

O DIREITO À MORTE DIGNA

THE RIGHT TO A DIGNIFIED DEATH

Laura Rheinheimer Dinel*

Daniela Gomes**

RESUMO

A existência e o reconhecimento do “direito” à morte digna a pacientes terminais passou a ser evidenciado na seara jurídica em razão da elaboração e aplicação da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que, ao abordar os aspectos éticos da realização da ortotanásia no Brasil, implementa o Testamento Vital a partir das Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, visando, na relação ética entre médico-paciente, garantir a dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia de vontade. Dessa forma, o presente trabalho visa analisar a possibilidade de reconhecimento da morte digna enquanto direito e sua legalidade frente à legislação brasileira, a partir da interpretação da extensão do direito à vida, atrelado aos princípios constitucionais e princípios da bioética e do biodireito. Assim sendo, para a consecução da presente proposta, utiliza-se o método de abordagem dialético por tratar-se do embate entre a legalidade ou ilegalidade do “direito” à morte digna frente à legislação brasileira, adotando-se como referencial teórico a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: autonomia da vontade; dignidade da pessoa humana; direito à morte digna; ortotanásia; testamento vital.

ABSTRACT

The existence and recognition of the “right” to a dignified death to terminally ill patients has become evident in the legal harvest due to the development and implementation of Resolution n. 1.995/2012 of the Federal Medical Council, which, in addressing the ethical aspects of the

* Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: laura.rdinel@hotmail.com.

** Doutoranda em Direito pela Estácio de Sá – UNESA. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Docente da Graduação em Direito e da Pós-Graduação da Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: danielagomes@imed.edu.br.

implementation of orthothanasia in Brazil, implements the Living Will from Advance Directives of the will of the patient, aiming at ethical relationship between doctor and patient, ensure the dignity the human person and the principle of autonomy of will. Thus, this study aims to examine the possibility of recognition of dignified death as a right and front of legality to Brazilian law, from the interpretation of the extension of the right to life, linked to the constitutional principles and principles of bioethics and biolaw. Therefore, to achieve this proposal, we use the dialectical method of approach because it is the clash between the legality or illegality of the “right” to decent face death to Brazilian law, if adopted as theoretical reference the dignity of human person.

Keywords: autonomy of will; dignity of human person; right to a dignified death; orthothanasia; living will.

INTRODUÇÃO

Não é tarefa fácil tratar de um tema diretamente relacionado às questões ético-jurídicas diante do avanço da medicina e cuja escolha foi baseada na polêmica sobre o início e o fim da vida. A legalidade ou ilegalidade do reconhecimento do direito à morte digna acarreta, necessariamente, a avaliação acerca de até onde a legislação brasileira poderá interferir no direito à morte digna.

246

Trabalhar com o tema do direito à morte digna envolve alguns princípios constitucionais que suscitam uma discussão, pois, tratando-se do direito à vida e suposto direito à morte digna, devem ser respeitados a dignidade humana e o princípio da autonomia de vontade, uma vez que esse tipo de situação acarreta grandes problemas, principalmente quando envolve pacientes terminais, que são impossibilitados de decidir por si a “hora de morrer”. Assim, torna-se necessário que este tema seja discutido para que os seres humanos possam usufruir da dignidade humana e tomar decisões sobre o direito de viver ou morrer, não ferindo, portanto, os princípios constitucionais e os do biodireito e que seja adequado, na legislação brasileira, o direito à morte digna.

Tendo em vista que o presente trabalho fará uma discussão entre o embate da legalidade ou ilegalidade do direito à morte digna e a legislação brasileira, o método de abordagem aplicado será o dialético por se tratar do embate entre a legalidade ou ilegalidade do direito à morte digna frente à legislação brasileira, que contempla o direito à vida. O direito à morte digna deve ser debatido, pois representa uma contradição na Constituição Federal que enfoca tão somente o direito à vida, e não o direito de morrer com dignidade, deixando de preservar o princípio da dignidade humana.

O tema da legalidade ou ilegalidade do direito à morte digna, diante de uma possível alteração na legislação brasileira, abarca uma discussão atual e necessária,

por traduzir um direito não existente na Constituição Brasileira, no que diz respeito apenas ao direito à vida, deixando a desejar quanto ao princípio da autonomia de decidir sobre até quando viver. Nesse sentido, do ponto de vista da legalidade ou ilegalidade do direito à morte digna, é importante analisar até que ponto o Estado pode interferir na decisão do indivíduo de morrer, deixando ocultos os princípios da autonomia de vontade e da dignidade humana. Em relação a tais aspectos, será abordado o motivo do reconhecimento do direito à morte digna, garantindo, assim, os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade, devendo, então, o Estado dar uma resposta quanto ao fato de existir apenas o direito à vida, e não o direito à morte digna também, pois deveria existir um equilíbrio nessa relação para não ferir os princípios.

Contudo, o problema de pesquisa será baseado na possibilidade de reconhecimento do direito à morte digna frente à legislação brasileira, bem como, na análise da legalidade ou ilegalidade de tal reconhecimento, sempre levando em consideração a dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia de vontade. Diante disso, cabe destacar que o referencial teórico da presente problemática é o princípio da dignidade humana, conceituado no art. 1º, III, da Constituição Federal, tendo em vista a possibilidade de interpretação do direito à morte digna a partir deste princípio.

A DISTINÇÃO ENTRE EUTANÁSIA, MISTANÁSIA, DISTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO E ORTOTANÁSIA

247

Para uma melhor compreensão do direito à morte digna, é necessário destacar a diferenciação de alguns termos com enfoque para eutanásia, mistanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia.

Primeiramente, cabe referir que a eutanásia, conforme citado por Santoro, “é o ato de privar a vida de outra pessoa acometida por uma afecção incurável, por piedade e em seu interesse, para acabar com seus sofrimentos e dor”¹. Importante destacar que essa prática é efetivada de forma indolor e descartada se a doença for curável.

A visão de Pessini é contrária à de Santoro, pois Pessini trata a eutanásia como o termo usado para zelar pelo princípio da dignidade humana no caso de pessoa que está sofrendo com alguma doença terminal e que sabe que não haver recursos para a cura. Nessa situação, protege-se o ser humano do sofrimento contínuo, sendo possível a morte “antecipada”². Essa circunstância enseja uma

¹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 117.

² PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 67-70.

enorme discussão, pois o resultado, por mais que seja de louvor e compaixão com o paciente, acaba antecipando sua morte, o que não é um fator positivo. Além disso, fere profundamente a dignidade da pessoa humana, desconsiderando preceitos fundamentais da Constituição Brasileira.

Cumprе ressaltar que