humana tem se apresentado, ganhando força e reconhecimento no âmbito das relações sociais, potencializa a crescente abordagem do consentimento informado e todas as questões inerentes devido à valorização da pessoa humana como principal objetivo do constituinte.

Neste sentido se posiciona Lydia Nunes (2007, p. 99), ao aduzir que quando da abordagem do tema “depara-se com sua extensa dimensão tendo em vista a tutela que hoje se dispensa à pessoa, centro da atenção dos ordenamentos jurídicos”.

Quanto à finalidade do consentimento informado encontra-se fundamentada na liberdade individual, além do zelo pelo bem-estar do paciente. Mas nem sempre foi assim, utilizando-se das lições de Baker e Stapleton, Hugo Engelhardt Jr. (1998, p.368), denota que, outrora, o instituto em epígrafe tinha sua razão de ser apenas como instrumento de cooperação entre médico e paciente em prol de um tratamento eficiente e, apenas posteriormente, a “autoridade moral” do paciente assume papel central nas sendas do consentimento informado.

Para a compreensão desta mudança de perspectiva do consentimento informado desde o seu surgimento até a atualidade, cabe uma breve elucidação de caráter histórico e, para isto, cumpre observar o quanto exposto por Tom Beauchamp e James Childress (2002, p. 161-162):

Desde os julgamentos de Nuremberg, que apresentaram relatos horrendos de experiências médicas em campos de concentração, a questão do consentimento tem estado em primeiro plano nas discussões da ética biomédica. O termo *consentimento informado* não aparece até uma década depois desses julgamentos, e não recebe uma análise detalhada até aproximadamente 1972. Recentemente, o enfoque se transferiu da obrigação do médico ou do pesquisador de *revelar* a informação para a qualidade do *entendimento* e do *consentimento* de um paciente ou de um sujeito de pesquisa.

A mudança de perspectiva do consentimento informado decorre da notada relevância assumida pela autonomia e pela ética médica, ocasionando o surgimento de uma “demanda social geral e incipiente pela proteção dos direitos dos pacientes” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 161-162).

Diante do processo evolutivo do consentimento, apura-se uma maior vinculação aos princípios fundamentais, diga-se, uma maior valorização do ser humano como fim em si mesmo sob os lindes do valor da dignidade humana, sendo enfático o respeito a sua liberdade e autonomia. Os valores que insurgem da bioética passam a militar um tratamento médico mais direcionado à autonomia do paciente, neste sentido o tema guarda significativa importância no âmbito da ética, além da tendência de que se aprimore na busca de suportar as necessidades sociais.

No cunho do Novo Código Civil, o art. 15 é responsável pela disposição do consentimento informado enquanto instrumento positivado, versando que “*Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”. O artigo, considerado a base legal do consentimento informado, é inovador e vem elencado no capítulo em que o Novo Código trata dos direitos da personalidade.

Nas palavras de Marilise Baú (2005, p. 112), consentimento informado consiste na “decisão voluntária do paciente ou sujeito de uma pesquisa biomédica para se submeter ao tratamento ou à pesquisa após ter tomado conhecimento dos riscos e benefícios dos mesmos”.

Destarte, o presente trabalho será voltado para o consentimento do paciente em relação a tratamento médico, não caberá análise acerca do consentimento do sujeito de pesquisa biomédica.

No que tange à forma como o consentimento informado é intuído hodiernamente, importa que seja visto não apenas como um formulário assinado pelo paciente, em que permite submeter-se a tratamento, mas sim como um processo que se dá com o tempo (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 163) e que envolve um rol de elementos a serem observados para que tenha validade e, sobretudo, eficiência. O consentimento é um processo consubstanciado no “diálogo entre o doente e o médico em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente” (DIAS, 1996, p. 281), neste sentido, não deve ser considerado

como um ato isolado, um documento em que conste a decisão do paciente. Atualmente reclama ser estimado o seu valor enquanto um processo que deve ser conduzido com a maior cautela possível, visto que envolve a vida de uma pessoa, deve ser prezada uma relação aberta entre médico e paciente.

Ana Carolina Teixeira (2010, p. 239) ressalta dois elementos importantes acerca do consentimento informado, quais sejam a informação e a liberdade individual:

As manifestações de vontade vinculadas à saúde são exteriorizadas pelo consentimento que deve ser dado de forma genuína, após a pessoa deter todas as informações médicas sobre seu estado, entendendo-o, também, como uma manifestação da esfera de liberdade corporal.

O consentimento informado é composto pela informação, no que diga respeito a sua compreensão efetiva, e pelo consentimento, este no âmbito da decisão anuente do paciente, além de outros elementos como a competência, a revelação e a voluntariedade. Há um vínculo entre eles no sentido de que “um indivíduo dá um consentimento informado para uma intervenção se for capaz de agir, receber uma exposição completa, entender a exposição, agir voluntariamente e consentir na intervenção” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 165).

Os elementos que compõe o consentimento informado deverão estar alinhados a determinadas prerrogativas que fundamentam o instituto e são responsáveis pela sua evolução e conseqüente consagração permeadas pela ética biomédica, como o dever médico de informar, o direito do paciente de ser informado e, sobretudo, ao princípio da autonomia.

A relação médico-paciente é a base para que o consentimento informado seja exercido da melhor forma possível, tendo sua finalidade atingida. A decisão favorável do paciente à subsunção a tratamento médico pressupõe, para que seja válida, segundo Álvaro Rodrigues (2002, p. 31):

[...] não apenas uma simples informação, mas um verdadeiro e tão completo quanto possível esclarecimento, decorrente de um dever especial e funcional do médico de prestar ao seu paciente esclarecimentos com lealdade, em linguagem acessível e apropriados ao seu estado sobre os meios de diagnósticos, inconvenientes, diagnóstico estabelecido, prognóstico, tratamentos indicados, alternativas terapêuticas, efeitos colaterais, etc.

O dever médico de prestar informações ao paciente é aspecto determinante para que este tome sua decisão de forma bem esclarecida, sendo uma obrigação legal. Constitucionalmente, o direito á informação está elencado no art. 5º, XIV. Numa perspectiva mais específica, a Carta dos Direitos do Doente Internado (2013, p. 6)

determina que o paciente tenha o direito à informação necessária, devendo entender qual o propósito de qualquer tratamento, bem como as implicações dos resultados e de sua suspensão, além da responsabilidade do médico informá-lo das consequências de sua decisão.

Ao passo em que as informações sejam prestadas da melhor forma possível, ou seja, completas, claras e alheias a qualquer meio coercitivo, e, neste sentido, seja tomada a decisão do paciente, restará garantida a sua liberdade, reforçada a perspectiva pessoal em que se consubstancia o consentimento. Destarte, é essencial que o paciente esteja em condições de consentir de forma livre e esclarecida (2010, p. 251) e, na ausência de condições do paciente, o Código de Ética Médica prevê que as informações sejam prestadas ao seu representante, estando vedado ao médico:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

O paciente é o principal interessado e competente para gerenciar sua própria vida, portanto a ele devem ser feitas as elucidações cabíveis acerca de seu estado de saúde, bem como de suas possibilidades em lidar com isto. Porém, no caso de não estar condicionado a compreendê-las de forma racional e plena, seja por questões de incapacidade legal ou porque existe o risco de que tal procedimento comprometa ainda mais sua saúde, a informação a ser prestada dirá respeito ao seu representante em prol de seu bem-estar. Desta forma, a informação ultrapassa o âmbito pessoal do indivíduo quando isto se faça necessário para a sua própria proteção, em que pese a sua autonomia quede afetada pela sua incapacidade decisória.

É muito importante que o paciente, plenamente capaz, entenda de fato, o quanto exposto acerca de sua situação e, para isto, a linguagem utilizada pelo profissional de medicina deve ser acessível, livre de termos técnicos que dificultem a sua compreensão, bem como deva a prestação ser firmada de acordo com a ética e a moralidade. Também é essencial que todos os riscos e benefícios provenientes do tratamento sejam pontuados pelo médico, tendo em vista que a decisão do paciente estará diretamente vinculada ao conhecimento que possuir e, não havendo a exposição devida, o paciente pode não fazer a melhor escolha. Nesta senda, afirma

Anderson Rohe (2004, p. 95) que “a informação é a base da decisão e da ponderação”.

A “informação terapêutica”, como define Anna Beraldo (2010, p. 35), presume a cooperação entre paciente e médico, havendo a cumplicidade de ambos envolvidos no que tange a responsabilidade pelos riscos do tratamento. Nesta senda, Hugo Engelhardt Jr. (1998, p. 378) aponta ser aferível certo receio dos médicos em apresentar informações diante da possibilidade de que sejam compreendidas equivocadamente pelo paciente por conta da sua insciência na área médica, induzindo-o ao erro. Isto causa um desconforto ao médico no sentido de prestar a informação, causa insegurança e, aliado ao fato de sua profissão ser direcionada à promoção da cura e prevenção de doenças, sente-se inclinado, muitas vezes, a prestar a informação neste sentido. Assim resta incólume que o profissional de saúde deve estar bastante atento a forma como presta as informações a seu paciente, conscientes do peso que representam na tomada das suas decisões.

Atualmente ao médico cabem dois deveres, o de informar e esclarecer as dúvidas do paciente e também o de respeitar sua decisão com base na sua autonomia, mas nem sempre foi assim. A relação médico-paciente tinha por base uma perspectiva paternalista, em que o médico objetivava, acima de tudo, manter vivo o seu paciente, além de ser responsável direto pela tomada de todas as decisões a seu respeito. Essa concepção esta ligada à ideia do médico como “portador de verdades que tinham a solução para a cura de doenças” (TEIXEIRA, 2010, p. 242-243). O paciente cumpria apenas papel de observador, objeto, e não tinha nenhuma liberdade para tomar qualquer decisão, cabendo apenas obedecer ao quanto determinado pelo médico.

Neste contexto, prevalecia o princípio da beneficência, que “pressupõe ações no sentido de beneficiar os outros, que não apenas não os prejudique, mas também contribua para o seu bem-estar” (TEIXEIRA, 2010, p. 243). Ou seja, na perspectiva do médico como portador da verdade, possuidor de todo conhecimento e técnica, este era incumbido de perseguir de toda forma a melhora de seu paciente, agindo neste intuito e não apenas no sentido de evitar que piore ou venha a ser sofrer algum dano, o que corresponde ao princípio da não maleficência. Nesta senda, “o doente deveria entregar, com confiança, todas as decisões ao médico, ao qual era

reconhecida a sabedoria técnica e moral para tratar da melhor forma a doença” (ALVES, 2003, p. 16), sua autonomia não tinha qualquer importância.

Saliente-se que, no contexto apresentado, os princípios destacados estão empregados em uma perspectiva meramente ligada ao caráter profissional da medicina. O princípio da beneficência tem por objetivo “o melhor interesse do paciente, do ponto de vista médico”, sendo irrelevante a vontade do paciente (NUNES, 2007, p. 100).

Valendo-se de expressão de Guilherme de Oliveira, Ana Carolina Teixeira (2010, p. 247) aborda que o “paternalismo clínico” tinha o paciente como incapaz de tomar decisões e participar ativamente na interação de sua situação e tratamento, no intuito de poupá-lo de informações desfavoráveis ao estado em que se apresenta. No entanto, a evolução da autonomia e a busca pela efetivação do princípio da dignidade humana, aferível pelo papel central assumido pela pessoa nos lindes do ordenamento, permitiu uma mudança na perspectiva da relação médico-paciente, onde ambos estão em par de igualdade, abstraída a noção de que aquele estaria em posição superior na relação.

Também muda a perspectiva finalística da relação, no sentido de que a cura não é mais a prioridade que determina a sua base, que passa a ser regida por valores humanitários (ROHE, 2004, p. 95). Novamente ressalta-se que a maneira como a informação é prestada ao paciente é muito significativa do ponto de vista das consequências, dos impactos, que pode gerar. O fato de o paciente estar em uma situação de fragilidade, com sua saúde afetada, requer um cuidado especial do profissional de saúde em relação à forma como apresentará as informações pertinentes ao seu estado, sendo essencial que haja uma ‘humanização’ na relação entre o médico e o paciente.

Nesse sentido o relato do Dr. Wandercy Bérghamo (2005, p. 76):

Exercendo a profissão médica no interior do Estado de São Paulo há quase quarenta anos, inúmeras vezes deparei com o agradecimento de doentes, por mim acompanhados, por terem sido informados de sua situação, o que lhes permitiu solucionar de problemas pessoais, familiares e tantos outros que, de outra forma, com certeza teriam trazido grandes transtornos familiares.

Pelo quanto abordado e em análise às declarações do Dr. Bérghamo, resta clara a necessidade de que o médico atue no sentido de promover o bem-estar do paciente

fisicamente, mas que também tente proporcionar conforto psicológico, considerando que esteja em posição delicada.

Traz Ana Carolina Teixeira (2010, p. 242) que “atualmente, o fortalecimento da autonomia na área biomédica tem sua origem recente na expressiva mudança na relação médico-paciente”. Neste sentido apura que a relação médico-paciente, ao passo que em que tenha sido permeada diante da cumplicidade, informação e respeito, aporta reflexos significativos no que tange à autonomia privada em sede de biomedicina, sendo inferência da dignidade da pessoa humana como princípio informador do consentimento informado.

Vencido o paternalismo, o médico agora assume um papel mais passivo, devendo respeitar o quanto determinado, “a postura fortemente autoritária e paternalista sucumbirá e cederá espaço a outra, mais democrática e de parceria com o paciente” (ROHE, 2004, p. 94). O médico deve cumprir com suas premissas profissionais sem, contudo, assumir conduta arbitrária, ainda que esta seja a mais benéfica ao seu paciente no sentido de seu bem-estar. A opinião do enfermo passa a ter voz ativa, merecer respeito.

Há uma divergência doutrinária no que tange à natureza da relação entre médico e paciente. Para Renato Lima Charnaux (2005, p. 92-93), por exemplo, esta relação seria de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, onde o paciente queda como consumidor e os médicos como fornecedores de serviços e detentores da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, afirmada a observância do princípio da transparência, que neste âmbito exige uma relação aberta e comunicativa entre médico e paciente.

Em sentido contrário, Lydia Nunes (2007, p. 101) defende que a relação entre médico e paciente não se insere no âmbito das relações de contrato civilmente positivadas porquanto persiga o direito à integridade da pessoa, transcendendo uma perspectiva material. As regras pertinentes a um negócio jurídico não devem reger uma relação como esta, em que aponta para a “especialidade do seu objeto”, sem que haja a devida adequação.

Notadamente a relação médico-paciente consubstancia-se na afirmação de direitos fundamentais, não havendo como determiná-la meramente patrimonial, relação consumerista. Há, de fato, uma especialidade no seu objeto porquanto se trate do

ser humano, e mais ainda, da sua saúde, sua dignidade. A perseguição de aspectos humanísticos se torna cada vez mais proeminente neste tipo de relação em que as obrigações e deveres de um profissional são direcionados a promover a melhora de seu paciente, bem como o seu conforto, bem-estar e confiança em seu trabalho.

No entanto, há aspectos civis que são essenciais na constituição de um bom relacionamento entre médico e paciente, visto que delimitam e restringem o âmbito e atuação do médico, evitando que adotem postura de caráter arbitrário, sem considerar a decisão do paciente. Nesta senda afere-se a possibilidade de responsabilização civil-contratual do médico no caso de descumprimento ou mau cumprimento do quanto estipulado pelo paciente (BERALDO, 2010, p. 35), podendo acarretar, inclusive, sanções de cunho criminal, a depender da configuração da conduta médica.

Esta responsabilização do médico perante o ordenamento é uma forma de limitar a sua atuação impondo o respeito à autonomia do paciente, para que aja de forma coerente ao que for por este estabelecido posteriormente à prestação das informações necessárias e dos esclarecimentos prudentes.

É neste sentido que se conclui definitivamente que o instituto do consentimento informado, atualmente, volta-se para o ser humano enquanto ser digno, possuidor de direitos personalíssimos e de valores individuais que devem ser respeitados por conta da sua autonomia para exercê-los. Desta forma, bem aduz Stefano Rodotà (2009, p. 85) que “a revolução do consentimento informado modifica as hierarquias sociais recebidas, dando voz a quem era silencioso diante do poder do terapeuta e define uma nova categoria geral constitutiva da pessoa”.

O consentimento passa a ser a condição para que a ação do médico seja legítima diante do livre arbítrio do paciente, que decide sobre sua saúde de acordo com o que entenda ser mais coerente com sua perspectiva de vida digna, ainda que vá de encontro com a recomendação médica, ressalvada sua plena condição e discernimento para tanto. Desta forma, o indivíduo pode optar por uma morte digna ao definir os critérios a considerar na tomada de sua decisão.

Hugo Engelhardt Jr. (1998, p. 362) aponta aspectos que dão suporte ao consentimento informado, dentre os quais convém analisar de alguns, como o fato de que o consentimento aborda diferentes formas de conceber a dignidade dentro

da perspectiva individual dos pacientes, aceita valores consubstanciados na liberdade de cada um, reconhece que cada paciente é a pessoa mais apropriada para decidir sobre sua própria saúde, seus interesses.

É pertinente ressaltar que o paciente, para que esteja apto a consentir deve apresentar condições para tanto, diga-se capacidade e pleno discernimento, bem como a ausência de qualquer meio coercitivo que influencie na sua decisão. Chamada atenção para este aspecto, ressalte-se uma das maiores conquistas do consentimento informado, qual seja o reconhecimento de que cada um, individualmente, é o melhor provedor de seus interesses, o mais indicado para definir suas ambições, sua vontade, ainda mais no âmbito da saúde, envolvidas questões como vida, morte, dignidade e circunstâncias particulares da concepção de cada um, como seus valores e crenças.

Através da abordagem de Burger, citado por Hugo Engelhardt Jr. (1998, p. 369), “deve-se reconhecer que os indivíduos têm autoridade para recusar tratamento, mesmo que sua decisão seja baseada em premissas e interpretações do mundo que a maior parte das pessoas consideraria errada e irracional”. Sob tal perspectiva, o indivíduo portador de capacidade decisória e que se encontre a par das circunstâncias de sua decisão, poderá afirmar-se contrário ao tratamento aconselhável, devendo esta decisão ser respeitada em prol de sua liberdade.

Há ainda outra perspectiva, abordada por Maria Cristina Peduzzi (2009, p. 98), através das lições de Dworkin, qual seja de que a autonomia “exige que permitamos que uma pessoa detenha o controle de sua própria vida, mesmo quando comportar-se de um modo que, para ela própria, não estaria de modo algum de acordo com seus interesses”. Ou seja, de acordo com essa perspectiva, o indivíduo poderia agir, inclusive, no sentido contrário do que queira, mas deveria ter sua decisão respeitada se tomada no âmbito de sua aptidão para tanto, sendo assim possível a recusa a tratamento.

Ora, se o indivíduo plenamente capaz decide de forma a contrariar o que realmente deseja é porque tem motivos para tanto, de modo que, dentro de seu juízo de valores, ponderou suas possibilidades e optou pela que definiu como mais pertinente. A contrariedade às recomendações médicas e até ao quanto deseje sua família, não pode ultrapassar o direito do paciente de não se submeter a tratamento, se este tiver garantido seu direito de decidir pelo preenchimento dos requisitos

preteridos para tanto e, desta forma, resta clara sua liberdade para agir de acordo com seu interesse particular.

Na hipótese da decisão, tomada por indivíduo consciente, estar vinculada a algum tipo de crença ou religião e transcender critérios que pareçam razoáveis perante a maioria da sociedade através da recusa do tratamento, resta concebível, na perspectiva de preservação de sua autonomia, que, ainda assim, deva ser respeitada, visto que a própria adoção da crença e de seus valores já representa o exercício de sua autonomia (ENGELHARDT JR., 1998, p. 371). Destarte, Renato Lima Charnaux (2005, p. 97) adota a premissa de que não haja entendimento pacífico a este respeito:

Entrementes, permanece a perplexidade quando o paciente recusa determinado tipo de tratamento, o que ocorre por vezes, quando os procedimentos clínicos ou cirúrgicos interferem em suas convicções religiosas, não havendo até o momento solução pacífica quer na doutrina, quer na jurisprudência.

O indivíduo, em condições de decidir, deverá ter respeitada sua escolha, sendo, porém, inconcebível que transcenda os limites de sua própria autonomia e atinja direitos de terceiro. Se, por exemplo, a recusa a tratamento afetar a vida de um filho, estando este na condição de menor desamparado, sem qualquer outro familiar ou suporte provedor e afetivo, poderá ser desconsiderada a autonomia do paciente. Bem como seja importante aferir que a autonomia privada é limitada em relação a autonomia alheia (NUNES, 2007, p. 97), ou seja, a decisão tomada no exercício de sua liberdade não pode explicar qualquer efeito em relação à autonomia de outrem.

O Código de Ética Médica, em seu art. 48, defende a *autonomia do paciente e o seu direito de decidir*, vedado ao médico posicionar-se de forma autoritária, impondo limites ao livre arbítrio do paciente. Destarte, determina que a liberdade do paciente restará tolhida perante situações em que haja perigo de vida, ou seja, o valor atribuído à vida responde pela contingência a sua autonomia, “nos casos de situações-limite, o bem da vida seria defendido prioritariamente” (ROHE, 2004, p. 100). Também o art. 31 do código trata sobre a vedação do médico em *desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte*.

Enfim, a importância acerca da autonomia do paciente foi determinante para que o consentimento informado alcançasse o objetivo a que se propõe hoje, o reconhecimento do indivíduo como agente competente para reger seu interesse através do poder de optar pela recusa a tratamento que se lhe apresenta inconveniente de acordo com as suas perspectivas diante do seu direito a uma morte digna. De certo que os limites impostos à autonomia, não considerada a decisão do paciente quando em risco de morte ou quando esta possa inferir no âmbito da autonomia de terceiro, são necessários à manutenção de razoabilidade, analisados os casos concretos e concluindo pela preponderância do valor notadamente mais relevante.

Resta concluso que o consentimento constitui-se na “possibilidade de edificar a própria esfera privada, a identidade pessoal com ações que incidem sobre a esfera física [...] deve ser entendido como um exercício da liberdade pessoal” (TEIXEIRA, 2010, p. 245), visto que a decisão do paciente é consubstanciada nos seus critérios pessoais e deve ser objeto de respeito perante o médico e terceiros como parte do gozo de sua dignidade.

4.1.1 Critérios legais x Capacidade decisória do paciente determinada pelo profissional de medicina

Como já trazido alhures, para que o indivíduo exerça a sua autonomia através do consentimento informado ele precisa estar apto para tanto, possuir competência e discernimento. Resta elucidar que a capacidade possui duas perspectivas, uma legal e outra decisória, esta definida a partir das circunstâncias em que se apresenta o paciente mediante o caso concreto.

A capacidade do paciente é muito importante em sede de consentimento informado, tendo em vista que envolve a saúde, a vida do paciente, devendo ser determinada da forma mais criteriosa, cuidadosa, o possível. A ausência ou existência da capacidade do indivíduo não necessariamente será determinada pelos mesmos critérios, sendo prudente a observância da casuística.

“A capacidade de *fato* ou de *exercício* é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil” (PITHAN; BERNARDES; PIRES FILHO, 2005, p. 124). Para que o indivíduo

possua capacidade jurídica deve apresentar condições necessárias para a prática e responsabilização por atos da vida civil. É importante frisar a diferença entre capacidade de fato e a capacidade de direito, sendo esta a “aptidão genérica do indivíduo para adquirir direitos e contrair obrigações” (2005, p. 124).

Neste sentido, o indivíduo incapaz está privado pela lei ao exercício dos atos de sua vida civil sob o caráter relativo ou absoluto. Será absoluto no sentido da restrição total à prática dos atos da vida civil pelo indivíduo, acarretando nulidade caso seja promovido, e será relativa quanto aos indivíduos que podem vir a praticar atos da vida civil desde que sob a supervisão dos seus representantes legais, podendo acarretar anulabilidade se assim não o for (2005, p. 125).

A prática do consentimento informado está consubstanciada na escolha dos indivíduos capacitados a que se refira o tratamento, detentores de liberdade para aceita-lo ou não. Destarte, nos casos em que os indivíduos sejam incapazes de decidir em nome próprio esta deve se consumir pela pessoa de seu responsável legal, ou seja, o incapaz está sob o domínio de outrem (ENGELHARDT JR., 1998, p. 362). Desta forma, a lei determina um representante em que nos casos da incapacidade absoluta responderá pelos atos do incapaz e nos casos da responsabilidade relativa deverá auxiliar e reger os seus atos, assumindo a sua parcela de responsabilidade.

No âmbito do consentimento, o paciente ocupa uma posição de sujeito de uma relação jurídica, sendo necessário, na esfera da legalidade, que possua capacidade jurídica para que o consentimento se dê de forma eficaz, ou seja, deve ser maior e capaz civilmente. No que concerne à incapacidade, a determinação do responsável vai depender da sua espécie, podendo ser por representação ou assistência (NUNES, 2007, p. 103). Desta forma, “quando se determina a incapacidade legal, um tribunal indica um representante legal que possui autoridade parcial ou plena sobre o indivíduo incapaz” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 151).

O Código Civil de 2002, em seus arts. 3º e 4º, determina os critérios que estabelecem a incapacidade do indivíduo perante os atos da vida civil, absoluta e relativamente, reconhecendo-os como:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;

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

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

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

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

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

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

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

O código ainda define quais os indivíduos estarão sob a égide do regime de curatela:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

O ordenamento brasileiro versa sobre duas hipóteses de representação, a legal e a convencional. A representação legal, consubstanciada na lei (vide artigos acima), elege os representantes dos indivíduos incapazes, os quais têm seus poderes delimitados e elencados nos artigos 115 a 120 da parte geral do Código Civil. Desta forma, os pais são os representantes legais de seus filhos, o tutor dos órfãos e o curador do incapaz de se gerir em nome próprio (BAÚ, 2005, p. 112).

No que tange a maioridade, esta foi alterada quando da transição do Código Civil de 1916 para o código de 2002, reduzida de 21 para 18 anos. A partir desta idade o indivíduo possui capacidade jurídica para agir civilmente assumindo a responsabilidade pelos seus atos, o que inclui, em matéria de consentimento informado, sua capacidade para decidir de forma livre e consciente. Assim, prevê o art. 5º do Código Civil:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A possibilidade dos menores de 18 anos serem inseridos na categoria de capazes diz respeito à emancipação, que pode ter caráter legal, alcançadas circunstâncias trazidas pelo código, ou voluntária. A emancipação voluntária só poderá haver-se a partir dos 16 anos do menor e vincula a sua responsabilidade civil por atos ilícitos, incluindo danos patrimoniais, de forma solidária em relação a seus pais. Porém, a incapacidade relativa em razão da idade, ou seja, dos 16 a 18 anos, na conjuntura emancipatória, reputa ao indivíduo responsabilidade exclusiva por seus atos da vida civil sob a condição de que não tenha gerado dano a terceiro (BAÚ, 2005, p. 114-115).

Na ausência dos pais, haverá um tutor responsável pelo menor, que pode ter sido determinado pelos eles ou vir a ser determinado por parentes próximos ou juiz de direito, dependendo das circunstâncias de cada caso (2005, p. 117).

A questão legal acerca da capacidade referente à idade do indivíduo para a prática dos atos da vida civil pressupõe um critério “genérico” que urge no sentido de certa presunção de maturidade deste para tanto, não apenas na situação do menor emancipado, mas de forma geral. A idade é pressuposto para que o indivíduo seja considerado capaz de responder por atos importantes de sua vida, o que nem sempre parece razoável, parecendo um critério prematuro a depender do caso concreto.

Hugo Engelhardt Jr. (1998, p. 400) bem averba, neste sentido, que não haveriam nítidos limites acerca da independência dos filhos em relação aos pais no que concerne a sua capacidade civil, tendo em vista que “os filhos entram aos poucos na posse de si mesmos, conforme vão conquistando a capacidade de entender e apreciar o significado de suas ações, e à medida que assumem autoridade sobre si mesmos e se sustentam”.

Nesta linha de intelecção, a idade, notoriamente, não seria critério eficiente para determinar a independência decisória dos filhos em relação aos pais, quedando como um aspecto relativo. O supracitado autor apresenta ainda o conceito de “menor adulto” para compor situações em que os menores, mesmo não emancipados, encontram-se capazes para decidir sobre determinados assuntos ao passo que tenham plena consciência e discernimento para dimensionar a importância e o peso de sua atitude em detrimento de seu futuro e, nestas circunstâncias não se faz necessária subsunção ao juízo dos seus responsáveis

para a tomada de decisões, gerando uma liberdade relativa para sua atuação. Para ilustrar o quanto abordado, exprime que “é possível afirmar que as crianças, em diferentes circunstâncias e diferentes áreas, podem assim entrar parcialmente em sua própria posse, sendo moralmente responsáveis por tais decisões” (1998, p. 401).

Em que pese haja precedentes na doutrina estrangeira no sentido de uma menoridade reduzida para fins de capacidade em sede de consentimento, observe-se assim o art. 38º do Código Penal Português (2013, p. 1) que versa que “o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”, bem como concepções acerca da consideração da maturidade do menor civil para a determinação de sua autonomia, como a “teoria do menor maduro” de Lord Fraser de Tully Belton, abordada por Manoel Silva Neto (2006, p. 103), que considera aspectos particulares, cognitivos do indivíduo menor para aferir sua capacidade decisória, alheios aspectos legais, no Brasil não há muita segurança em relação à autonomia do menor em detrimento do exercício do poder familiar.

Certo é que a opinião do menor não deverá passar despercebida, havendo que ser considerada, como aponta o art. 7º, a, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2013, p. 7), que trata dos indivíduos sem capacidade para consentir, segundo a qual:

Artigo 7º – Pessoas incapazes de exprimir o seu consentimento

Em conformidade com o direito interno, deve ser concedida protecção especial às pessoas que são incapazes de exprimir o seu consentimento:

- a) a autorização para uma investigação ou uma prática médica deve ser obtida em conformidade com o superior interesse da pessoa em causa e com o direito interno. No entanto, a pessoa em causa deve participar o mais possível no processo de decisão conducente ao consentimento e no conducente à sua retirada;

Ou seja, a vontade do menor deve ser considerada o quanto seja possível, ainda que não seja o consentimento exercido por ele próprio. É neste sentido que se manifesta Carlos Casabona (2005, p. 150) ao apresentar que a vontade do menor vem sendo observada, inclusive na medida de sua maturidade, tendo em vista que não há como fixar uma idade para que sua opinião deva ser considerada, mas sim devendo realizar-se uma análise de acordo com critérios éticos. Dessa forma, de acordo com o exercício do poder familiar, os pais serão responsáveis por prover a

vida de seus filhos da melhor forma possível, tendo o poder de consentir em seu nome, visto que menores civis, porém não devem desconsiderar sua vontade.

Nesta senda, os médicos, induzidos a agir de acordo com a segurança, buscam sempre o consentimento dos pais ou representantes dos menores em sede de consentimento, seguindo a legislação brasileira. Porém, o menor pode, tendo seus pais como “autoridades *prima facie*” no concernente aos seus interesses médicos, vir a pactuar com eles, como, por exemplo, a respeito da impossibilidade de que recusem tratamento que poderia lhe poupar da morte (ENGELHARDT JR., 1998, p. 373), o que seria cabível para os casos em que os pais compactuassem de crença ou religião a que seu filho, paciente, não adere.

Fundamentando o quanto exposto, veja-se o que versa a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (2013, p. 1):

Artigo 6.º: 2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

Além do critério legal da idade, alguns casos rogam pela observação de critérios que o transcendem. O indivíduo maior de idade nem sempre queda como capaz aos olhos da bioética, considerada a ausência de fatores importantes, como maturidade, discernimento, entre outros, bem como possa um indivíduo menor civilmente demonstrar aptidão para atuar em sede de consentimento informado diante dos critérios considerados pela bioética.

No que tange a representação convencional, esta se baseia numa convenção entre representante e representado e está disposta na parte especial do Código Civil como um contrato de mandato, definido no sentido de que um indivíduo possa atuar ou defender os interesses de outrem mediante a outorga de poderes deste para tanto através de uma procuração. Ao passo em que o código não restrinja os interesses do representado que possam ser transmitidos ao representante, entende-se pela abrangência de todos. (BAÚ, 2005, p. 113).

A representação convencional assume certo caráter patrimonialista porquanto não delimita os interesses que possam ser dispostos através de procuração, desta forma

não atenta para a objetividade com que possam vir a tratar dos direitos existenciais do indivíduo caso sejam objeto do mandato.

Marilise Baú (2005, p. 113) ensina ser juridicamente permitido o consentimento informado prestado por terceiro em nome do paciente impossibilitado que assim tenha determinado em sede de procuração, bem como o que venha a ser prestado por representante legal de indivíduo incapaz.

Destarte, há situações em que pode surgir polêmica entre a defesa do bem-estar do paciente mandante, quando este se encontra em sede de incapacidade, pelo indivíduo a quem tenha outorgado poderes para consentir em seu nome e os meros juízos pessoais adotados por este para a tomada de decisões, como no caso em que o mandante tenha estipulado que o mandatário teria liberdade para agir como entendesse melhor, ou mesmo de acordo com um aspecto mais específico ao qual possa vir a não atentar-se da forma como deveria. Hugo Engelhardt Jr. (1998, p. 362) afere que, nesses casos, o mandatário representaria uma “extensão moral da autoridade” do mandante.

Essas situações são, de fato, complicadas, porquanto abarquem um terceiro em exercício da vontade de indivíduo incapaz, ainda que perante procuração neste sentido. Veja-se que é mais delicada a medida da generalidade com que haja sido determinada a vontade do paciente em termos de mandato, pois quanto mais clara e direta a expressão da vontade, mais fácil de determinar o seu devido cumprimento pelo representante. No entanto, quando carregadas de aspectos genéricos há maior possibilidade de que o representante aja sem muito empenho em cumprir com o melhor interesse do mandante, de melhor interpretar seus desígnios.

Muitas discussões doutrinárias cercam a possibilidade de que alguém possa deter tanto poder em relação a decisões acerca da vida de outrem, conquanto ainda que o paciente tenha outorgado poderes a seu representante neste sentido, não há muitas garantias de que sua vontade será de acordo com seu interesse. O mandatário queda mesmo como uma extensão do mandante, o que guarda certa desconfiança em relação ao cumprimento efetivo da autonomia deste. Porém, respeitada a vontade do paciente outorgante em relação ao representante a quem determinou incumbido de agir em seu nome, restará exercida sua autonomia neste sentido.

O terceiro pode estar instituído de poderes para atuar em nome de outrem em sede de consentimento informado devido a pré-determinadas circunstâncias. Hugo Engelhardt Jr. chama estes indivíduos de “guardiões” e aponta as circunstâncias para que assumam este papel, com base nas lições de Richard Flathman (1998, p. 400):

1) Um guardião pode ter sido explicitamente autorizado pelo tutelado, enquanto o tutelado ainda era competente; 2) os guardiões podem ter autoridade sobre o tutelado porque produziram o tutelado (isto é, os pais); 3) um guardião pode ter autoridade sobre o tutelado por causa da servidão contratada que se desenvolve entre os pais e os filhos, ou seja, entre aqueles que cuidam de outros e os que concordam, nessas circunstâncias, em aceitar seu cuidado; 4) um guardião pode ser um bom juiz dos melhores interesses do tutelado, conforme os vê a comunidade à qual pertencem; 5) um guardião pode ser um bom juiz dos melhores interesses do tutelado, com base no que as pessoas sensatas e prudentes decidiram.

É interessante apontar que os representantes dos indivíduos que nunca portaram de capacidade, ou portaram e não deixaram expressos seus interesses, acabam possuindo mais poder do que o próprio representado, não sendo uma mera extensão moral de sua autoridade, como afere Hugo Engelhardt Jr. (1998, p. 363) no caso do mandatário devidamente instruído. Isto se baseia no fato de que o indivíduo que nunca teve poder para atuar em seu próprio nome, tampouco manifestar seus interesses de forma racional, não guarda qualquer expressão do quanto preze para sua vida e, nesta senda, seu representante, estando à frente de seus atos, é quem decide e a determina sem qualquer embasamento acerca de seus reais interesses.

A escolha do representante, tanto em seu caráter convencional, ou seja, de forma consciente pelo próprio representado, ainda possuidor de capacidade para atuar civilmente ao momento da escolha, como a nomeação do representante legal nos casos de ausência dos pais, deve ser feita de forma muito cuidadosa, afinal trata-se de uma medida de extrema importância e requer muita confiança.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (2013, p. 1) versa sobre o papel do representante legal do incapaz e da importância de sua participação no processo do consentimento:

Artigo 6.º: 3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

O representante, caso não possua instrução específica e expressa em relação à determinada situação, deve agir de acordo com o que entenda ser melhor para o representado, na defesa de seu interesse, por isso é importante que seja alguém de sua confiança, que conheça as suas vontades e personalidade. O representante pode, por exemplo, decidir em conluio com os valores particulares referentes à comunidade em que vivia o representado, presumidos seus interesses como vinculados à mesma (1998, p. 363). Repita-se o quanto seja notório no sentido de que há maiores possibilidades de que o interesse do representado seja garantido no caso em que tenha deixado expressa a sua vontade de forma clara e mais objetiva possível, no sentido de recusa ou subsunção a tratamento.

Já no que tange situações em que o paciente tenha demonstrado uma vontade antes de quedar como incapaz ou inconsciente, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (2013, p. 1) versa que deva ser considerada:

Artigo 9.º: A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

É interessante observar o que aponta Renato Lima Charnaux (2005, p. 98-102), valendo-se das lições de Ronald Dworkin, sobre as categorias que o filósofo utiliza para classificar os enfermos acerca de sua capacidade decisória, sendo estas: consciente e competente, inconsciente e consciente, mas incompetente. A primeira categoria define o enfermo como portador da autoridade necessária para anuir ou recusar tratamento em seu próprio nome, não precisa de representante. A segunda categoria, dos inconscientes, é caracterizada pelo filósofo como a “mais angustiante hipótese sobre a qual se debruça a atividade médica” por conta da dificuldade e até impossibilidade de auferir sua vontade, prejudicando a concretização de sua autonomia. No que tange a composição da terceira categoria, dos enfermos conscientes, mas incompetentes, o filósofo afirma fazer parte os indivíduos que tem a consciência da criticidade de seu futuro estado de saúde e, diante disto, tendem a “tomar decisão drástica que lhes antecipe o desfecho para evitar o sofrimento”.

Como já colocado, os pacientes inconscientes são os que demandam mais complexidade quanto à forma como deve proceder o médico em relação ao seu

tratamento diante das dificuldades apresentadas pela ausência de sua vontade, não havendo como concretizar sua autonomia efetivamente. Havendo representante determinado pelas vias legais ou voluntárias, a posição do médico resta mais confortável, tendo em vista que não cabe a ele a decisão de forma isolada, a qual será tomada, com sua instrução e assistência, por aquele. Novamente ressaltada a maior segurança em relação a efetivação da vontade do paciente que, ainda consciente, manifeste expressamente representante e sua decisão de forma clara e direta.

Seguindo em análise acerca da concepção de capacidade decisória do paciente, denota-se a grande importância que guarda em sede de consentimento informado. Tom Beauchamp e James Childress (2002, p. 151) fazem uma interessante analogia relativa aos julgamentos acerca da capacidade:

Os julgamentos acerca da capacidade desempenham o papel de porteiros nos serviços de saúde, distinguindo as pessoas cujas decisões devem ser solicitadas ou aceitas das pessoas cujas decisões não precisam ou não devem ser solicitadas ou aceitas. Os julgamentos de profissionais sobre a capacidade de uma pessoa ajudam a determinar se seria o caso de indicar um guardião para cuidar de seus interesses, se uma internação involuntária seria apropriada, e assim por diante.

Como já exposto, os critérios legais são trazidos pelo código no que tange a capacidade civil, porém a capacidade decisória do indivíduo cabe ao médico que o acompanha, e constitui-se tarefa árdua porquanto não hajam aspectos objetivamente delimitados, devendo ser analisado cada caso, cada contexto, os valores envolvidos, como a ética e também os valores de cunho pessoal, como crenças, etc, sempre conscientes de que, identificada a capacidade do indivíduo neste sentido, sua autonomia deve ser efetivada.

Um dos principais motivos responsáveis pela complexidade acerca da definição desta capacidade se encontra na própria dificuldade em identificar precisamente aspectos como o discernimento, a compreensão, a racionalidade do paciente diante das alterações emocionais e físicas que podem provir da doença que os abate, de forma a afetar sua autonomia.

É importante apontar que o ordenamento brasileiro queda silente em relação à avaliação da capacidade decisória do indivíduo como prerrogativa do médico, o que gera certo temor por parte destes, de que, assim procedendo, possam vir a ser responsabilizados ulteriormente pelos atos praticados em sede avaliativa. O médico,

no entanto, no âmbito de suas obrigações deve “adequar os cuidados profissionais às circunstâncias pessoais do doente”, no sentido de proteção à sua dignidade diante da vulnerabilidade que avulta do seu estado de saúde. Assim, analogicamente, não restam dúvidas de que cabe ao médico avaliar a sua capacidade para decidir, independentemente de lei que assim determine (PITHAN; BERNARDES; PIRES FILHO, 2005, p. 132-133).

Considerada a complexidade acerca da avaliação da capacidade do indivíduo, ressalte-se não ser cabível uma análise meramente baseada nos critérios de cunho legal, devendo ser considerados aspectos que digam respeito a cada paciente de forma individual, tendo em vista se tratar de valores existenciais, além da instabilidade que acomete seu emocional diante da enfermidade. Em termos principiológicos, José Délio Kipper aponta a não maleficência como o fundamento bioético mais relevante para determinação da análise da capacidade decisória do paciente pelo médico, justamente pelo seu viés protetivo, que preza pela conduta anti-danos (PITHAN; BERNARDES; PIRES FILHO, 2005, p. 135).

Porém, há casos de incapacidade civil em que não se faz necessária uma análise profunda acerca da capacidade decisória do indivíduo porquanto notadamente aferível sua ausência. Tendo por base o quando aduz Anna Beraldo (2010, p. 30), no sentido de que “o paciente deve conhecer e compreender o alcance de sua decisão, devendo estar em plena posse de suas faculdades psíquicas e mentais para dar seu consentimento de maneira adequada”, traz-se como exemplo as situações em que sejam diagnosticadas alterações de ordem psíquica ou mental no paciente, onde este será considerado incapacitado civilmente diante da inaptidão para agir em seu próprio nome, bem como não será preciso uma análise tão minuciosa para identificar sua incapacidade decisória, já que seu estado psicológico notadamente não apresenta as condições essenciais para seu discernimento pleno.

A tendência é que a capacidade civil seja flexibilizada, muitas vezes tendo seus critérios superados em prol dos critérios pertinentes à capacidade decisória do paciente, no sentido de que se apresentem mais de acordo com a perspectiva da bioética. A avaliação médica para determinação da capacidade decisória é a prova de que se caminha neste sentido, ou seja, os critérios de cunho legal deixam de ser absolutos e suficientes para que se identifique a competência do indivíduo, cedendo espaço a uma análise casuística, dos aspectos de ordem pessoal, o que,

notadamente, se deve a evolução da bioética e a sua vinculação ao princípio da autonomia. Neste sentido, “o Direito tem sido constantemente desafiado na busca de soluções jurídicas que não só contemplem o aspecto técnico-jurídico, mas que garantam a adequação ética da decisão” (PITHAN; BERNARDES; PIRES FILHO, 2005, p. 136).

A capacidade decisória é mais ampla e resguarda maior profundidade do que as definições de incapacidade civil, pois agrega aspectos abalizados de acordo com a casuística e procura transcender critérios puramente deduzidos com base em linhas gerais, referente a todos a que se dirige a lei. Havendo contenda entre critérios legais e a autonomia do paciente, é necessária a ponderação para que sejam identificados os valores que devem prevalecer acerca das circunstâncias.

Segundo aborda Pietro Perlingieri, a imposição de limites e até privação de gozo de direito ao indivíduo deve proceder da minuciosa análise do caso concreto e da “capacidade volitiva e intelectual da pessoa”, no sentido de sua interdependência (PITHAN; BERNARDES; PIRES FILHO, 2005, p. 130). É muito importante que esta análise da capacidade volitiva e intelectual da pessoa seja realizada de modo a voltar-se para a questão dos seus direitos existenciais, principalmente nestas situações que envolvam a vida e a saúde, porquanto uma análise meramente baseada nas sendas legislativas, no que tange a incapacidade para agir civilmente, muitas vezes tenda para a observância de aspectos ligados ao âmbito patrimonial.

A evolução da bioética, responsável pela flexibilidade acerca dos critérios legais para determinação da capacidade do paciente, contribui, conseqüentemente, para que os profissionais da área de saúde tenham se ocupado na promoção da autonomia enquanto princípio essencial para a concretização da dignidade de seus pacientes, a própria busca para avaliar de forma eficiente a capacidade decisória já demonstra este aspecto, bem como a primazia pelo seu bem-estar.

No entanto, diante da plena capacidade do indivíduo, mesmo que sua decisão vá a sentido contrário ao de seu bem-estar, através da recusa a tratamento, não deve a sua autonomia ser desconsiderada sem que ajam motivos para tanto, como nos casos em que reste limitada. Não há dúvidas de que, em uma situação como esta, os médicos deparam-se com uma questão bastante delicada, destarte, “a teoria da autonomia só aceita que alguém seja “tratado paternalisticamente” quando há demonstração evidente da sua incapacidade de ser autônomo, ou seja, criança

pequena, deficiente mental severo ou num indivíduo com surto psicológico” (GAUER et al., 2005, p. 149).

Havendo competência do indivíduo, sua autonomia acaba vigorando ainda que a sua escolha seja alheia à prudência médica, no sentido de que o paciente portador de plena capacidade decisória estará, inclusive, no direito de conduzir sua decisão à negativa de tratamento, de acordo com o seu interesse, ainda que não exprima seu bem-estar. Porém, vale ressaltar que o exercício da autonomia guarda limitações, como já demonstrado no curso deste trabalho, e, através das lições de Loch, novamente deparamo-nos com a lição de que nas situações em que a decisão do paciente transcenda o âmbito de sua autonomia em prejuízo da autonomia de outrem, esta escolha não deverá ser prevalente ao valor da vida humana do terceiro envolvido, passando a autonomia do paciente à segundo plano (GAUER et al., 2005, p. 154).

Diante de tudo quanto exposto, Perlingieri aponta para a necessidade de que o constituinte se proponha a rever os limites civis à capacidade das pessoas, já que tem se mostrado muito rígidos e, desta forma, ineficientes na aplicação ao caso concreto. Em análise do ordenamento perante a realidade fática com que deparamo-nos:

Não resta dúvidas de que os aspectos legais devem ser considerados critérios relevantes na avaliação da autonomia da pessoa doente. Entretanto, os mesmos não podem ser considerados prioritários quando verificada a nítida discrepância entre a suposta capacidade conferida pela lei civil e a real capacidade de decisão autônoma da pessoa, verificada por diversos e complexos fatores da vida real (PITHAN; BERNARDES; PIRES FILHO, 2005, p. 137).

Considerada a autonomia como valor fundamental, e uma das formas de promoção da dignidade da pessoa humana, queda como determinante para competência do indivíduo. Desta forma, as decisões tomadas por pacientes, no âmbito de sua plena capacidade, devem ser estimadas e acatadas quando não inseridas em situações nas quais a autonomia deva sofrer restrições.

4.2 RESOLUÇÃO Nº 1805 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Partindo para uma análise acerca da Resolução nº 1805 do Conselho Federal de Medicina, que autoriza e regulamente a prática da ortotanásia, busca-se demonstrar a sua constitucionalidade, bem como sua importância no sentido de consubstanciar o direito à morte digna como corolário do princípio da dignidade humana e como forma de expressão do consentimento informado neste âmbito.

Roberto D'ávila, Diretor do Conselho Federal de Medicina, um dos criadores da Resolução, citado por Eduardo Cabette (2009, p. 35-36), aborda que há uma tendência do médico, devido à própria perspectiva de sua profissão, em buscar incansavelmente soluções acerca da morte e, desta forma, acabam preocupando-se mais com a promoção da cura do paciente do que com ele próprio, utilizando-se de meios fúteis para prolongar seu processo de morte. A Resolução objetiva uma mudança desta concepção médica, para que vislumbre o paciente em sentido mais humanitário, no sentido de prestar apoio também psicológico, e a morte como um fenômeno natural ao qual o paciente mereça ter sua dignidade atrelada.

Antes de uma abordagem crítica acerca da Resolução, alguns conceitos necessários à sua efetiva compreensão serão brevemente elucidados. Em capítulo anterior foram realizadas exposições acerca da ortotanásia, novamente trazida a lume.

A ortotanásia se apresenta como a morte ao seu tempo natural, alheia a formas de prolongamento artificial realizadas pelo médico, sendo condição essencial para que se constitua o fato de que o paciente já se encontre em processo de morte. A conduta médica que aqui se insere é no sentido de permitir que a morte assuma seu curso natural, não agindo de forma contrária. Cabe penas ao médico o exercício da ortotanásia, estando, contudo, condicionado ao consentimento do paciente, destarte o médico não estará obrigado a prolongar a vida do seu paciente na ausência de requerimento neste sentido (BORGES, 2007, p. 236).

O prolongamento artificial do processo de morte é chamado de distanásia, e a ortotanásia insere-se justamente no sentido de evitá-lo. As intervenções realizadas no âmbito da distanásia, no fim das contas, podem ser consideradas infrutíferas porquanto, não havendo chances de cura, apenas irão postergar a morte do paciente terminal, sob a custa do sofrimento atrelado a este tipo de tratamento.

É válida a diferenciação básica acerca dos conceitos de eutanásia, distanásia e ortotanásia. Neste sentido, Eduardo Cabette (2009, p. 25) utilizando-se de

expressão de Aristóteles, apresenta a ortotanásia como “uma mediania entre dois vícios”, já que pode ser contextualizada como o equilíbrio dentro da perspectiva que se estabelece entre a eutanásia e a distanásia, afinal esta se embasa no prolongamento inútil do processo de morte mediante o sofrimento sem causa, e aquela queda como fenômeno que resulta na abreviação da vida do paciente.

Vencidas as breves considerações a termo de elucidação para melhor análise do ato normativo em questão, qual seja a Resolução nº 1805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina, este determina que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Certamente a dignidade humana não restaria assegurada nos casos em que, comprovado o estado terminal do paciente, não fosse possível que este pudesse optar pela não subsunção a tratamento que considerasse inconveniente de acordo com seu livre arbítrio. É importante salientar que um dos limites impostos pela Resolução acerca do exercício da ortotanásia é o estado terminal do paciente. Neste sentido, em não havendo viabilidade de cura, o paciente, em pleno exercício de sua dignidade, tem o direito a morrer com dignidade, determinando através de sua autonomia as circunstâncias em que se insere este direito, se submetendo a tratamento que não trará sua cura, mas prorroga a consumação de sua morte, ou privando-se destes porquanto afira como desnecessários e até degradantes, no sentido do desgaste tanto físico como psicológico tendo em vista o sofrimento que abarcam.

O art. 1º da Resolução versa sobre a conduta cabível ao médico, bem como os deveres inerentes à sua devida sua prestação:

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.

Nesta senda, o médico, agora através de orientação fomentada pelo Estado, porquanto aprovada a Resolução, pode suspender o tratamento de pacientes terminais descartadas as chances de cura, gozando de proteção legal e ética por devido cumprimento do quanto imposto pelo Conselho Federal de Medicina. Ressalte-se que, no entanto, é necessária a expressão de vontade pelo próprio paciente sob a égide de sua capacidade decisória, ou de seu representante legal no caso de incapacidade, em que pese ambos assumam a responsabilidade acerca desta decisão. O médico trabalha no limite da expressão da vontade do paciente ou de seu representante, não podendo agir arbitrariamente.

O parágrafo 1º do art. em abordo dispõe sobre o dever médico de prestar a informação ao paciente acerca das modalidades terapêuticas aconselháveis na sua situação. O direito à informação, como já apontado oportunamente, vem elencado constitucionalmente no art. 5º, XIV, e também se relaciona com o quanto aplicado em sede de consentimento informado. Neste sentido a resolução guarda coerência com o quanto estipulado pela Carta dos Direitos do Doente Internado (2013, p. 6) no quanto aduz que “*o doente internado tem direito a ser informado acerca dos serviços de saúde existentes, suas competências e níveis de cuidados*”, bem como que “*o doente internado tem direito a ser informado sobre a sua situação de saúde*”.

Como já oportunamente pontuado na análise acerca do consentimento informado, as informações devem ser prestadas ao paciente de forma esclarecida, completa, compreensível, bem como devam ser expostos os riscos e benefícios acerca do tratamento a que possa ser submetido ou sobre sua negativa, esclarecendo suas dúvidas. É importante que o médico preste as informações ao paciente tendo em vista seu estado de saúde e avaliadas as consequências que possa causar a notícia.

Desta forma, resta incólume o respeito e a proteção à autonomia privada do indivíduo, bem como à sua dignidade. Enquanto expressão do consentimento informado, os aspectos e cuidados a serem observados na atuação médica neste âmbito devem ser considerados na esfera da Resolução, como a determinação da capacidade decisória do indivíduo como prerrogativa médica, devendo ser avaliada minuciosamente e não apenas sob os aspectos da capacidade civil, bem como considerados aspectos e circunstâncias pessoais do paciente acerca do caso concreto.

O parágrafo 2º do art. em questão determina que a decisão do paciente deva ser fundamentada e registrada em um prontuário. Desta forma, a própria Resolução estipula o critério para que a manifestação de vontade do paciente tenha validade, atendendo o quanto estabelece o Código Civil em seus art. 104, III e 107:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

III- forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 107 A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

De acordo com o código, a validade quanto à forma de documento em que se constitua negócio jurídico, no caso um termo em que o paciente dispõe de tratamento em prol da ocorrência natural de sua morte, terá seus critérios delimitados pelos seus próprios termos legais. A forma especial só será determinante caso seja firmada pela própria lei que trate do negócio jurídico. Nesta senda, a Resolução, ao determinar que a vontade do paciente conste registrada em prontuário médico, devendo, inclusive, apresentar seus fundamentos, institui a forma pela qual deverá o paciente manifestar a sua vontade.

A determinação de que a decisão do paciente deva ser registrada mostra-se muito pertinente, tendo em vista oferecer maior segurança jurídica do que uma mera manifestação oral, sem qualquer formalidade por escrito, principalmente nos casos como este em que estejam envolvidos fenômenos como a saúde, a terminalidade da vida. Também a exigência de que a decisão seja devidamente fundamentada no prontuário deve ser bem quista diante da gama de circunstâncias e complexidades que cada caso em particular pode guardar, de forma que tendo seus fundamentos devidamente registrados, é mais fácil auferir a regularidade do procedimento.

O parágrafo 3º assegura ao doente ou seu representante o direito à segunda opinião médica, que neste contexto, se refere ao estado terminal que o acomete. Este direito é também defeso na Carta dos Direitos do Doente Internado (2013, p. 7), que afirma que “o doente internado tem direito a obter uma segunda opinião sobre a sua situação clínica”. Também o Código de Ética Médica veda ao médico, em seu art. 39 “opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal”.

Neste sentido, é importante que o paciente ou seu representante tenham direito a requerer uma segunda opinião médica acerca de seu quadro de saúde.

Considerando-se o fato de que o paciente, ao ter declarado seu estado terminal pelo médico, optar pela não subsunção a tratamento porquanto o caiba apenas prorrogar o seu sofrimento e postergar a chegada de sua morte, age diante de situação bastante delicada, decidindo com base em conclusões que devam ser minuciosamente estabelecidas.

As conclusões médicas acerca do estado de saúde do paciente, principalmente nos casos de doença terminal, devem ser cuidadosamente tomadas para garantir o bem-estar do paciente e a segurança da informação prestada, restando, contudo, muito válida a possibilidade de acesso à segunda opinião médica para aumentar o critério de segurança acerca da real situação do indivíduo. Tal medida é, sem dúvidas, mais uma demonstração de zelo em relação à dignidade do paciente, no sentido de que preza pela segurança na prestação das informações a qual façam jus, garantindo que possam manifestar sua autonomia com base em conclusões médicas seguramente afirmadas.

Neste sentido, bem averba Pedro Meira e Cruz (2013, p.1), diretor da Best Medical Opinion, em artigo referente ao direito à segunda opinião médica:

[...] justificar-se-ia a existência de um outro parecer médico, fundamentado e independente, que poderia ser útil para o Cidadão, já que este ficaria mais esclarecido sobre o seu diagnóstico e possíveis tratamentos. [...] a solicitação de uma segunda opinião por parte dos próprios Médicos acabou por ser um mecanismo de proteção contra a eventual má prática médica, assim como um instrumento para conforto do Cidadão, indicando que a proposta inicial está a seguir as orientações técnicas e científicas adequadas.

É também inquestionável que tal medida traga ao paciente conforto psicológico, tendo em vista prestar maior convicção acerca da sua realidade, possibilitando tomar sua decisão certo de que com base em diagnóstico preciso, sem lacunas.

No art. 2º da Resolução resta exaltado o princípio da dignidade da pessoa humana, no que tange à promoção de qualidade aos momentos de vida restantes do indivíduo através de cuidados que o proporcionem condições básicas para alcançar da melhor forma possível o momento da morte, sem dor ou sofrimento:

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.

São os chamados cuidados paliativos também defesos no cunho da Carta dos Direitos do Doente Internado (2013, p. 4), onde resta estabelecido que “o doente

internado tem direito a receber os cuidados apropriados ao seu estado de saúde, no âmbito dos cuidados preventivos, curativos, de reabilitação, terminais e paliativos”.

A Organização Mundial de Saúde (CUIDADOS...2013, p.1) manifesta seu conceito acerca dos cuidados paliativos:

Consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.

Estes cuidados são atrelados ao bem-estar do paciente e são de grande importância para a concretização da sua dignidade na medida em que prezam por amenizar a dor física e também sofrimento psicológico, através de intervenções médicas neste sentido bem como da presença da família, caso possível, no intuito de aliviá-lo. Ou seja, todos os cuidados são direcionados à preservação do bem-estar do doente, afinal o processo de ortotanásia não equivale à interrupção total da vida, apenas permite que a morte siga seu curso natural. Assim, a prestação dos cuidados paliativos significa a busca para que a passagem do enfermo, digam-se os momentos até a chegada de sua morte, ocorra da forma mais branda possível. Desta forma, resta clara a proteção do direito a morrer com dignidade, apontado como inerente ao direito a viver com dignidade estendido ao momento da morte.

Neste ponto, cabe ressaltar a diferenciação, já abordada em capítulo anterior, de dois conceitos que comumente são tratados como sinônimos inclusive por parte da doutrina, quais sejam eutanásia passiva e ortotanásia.

Assim, Eduardo Cabette (2009, p. 25), valendo-se do quanto exposto no Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, expõe que na eutanásia passiva a morte do paciente é causada pela negativa de prestação de cuidados paliativos que teriam efeitos significativos na manutenção de sua vida, evitariam a sua morte, o médico “poderia e deveria agir para evitar a morte e não age”. A ortotanásia é o procedimento que se perpetua no curso natural da morte, não havendo ação ou omissão que a propicie, de modo que “o autor nada faz porque nada há a fazer” (2009, p. 38).

A ortotanásia vislumbra a morte como um fenômeno congênito, dispensando a futilidade de tratamentos diante do estado terminal do paciente, porém mantém a prestação dos cuidados paliativos no intuito de que tenha uma qualidade no fim de

sua vida, evitando o quanto possível seu sofrimento. No que tange à abordagem da Resolução, é válido apontar o quanto explana Eduardo Cabette (2009, p. 35):

O Conselho Federal de Medicina tem procurado deixar claro que não está convalidando a prática da eutanásia, mas sim da ortotanásia, de modo a apenas antecipar uma morte inevitável, sem nem mesmo causá-la por ação ou omissão. Ademais, a decisão sobre a adoção do procedimento não é arbitrariamente conferida ao profissional de medicina. As responsabilidades pela decisão são compartilhadas entre o médico e o doente ou seus representantes legais.

Neste texto, resta corroborado que a Resolução esteja voltava exclusivamente à ortotanásia, não havendo que se falar em eutanásia em qualquer de suas perspectivas. É claro o caráter da norma em abordo no sentido de que não haja qualquer intuito em provocar a morte do paciente, apenas lhe é concedida a possibilidade de não se submeter a tratamento que lhe postergue o momento da morte, ou seja, afirma o direito a uma morte digna.

Nesta senda, observa-se que a Resolução não guarda qualquer relação com o quanto institui o Código Penal como crime de homicídio, visto que apenas a eutanásia se enquadraria como conduta típica neste sentido. Alheia a qualquer ação direcionada a provocação da morte, a ortotanásia proporciona ao paciente cuidados paliativos para que a alcance naturalmente e de uma forma menos sofrida. Nesta senda, bem averba Edson de Oliveira Andrade (2013, p. 6):

A ortotanásia, vista no formalismo penal, configura um crime impossível, já que não há crime contra a vida quando a vida se extingue por si própria. O encerramento natural do ciclo vital é um fato biológico comum a todos e fora do campo de influência e desejo da justiça.

É notável a inclinação da Resolução ao princípio da autonomia de modo que fica a critério do paciente com doença terminal estabelecer o quanto aspira em relação a sua morte. Tendo por morte digna a sua ocorrência da maneira nata, sem intervenções, contando com suporte que lhe promova qualidade em seus últimos momentos, livre de dores e sofrimento, caminhando para uma morte serena, estará o indivíduo em conluio com o quanto lhes faculta a Resolução.

Em que pese tenha havido muita polêmica, não há mais dúvida a respeito de que a Resolução nº 1805/2006 reste plenamente em acordo com os princípios constitucionais, bem como da devida legalidade do Conselho Federal de Medicina para sua criação. Neste sentido, não há que se falar em ilegalidade, pelo contrário, a Resolução vem apenas documentar, formalizar, o quanto inserido no âmbito do

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, viabilizando a prática regular da ortotanásia.

Além disto, a Resolução queda pertinente ao quanto versado pelo Código Civil em seu art. 15, no sentido de que “*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”. A ortotanásia, como expressão do consentimento informado, nada mais é do que a negativa do indivíduo em estado terminal perante tratamento médico, ou seja, a Resolução apenas regulamente um direito que já existe.

Como já tratado ao longo do trabalho, a incapacidade gera para o indivíduo a condição de representado. O Código Civil traz esta condição para solucionar questões legais acerca da vida civil do representado, no entanto, se vislumbrada a preocupação de que o representante seja, de fato, o melhor defensor do interesse do incapaz no sentido de conhecer melhor suas ambições, sua personalidade e seus valores, principalmente no caso que o indivíduo se encontre inconsciente ou de incapacidade absoluta, estará sendo perseguida a concretização da autonomia do indivíduo através do seu representante de forma indireta.

Não se está aqui a sustentar que a autonomia privada possa ser exercida por terceiro, mas, dentro das expectativas que surgem no âmbito da bioética, diga-se de caráter humanitário, o primor pela busca efetiva da dignidade do paciente, tanto na seara sanitária quanto na seara jurídica, alimenta a noção de que a determinação do representante legal do indivíduo pode ser decisiva na concretização de seus interesses. A Resolução estabelece que, impossibilitado o indivíduo, a decisão reste a cargo de seu representante, posição adotada pelo ordenamento, guardando a mesma perspectiva abordada em sede de consentimento informado.

Com base em declarações do Conselho Federal de Medicina (2013, p. 1) far-se-á abordagem acerca do rechaço sofrido pela Resolução por meio de ação civil pública proposta pelo Ministério Público afim de que fosse decretada sua nulidade sob os argumentos de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para editar norma acerca de matéria de cunho penal, bem como a alegação de que a referida norma viesse a ofender o ordenamento porquanto disponha sobre o direito à vida, e neste contexto, restou suspensa.

No entanto, a procuradora da República Luciana Loureiro manifesta-se requerendo a desistência da ação a que deu causa o próprio órgão ao qual serve, tendo por base ponderações muito relevantes para a formulação da sentença a favor da validação da Resolução. A procuradora aponta para a competência do Conselho Federal de Medicina no que tange a regulamentação de critérios éticos a respeito da prática médica, não guardando o aludido ato normativo qualquer vínculo com o direito penal, bem como a afirmação da ortotanásia como conduta atípica perante o mesmo já que não se configura como crime de homicídio. Também aborda o atual contexto da medicina, cada vez mais primada em critérios humanísticos, bem como a valorização da dignidade do paciente.

Neste sentido o juiz Roberto Demo fundamentou sua decisão a favor da validação da Resolução, publicada pela 14ª Vara da Justiça Federal, em Brasília. A decisão, além de versar sobre as premissas apresentadas pela Drª. Loureiro, crítica positivamente a ortotanásia no que tange à imprescindibilidade acerca da manutenção dos cuidados paliativos em relação ao paciente em estado terminal para que goze seus últimos momentos da maneira menos penosa possível. O Dr. Demo denota que diante da terminalidade, o paciente e sua família, caso desejem e manifestem consentimento expresso neste sentido, condição necessária para configurar a conduta regulamentada pela Resolução, podem dispensar tratamento infrutífero, em que pese a prevalência do princípio da não-maleficência em relação ao da beneficência.

Em sede de decisão, o juiz ainda averba sobre a possibilidade de que a ciência médica incorra em falhas diante da previsão de diagnósticos. Desta mesma opinião compartilha Ramón Martín Mateo, citado por Roxana Borges (2007, p. 237), que faz um alerta quanto à falibilidade que possa se apresentar acerca da conclusão precoce de que não haja cura para a doença que acomete o paciente, tendo em vista os constantes avanços alcançados pela medicina, “são riscos próprios dos limites do conhecimento tecnológico que exigem cuidado nos critérios sobre a morte”, desta forma alerta para a necessidade de cautela em relação ao alvedrio. Porém, apesar de ressaltar este aspecto, a decisão formulada pelo Dr. Demo aponta a Resolução como contenciosa de novo paradigma ético, de cunho inovador e baseado na dignidade da pessoa humana.

Novamente trabalhando o princípio da dignidade humana, e apenas ressaltando o quanto já abordado, o direito à vida digna por este resguardado acompanha o indivíduo na determinação de sua vida da forma como melhor concretize sua concepção neste sentido, dentro dos limites legais e de sua autonomia, estendendo-se até o momento de sua morte, o que lhe garante consequente direito a morrer dignamente. É importante que haja disposições, ainda que infraconstitucionais, que promovam a dignidade ao paciente em casos que envolvam a morte e os limites a sua autonomia. A Resolução nº 1805 afirma, institui um direito já existente e que carecia de um pilar normativo: o direito à morte digna como corolário do direito à dignidade da pessoa humana.

4.3 O CONSENTIMENTO INFORMADO E O TESTAMENTO VITAL

A Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina vem para fomentar de que forma devem-se processar as disposições de vontade antecipadas do paciente caso venha a padecer em quadro clínico de incapacidade ou inconsciência por conta da enfermidade terminal. Determina como devem ser registradas, em que situações devem ser desconsideradas e sob quais aspectos prevalecerão, nada mais é que a regulamentação do testamento vital. Esta Resolução apresenta os critérios técnicos a serem considerados na aplicação do quanto disposto pela Resolução nº 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

Preliminarmente traz-se a abordagem realizada por Maria Berenice Dias (2011) em relação à terminologias que vêm a ser comumente confundidas, mas que apresentam pequenas diferenças em que pese constituam, de fato, conceitos conexos:

Testamento vital é o documento que contém disposições sobre a assistência médica a ser prestada a paciente terminal, enquanto diretivas antecipadas são disposições sobre tratamentos médicos em geral, dos quais o paciente pode se recuperar ou não. Também se distingue o consentimento informado, como a manifestação dos pacientes capazes, em oposição às chamadas diretivas antecipadas a serem levadas a efeito quanto aos pacientes incapazes.

Como já abordado em tópico anterior, o consentimento informado deve ser fornecido pelo paciente com base em informações prestadas pelo profissional de saúde que o acompanha. Ressalte-se que há inúmeras previsões no que tange ao direito à

informação, em sede constitucional (art. 5º, XIV), bem como disposições que impõe ao médico o dever de prestá-las, presentes em convenções de ética e biomedicina, como mencionado no decorrer do tópico a este respeito. Desta forma, as informações devem ser completas, claras e expor riscos e benefícios dos tratamentos possíveis, além de ser fundamental que haja diálogo e cumplicidade na relação médico-paciente, buscando sempre assumir um caráter humanitário, com confiança e respeito.

O consentimento informado, bem como o testamento vital, representam vias de expressão da autonomia do indivíduo, são as suas disposições de vontade. Embora o testamento vital represente uma conduta mais ativa do indivíduo, constitui expressão do seu consentimento.

Dessa feita, a Resolução nº 1995 do Conselho Federal de Medicina traz a regulação de que carecia o testamento vital, o seu procedimento, bem como coadune com o quanto previsto no Código Civil em seu art. 15º, já exposto anteriormente, ambos servindo à apenas uma finalidade: a concretização da dignidade e autonomia do paciente. A Resolução em tela corporiza perspectivas atinentes ao consentimento informado como a da informação e da capacidade decisória. Além do que, confirma e corrobora para a proeminência assumida pelo princípio da autonomia privada nos casos de que se trata a regência da saúde, da vida e da morte da pessoa, acompanhando a evolução da bioética.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 374) compartilham deste pensamento ao expor que:

O paciente terminal que, no pleno gozo de sua faculdade mental, declarou a sua vontade, deve ter a sua autonomia privada respeitada, a fim de que se efetive a sua dignidade na plenitude. Agora, com o advento da Resolução CFM nº 1.995/12, é válida e eficaz a declaração prévia de vontade em face da premente necessidade de respeitar a autonomia privada do paciente terminal, a partir de preceitos éticos e jurídicos e da terminalidade inexorável da vida humana.

À critério elucidativo vale ressaltar o quanto aludido por Lydia Nunes (2007, p. 108) ao afirmar a viabilização das diretivas de vontade antecipadas do paciente como prática comum em alguns países como Estados Unidos, Austrália do Sul, Nova Zelândia, Canadá, Dinamarca, Alemanha, Suíça e Espanha. Valendo-se das lições de Robert Hunter, aponta o chamado “Living Will Act” como o documento criado nos Estados Unidos em 1983, pioneiro neste sentido, que permitia ao indivíduo

plenamente capaz formular ao médico instruções de como agir caso venha a se tornar incapacitado, diante da possibilidade de ter sua vida mantida artificialmente em quadro de doença terminal.

Não é de hoje que a autonomia e a dignidade humana vêm sendo objetos de atenção e zelo pelos ordenamentos jurídicos internacionais, em que pese no Brasil tenha ganhado destaque e maior apreço por meio da Constituição de 1988, berço da dignidade da pessoa humana como norma fundamental, ressaltada a sua progressiva importância em meio às relações humanas hodiernamente.

Iniciando uma abordagem crítica em torno do procedimento estabelecido pela Resolução em epígrafe, veja-se o que permite seu primeiro artigo:

Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Como já exposto, a autonomia resta como princípio inspirador para a composição da Resolução, de modo que o indivíduo portador de capacidade esteja apto a determinar suas escolhas previamente, já garantindo a proteção de seu interesse acerca de sua saúde.

O art. 2º reafirma a consideração das diretivas antecipadas de vontade do paciente sobre cuidados e tratamentos nos casos em que não mais possua capacidade de comunicação ou discernimento para se manifestar. Mesmo nessas situações, o médico deverá agir de acordo com o quanto declarou preliminarmente o paciente.

Verônica Miranda (2012, p. 58), em manifestação anterior à publicação da Resolução em abordo, expõe como uma questão importante o que se refere à atualidade da declaração prestada pelo paciente, tendo em vista que possa ter sido manifesta há um espaço de tempo consideravelmente remoto, podendo ter havido mudanças na concepção ao longo do tempo.

Em observância a este aspecto, a Resolução deveria ter determinado que, encontrando-se o paciente incapacitado de se manifestar ou expressar, mas havendo um lapso de tempo considerável entre a constituição de seu testamento vital e o acometimento de sua incapacidade ou, em sendo notória a mudança de interesse em relação à decisão outrora manifesta, seja entre familiares ou amigos de seu convívio, bem como comprovada a procedência da referida mudança com

base em testemunhas e até fatos que a demonstrem, restasse defeso o novo posicionamento do paciente, em face da concretização de sua autonomia e de seu melhor interesse ao tempo da ação médica.

Neste sentido manifesta-se Miguel Reale (2013, p. 1) em recente posicionamento, ao analisar este mesmo aspecto temporal acerca da validade da declaração do indivíduo, quando aduz que “cumpre limitar no tempo a eficácia da declaração, pois uma manifestação feita aos 18 anos não poderia prevalecer aos 30, *christian louboutin outlet*, fixando-se prazo de caducidade de cinco anos ou mais”.

Em que pese a Resolução adote uma perspectiva em que as diretivas antecipadas de vontade do paciente sobreponham-se a outros tipos de manifestação posterior a que não compete registro em sede de prontuário médico, abrindo poucas brechas para que sejam considerados aspectos alheios, prevê a consideração pelo médico do quanto exponha o representante determinado pelo paciente como incumbido de decidir em seu nome, como é o caso do parágrafo 1º do art. 2º:

Art. 2º. Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

O parágrafo 2º assume papel relevante no cunho da Resolução, tendo em vista que traz limitações ao cumprimento do quanto determinado pelo paciente como diretiva de vontade antecipada ao prever que “o *médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica*”.

A observância dos preceitos éticos dispostos pelo Código de Ética Médica apresenta-se como fator limitador em relação às vontades do paciente, de modo que este deva ater-se neste sentido ao momento de definir o quanto pretere, sob pena de ter sua decisão desconsiderada pelo profissional de saúde que o acompanha.

O Código de Ética Médica estabelece deveres, vedações e responsabilidades relativas ao profissional de medicina, bem como aspectos peculiares e princípios em que deva ser baseado o exercício da profissão. Estes preceitos visam proteger

o profissional de medicina, mas, sobretudo, estabelecer limites a sua atuação e estimar elementos que possibilitem uma boa relação entre os profissionais da área, bem como entre estes e seus pacientes e familiares. Ao momento em que o médico constate que a decisão do paciente reste em conflito com tais premissas poderá desconsiderá-la. A finalidade deste parágrafo está na proteção do médico diante da possibilidade de que, ao cumprir o quanto manifesto por seu paciente, possa vir a ferir o Código de Ética ao qual está submetido, ou seja, ao qual deve respeito e está sujeito a punições caso aja em contrariedade ao que permeia.

O parágrafo terceiro determina que *“as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”*. Nesta senda, mesmo que reste comprovada a mudança de perspectiva do paciente no que tange a decisão manifesta outrora, não há que se falar em adequar a conduta médica neste sentido. Como já abordado acima, há casos como os que a declaração do paciente tenha mudado no decorrer do tempo, em que pese não a tenha modificado formalmente em seu prontuário, e a Resolução deixa uma lacuna no que tange a impossibilidade da família intervir neste sentido, alertando para a mudança de interesse do paciente, comprovando por vias de fatos ou especulações no âmbito familiar.

Ou seja, de acordo com a Resolução, as diretivas do paciente registradas no prontuário médico prevalecem em detrimento dos desejos familiares e até de qualquer outro instrumento em que conste registro de vontade diversa pelo próprio paciente. Por um lado é positivo este aspecto da norma no que tange a proteção da vontade do paciente sob qualquer aspecto, garantido o cumprimento do quanto registrou antecipadamente. No entanto, diante de casos em que a vontade tenha se modificado, restando registrada em outras vias, alheias a pareceres médicos, ou apontadas pela família, ainda que reiterada e comprovadamente, queda como falível, pois sequer se propõe a analisar a casuística, afirmando-se no sentido de que o prontuário prevalece sobre qualquer hipótese.

Ressalte-se que, como exposto, o parágrafo 1º do aludido artigo traz a determinação de que, em havendo representante previamente estipulado pelo paciente, suas informações devem ser consideradas nos casos em que já esteja inconsciente. Ademais disto, outros meios de expressão da vontade, seja do paciente ou de sua família, não superam as diretivas antecipadas registradas.

Em relação à formalidade determinada pela Resolução no que tange a manifestação de vontade do paciente, assim como determina a Resolução nº 1805 do Conselho Federal de Medicina, o prontuário é apresentado como o documento adequado para que o médico registre a manifestação de vontade do paciente de modo que possa auferir validade, nada é mencionado em relação ao caráter que deva possuir o instrumento de declaração de vontade do paciente, se particular ou público, ou sobre a necessidade de testemunhas ao momento de sua constituição.

Miguel Reale (2013, p. 1) aduz que a Resolução impõe ao médico a posição de “certificador único da verdade”, de forma que reste suficiente o prontuário por ele elaborado como prova da vontade do paciente, o que gera pode vir a trazer problemas ligados à responsabilidade, conquanto, conclui:

A disciplina da resolução quanto ao conteúdo e à forma da diretriz antecipada de vontade é limitada e não poderia mesmo deixar de ser genérica, reconhecendo apenas a validade da manifestação feita pelo paciente ou por seu procurador ao médico que a certifica no prontuário. A previsão normativa reveste-se, portanto, de insuficiência e de risco para o médico.

O texto normativo em que se consubstancia a Resolução comporta certa precariedade em relação há aspectos simplórios que deveriam constar à sua senda. Esta deficiência acarreta falhas elementares, primárias, abrindo lacunas que podem vir a contribuir negativamente ao exercício da profissão médica, no que tange a exiguidade de meios probatórios do quanto definiu o paciente para que constasse em prontuário. Desta forma, deveria o ato normativo ter estipulado aspectos que suprissem esta falha, não valendo-se apenas do quanto registrado em prontuário produzido e executado por um mesmo indivíduo, diga-se o médico, porque desta forma não há como assegurar de fato que o desejo do paciente tenha sido registrado corretamente. Pior ainda é a previsão de que o prontuário prevalece a qualquer outra manifestação de vontade, presumindo-se desta forma ainda que haja substancialidade em relação a sua procedência diante da casuística, porquanto ausente disposição neste sentido.

O parágrafo quarto do art. 2º da Resolução é uma prova do quanto discutido, versando que *“o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente”*. Esta prerrogativa evidencia que não haja qualquer tipo de exigência no sentido de comprovar, além da palavra do médico, que o quanto registrado possui verdade em relação ao

desejo manifestado. Ou seja, deveria haver disposição relativa à presença de testemunhas, por exemplo, que dessem fé ao quanto constante no prontuário. Há a vantagem da facilitação acerca de critérios formais, no sentido que se busque concretizar a vontade do indivíduo sem impor dificuldades, mas esta resta diminuta em relação à necessidade de aspectos que proporcionem mais segurança ao registro das diretivas antecipadas de vontade do paciente.

Em que pese, segundo noticia o site do Jornal Estadão (PACIENTE...2013, p. 1), tenha sido prestadas informações pelo Conselho Federal de Medicina acerca de aspectos relativos ao testamento vital, de que trata a Resolução, como que seja facultativo e esteja disponível para pessoas saudáveis, possa ser constituído a qualquer momento bem como alterado ou revogado, também sobre os indivíduos aptos a constituí-lo como sendo maiores civis e menores emancipados, além de portadores de plena capacidade decisória, e que o registro da vontade dos pacientes poderá constar em ficha médica ou prontuário realizado por médico ou seu assistente não havendo exigência de testemunhas, nada consta no corpo do ato normativo. São aspectos esclarecidos pelo Conselho Federal de Medicina, mas que deveriam fazer-se presentes na Resolução em si, no âmbito de seus artigos.

Novamente reportando-se a abordagem realizada previamente à vigência da Resolução por Verônica Miranda (2012, p. 57), esta faz menção de que no caso em que o paciente não tivesse delimitado de forma expressa as diretivas antecipadas de vontade em termo de testamento vital, conhecida a sua vontade pela sua família acerca de tratamento médico devido à doença terminal, comprometimento de suas faculdades mentais ou até incapacidade absoluta, esta poderia demandar em juízo pela sua satisfação. A Resolução ficou silente também neste sentido, o que é uma pena porquanto interessante que a família pudesse interceder pelo paciente na defesa de sua vontade, já que notória ao seu conhecimento.

No entanto, há que se assinalar que o parágrafo quinto do art. 2º é indubitavelmente de grande valia em relação à preservação do paciente, de sua dignidade. Tendo em vista que, nos casos em que não haja qualquer manifestação do paciente, nem em relação a sua vontade tampouco indicação de representante competente para decidir em seu nome, bem como perante contrariedades no âmbito familiar, ou mesmo a inexistência destes, o médico poderá valer-se da

opinião de instituições da área de saúde voltadas a questões éticas para fundamentar sua decisão:

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Esta previsão disponibiliza ao médico auxílio perante conflitos éticos em que denote a necessidade de apoio na constituição de sua decisão, de forma que, estando o indivíduo alheio a qualquer possibilidade de expressão devido a sua incapacidade, bem como ausente representante ou devida assistência familiar, o profissional sinta ser oportuno e adequado recorrer às instituições sanitárias de abordagem ética. Esta disposição da Resolução, no sentido de facultar ao médico assistência para formulação de decisão a que competia elaborar isoladamente, oferece segurança tanto para o profissional, em saber que conta com apoio para sanear conflitos éticos caso julgue necessário, como é tomada por um viés protetivo da dignidade humana, visto que o indivíduo conta com maior aparato profissional em relação às decisões acerca de sua saúde.

Destarte, a Resolução roga que a determinação das diretivas antecipadas do paciente não pode ser ilimitada, devendo atender ao quanto dispõe, como a observância dos preceitos éticos do Código de Ética Médica e a exigência de que conste em prontuário. Observados os limites impostos, o paciente deve ater-se também para o rigor com o qual suas manifestações de vontade são consideradas e, desta forma, definir clara e cuidadosamente suas diretivas de vontade.

É importante lembrar que a Resolução abarca o registro da vontade do paciente em que pese este só será exercido no caso de estado terminal por infortúnio de enfermidade que o acometa, havendo a garantia de ter respeitada a sua decisão sobre submeter-se ou não a tratamentos infrutíferos, porquanto não promoverão sua cura, apenas adiarão o momento de sua morte. Esta prerrogativa disposta ao paciente pela Resolução o possibilita delimitar os aspectos relativos ao momento da sua morte para que estejam em conluio com o quanto digno. Como já abordado, a Resolução, desta forma, presta tecnicidade ao quanto disposto na Resolução nº 1805/06 do Conselho Federal de Medicina, de que trata o capítulo anterior.

Destarte, observe-se o quanto afirmado pelo Diretor do Conselho Federal de Medicina, Dr. Roberto D'Ávila, segundo notícia do Jornal Estadão (PACIENTE...2013, p. 1), em relação à validade do testamento vital, ponderando que há casos em que não serão consideradas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, dando como exemplo casos de acidente em que haja oportunidade de recuperação, apontando que deverá ser submetido a procedimentos para tentar restabelecer seu estado vital. Colocando-se em posição do paciente, esclarece: “com o documento, eu [paciente] só estou sinalizando que, quando estiver em uma fase terminal crônica, não quero nenhum esforço fútil ou extraordinário”.

A Resolução quista proteger a dignidade do indivíduo através das aludidas premissas e sua validação é, sem dúvidas, uma prova de que o sistema jurídico brasileiro vem assumindo uma postura tendente à recepção de atos normativos neste sentido. Além disto, a Resolução viabiliza que a decisão do paciente seja cumprida dentro da ética e revestida de formalidade por previsão em ato normativo, embora não haja previsão legal a seu respeito.

É neste aspecto que incorre o Dr. Aucélio Gusmão (2013, p. 1) ao manifestar-se acerca da polêmica relativa à ausência de previsão legal em sede de testamento vital:

A controvérsia maior é que como a Resolução é recente, carece de regulamentação no Código Civil, local onde ainda não foi recepcionada. Os médicos que seguirem a mesma não serão naturalmente considerados negligentes. As Resoluções do CFM, embora não tenha força de lei, são consideradas como mandatárias para os médicos. Ao desobedecê-las, pode ser interpretado como quebra do Código de Ética Médica, podendo acarretar sérios contratempos, até cassação da permissão para exercer a Medicina.

Em decorrência, de certeza, muitas celeumas, discussões e ações judiciais acontecerão por divergências entre as partes. Ao médico será obrigatório, nestes casos, esclarecer aos circunstantes sem ardores com a maior clareza possível, quais serão as consequências que advirão da decisão e quais as chances efetivas de cura do paciente.

Em conclusão com o quanto abordado pelo Dr. Gusmão (2013, p. 1), a conclusão de que é necessária a busca por previsão legal a respeito do testamento vital, bem como da ortotanásia, tendo em vista que abarcam questões relacionadas à saúde, vida e morte da pessoa, estando atrelados ao princípio da autonomia e dignidade. Além disso, são temas que passam a se afirmar cada vez mais constantes na sociedade atual diante de inúmeros fatores, como o a tendenciosa conduta do profissional de medicina, por conta do progresso tecnológico, em valer-se de seus

recursos de forma descabida na busca para manter a vida de seu paciente, desconsiderando a futilidade desta perspectiva bem como a sua autonomia.

Nesta senda, a carência de previsão legal acerca do testamento vital e ortotanásia direciona-se para a expectativa de que o selo legal atribuiria segurança jurídica a sua proteção e maior efetividade aos princípios constitucionais com que se relaciona. Afinal, é indiscutível que a criação desses institutos, bem como dos atos normativos que as regulamenta, visa à efetivação da dignidade da pessoa humana, que colaciona o direito a uma vida digna, bem como a uma morte digna, exercício da autonomia e liberdade para promover suas escolhas.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico objetivou demonstrar a existência de um direito a morrer dignamente, ainda que não haja expressão direta no ordenamento, como corolário do direito ao gozo de uma vida com dignidade, através da análise do consentimento informado como forma de expressão da autonomia privada.

Primeiramente, ao analisar o princípio da dignidade humana, sua evolução âmbito jurídico e social, resta afirmá-lo como o princípio que representa a perspectiva contemporânea constitucional. Diante desta nova perspectiva, a dignidade humana passa a ser referencial para a produção e interpretação de todo o ordenamento, exaltando o homem e a sua realização enquanto pessoa digna como seu objetivo precípua.

A elevação do homem ao centro de toda normatividade deve-se às muitas concepções que se formaram ao longo do tempo pelos mais renomados filósofos e doutrinadores, como restou demonstrado, ressaltado Kant como maior influenciador diante da concepção que se formou atualmente. Assim, a dignidade humana, enquanto valor intrínseco do homem, diante de sua razão e moralidade, representando o homem como fim e nunca como meio, foi essencial para a formulação da noção de respeito ao próximo e valoração do ser humano. Nesta senda, cada vez mais a legislação, tanto no âmbito nacional como internacional, passa a ressaltar princípios e direitos fundamentais e humanitários no intuito de proteção e exaltação da pessoa humana.

Também resta concluso que a dignidade assume muitas faces perante a concepção de cada grupo social, cada comunidade cultural, diante de crenças e religiões, devendo haver respeito da sociedade e ordenamento neste sentido, bem como razoabilidade nas práticas peculiares destes grupos em relação ao quanto conste na Constituição.

Diante da importância com que se afirma o homem perante a sociedade, a vida humana passa a ser direito indisponível. Muitas concepções a respeito do conceito de vida e morte surgiram durante o tempo e com a evolução da medicina, descobertas novas perspectivas acerca da vida, as concepções foram evoluindo. Em que pese seja difícil estipular um conceito ideal, hodiernamente o fim da vida

esta vinculado à morte dos centros cerebrais superiores, tendo em vista que sem o seu funcionamento não há possibilidade de vida mental.

A morte é um fenômeno natural, inerente à vida, no entanto não é um assunto que agrade a maioria das pessoas. Há uma cultura no sentido de evitar-se o trato em seu entorno. Resta concluir que a vida e morte guardam uma estreita relação, cada vez mais próxima diante da realidade hodierna no que tange aos avanços tecnológicos, avanços da medicina, bem como da biomedicina e bioética.

Restou concluso acerca de tais avanços que além de trazerem benefícios e tratamentos eficientes na cura de muitas doenças, também possibilitam formas artificiais de manutenção da vida do paciente em estado terminal, submetendo-os muitas vezes a tratamentos dispendiosos e infrutíferos que o expõe a sofrimento desnecessário tendo em vista que a morte é certa.

Diante do estreitamento entre a vida e a morte, foi necessária uma abordagem de institutos em que se coloca em discussão até que ponto a autonomia do paciente poderia ser exercida no que tange o seu direito à vida diante da morte. A eutanásia, fenômeno típico perante o Código Penal, constitui conduta direcionada a promoção da morte do paciente em vistas de interromper o seu sofrimento. A importância diante da elucidação deste conceito gira em torno da sua diferenciação da ortotanásia, que constitui a suspensão de tratamentos direcionados ao prolongamento do processo de morte diante do estado terminal do paciente, deixando apenas que a morte siga seu curso naturalmente, aliado a cuidados paliativos visando à sua dignidade nos últimos momentos de vida.

A autonomia privada é também abordada em vista da sua importância extrema para a construção da presente pesquisa. A autonomia é um princípio ligado à dignidade da pessoa humana, de modo que através de seu exercício, o ser humano está gozando da sua dignidade. A liberdade para exprimir sua vontade acerca de sua morte é um dos pontos mais importantes deste trabalho. O direito à vida digna, através apenas de uma interpretação em que se considere este direito estendido ao momento da morte, dá ao indivíduo o poder de determinar a sua morte diante do quanto conceba sua dignidade.

O direito à morte digna não precisa de expressão legal para que reste reconhecido, pois não haveria razão sob a perspectiva de que o indivíduo possa construir sua

personalidade e seus valores gozando de uma vida com dignidade e não possa assim proceder no momento em que esteja diante de sua morte. Em que pese haja muitos tratados e normas internacionais no sentido do reconhecimento do direito à morte digna conquanto corroborem e consubstanciem sua existência, como demonstrado no capítulo específico, o que, de fato, ajuda na militância a este respeito, ainda que não existisse qualquer via normativa que assim sustentasse, ainda assim há que ser reconhecido o direito à morte digna.

A morte com dignidade é apenas uma ilação da vida gozada dignamente, o que está assegurado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser reconhecida em prol da autonomia do indivíduo, o que já se inicia por meio de atos normativos cada vez mais comuns neste intuito diante do contexto social em que cresce a abordagem da bioética.

Assim traz-se a abordagem do consentimento informado como a expressão da vontade do indivíduo, a afirmação de sua autonomia, encontrando reconhecimento pelo Código Civil de 2002 através do quanto disposto em seu art. 15º, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. É essencial que o paciente possa manifestar-se, expressar sua vontade, que deve ser respeitada pelo médico.

O consentimento informado é permeado por diversas previsões de Conselhos éticos da área de saúde que determinam a autonomia do paciente e diversos deveres do médico em relação aos cuidados prestados, bem como princípios que devam reger a relação. O que se preza é o diálogo, cumplicidade, informação. A informação é, junto à capacidade decisória, um dos aspectos mais importantes em torno do consentimento, sendo muito relevante para a formulação da decisão do paciente, devendo ser prestada de forma efetiva pelo profissional que o acompanha. A capacidade decisória tem superado os aspectos meramente legais determinantes da capacidade civil em sede de consentimento informado, sendo avaliada pelo médico diante do caso concreto, o que é extremamente importante para o devido exercício da autonomia. Tendo em vista os casos de incapacidade, muitas discussões sustentam polêmica no que tange aos representantes que agem em nome do paciente terminal, já que as decisões a este respeito quedam bastante delicadas. Deve haver muita cautela na escolha dos representantes, tantos nos casos em que a lei determine para suprir a ausência dos pais, bem como quando

seja a critério convencional, eleito pelo próprio paciente ainda sobre o gozo de sua capacidade.

É necessário que haja limites em relação à autonomia neste sentido, como abordado durante o trabalho, o que preserva o ordenamento e promove a ordem social, porquanto nenhuma conduta ilimitada resta positiva. No entanto, respeitados os critérios legais, a autonomia privada deve ser considerada através da expressão de vontade do paciente, sendo este o maior interessado em reger sua saúde, analisar suas possibilidades e, assim, direcionar a sua morte com dignidade.

Neste texto, a publicação das Resoluções do Conselho Federal de Medicina vem reforçar o direito à morte digna. A Resolução nº 1805/2006, ao autorizar a prática da ortotanásia, permite que o indivíduo expresse seu consentimento informado nos casos de estado terminal em que não queria se expor a tratamento infrutífero e penoso, o que claramente denota a preservação da sua dignidade e direito a uma morte digna. A Resolução 1995/2012, além de determinar a tecnicidade acerca da nº 1805, traz novas possibilidades acerca das diretivas antecipadas de vontade do paciente, o que fundamenta ainda mais o seu direito a morrer com autonomia e dignidade. As resoluções referidas dão alguma formalidade, tendo em vista constituírem normas jurídicas, porém não oferecem a segurança jurídica a que merecem o tratamento dos assuntos aos quais abordam enquanto temas de relevante interesse para a sociedade atual, que, além de tudo, guardam grande fragilidade porquanto referentes a aspectos da vida e morte dos indivíduos e, portanto, militam atualmente por legislação própria.

É necessário que o ordenamento disponha sobre a ortotanásia e testamento vital, tendo em vista que ligados ao consentimento informado, já identificado nos lindes do código civil, apenas reforçando que o direito à morte digna seja interpretado neste acordo. O reconhecimento desse direito deve ser perseguido para que a dignidade da pessoa humana possa concretizar-se plenamente, bem como a autonomia perante a morte digna.

Neste sentido, a exaltação do homem como arquétipo valorativo, centro e finalidade de todo o ordenamento, consubstancia e encorpa o princípio da dignidade humana, ao qual deva se render toda a legislação. A ortotanásia e testamento vital, este como expressão do consentimento informado, rogam pela

devida importância jurídica a que fazem jus, ou seja, disposição perante o ordenamento. As premissas em relação à dignidade reforçam tais institutos como plenamente constitucionais, merecendo legislação que os positivem.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Jeovanna Viana. **Ensaio Clínicos**, 8, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, Edson de Oliveira. **A ortotanásia e o direito brasileiro**- A Resolução CFM N. 1.805/2006 e algumas considerações preliminares à luz do biodireito brasileiro. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/82/Art03.pdf>. Acesso em: 17/05/2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, vol. 797, mar., 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil brasileiro interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. Relevância jurídica do consentimento informado prestado por representação legal e convencional. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Org.). **Ciclo de Conferências em Bioética I**, p. 111-119, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Bioética, biodireito e consentimento informado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 41, p. 21-43, Rio de Janeiro: Padma, jan./mar., 2010.

BÉRGAMO, Wandercy. O direito à verdade ao doente. **Revista Brasileira de Bioética**, vol. 1, nº1, p. 75-79, Brasília- DF: SBB- Sociedade Brasileira de Bioética, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Org. de Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Bahia: Jus Podivm, 2008.

BUGLIONE, Samantha. **Direito, ética e bioética. Fragmentos do cotidiano**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia**. Comentários À Resolução 1.805 de 2006 CFM. Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Alguns aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no direito penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 798, ano 91, 2002.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em: 17/05/2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Justiça valida a resolução do CFM sobre ortotanásia**. Disponível em: http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21057:justica-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3. Acesso em: 17/05/2013.

CRUZ, Pedro Meira e. **Saúde: o direito à segunda opinião médica**. Disponível em: <http://www.advocatus.pt/opiniao/7281-saude-o-direito-a-segunda-opiniao-medica->. Acesso em: 17/05/2013.

CUIDADOS paliativos. **Instituto Nacional de Câncer**. Disponível em: http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=474. Acesso em: 17/05/2013.

DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência- A dignidade da pessoa humana- A ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GAUER, Gabriel Chittó; VASCONCELLOS, Silvio José Lemos; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Determinando a competência dos pacientes. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Org.). **Ciclo de Conferências em Bioética I**, p. 139-156, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia**. Novas Considerações Penais. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

GUSMÃO, Aucélio. **Testamento Vital**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23585:testamento-vital&catid=46:artigos&Itemid=18. Acesso em: 17/05/2013.

GUSTIN, Miracy. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HINTERMEYER, Pascal. **Eutanásia. A dignidade em questão**. São Paulo: Loyola, 2006.

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

MINAHIM, Maria Auxiliadora. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo. (Org.). **Novos temas de biodireito e bioética**, p. 100-123, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Carta dos Direitos do Doente Internado**. Disponível em: http://www.ordemenfermeiros.pt/legislacao/Documents/LegislacaoSaude/Carta_Direitos_Doente_Internado.pdf. Acesso em: 17/05/2013.

MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O testamento Vital. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 14, n.74, p. 53-71, São Paulo: IOB, out. /nov., 2012

MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 29, ano 8, p. 95-110, Rio de Janeiro: Padma, jan./mar., 2007.

ORDEIG, Enrique Gimbernart. **Vida e Morte no Direito Penal**: (estudos sobre eutanásia, pena de morte e aborto). São Paulo: Manole, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 17/05/2013.

PACIENTE poderá registrar quais procedimentos quer no fim da vida. **Jornal Estadão**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,paciente-podera-registrar-quais-procedimentos-quer-no-fim-da-vida,923700,0.htm>. Acesso em: 17/05/2013.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do Direito como integridade**. São Paulo: LTR, 2009.

PESSINI, Leocir. **Distanásia. Até quando prolongar a vida**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo, 2008.

PITHAN, Lívia Haygert; BERNARDES, Fabrício Benites; PIRES FILHO, Luiz Alberto. Capacidade decisória do paciente: aspectos jurídicos e bioéticos. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Org.). **Ciclo de Conferências em Bioética I**, p. 128-137, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PORTUGAL. **Código Penal Português.** Disponível em: www.portolegal.com/CPENAL.htm. Acesso em: 17/05/2013.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**, p. 121-132, São Paulo: Método, 2008.

REALE JR., Miguel. **Opinião: Testamento Vital.** Disponível em: <http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=10576>. Acesso em: 17/05/2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 252, Rio de Janeiro: FGV, p.15-24, set./dez., 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** Belo Horizonte, Interesse Público, v. 1, n. 4, out. 1999.

RODOTÀ, Stefano. **Perché laico.** Roma-Bari: Laterza, 2009.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Consentimento informado- pedra angular da responsabilidade criminal do médico. In: OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). **Direito da medicina.** Coimbra: Coimbra Editora/ Centro de Direito Biomédico, 2002.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Incapacidade, curatela e autonomia privada. Estudos no marco do Estado Democrático de Direito.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Privado), Faculdade Mineira de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 197 f., 2007.

ROHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTIN, Janaína Rigo. A constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos de Minas**, ano 9, n. 9, p. 117-124, Patos de Minas: Centro Universitário de Patos de Minas, out., 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHRAMM, Jenice Pires Moreira da Silva. A dignidade da pessoa humana como valor fundante de toda a experiência ética e a sua concretização através das decisões do STF. **Revista de direito constitucional e internacional**, ano 18, nº 72, p.162-175, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2010.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 89-94, Rio de Janeiro: Renovar Ltda., abr./jun., 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Atualizado até a EC nº52/2006. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SMANIO, Poggio Gianpaolo. Eutanásia. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Rio de Janeiro: ano 4, n. 24, 24 jun, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**. Temas de Direito Civil. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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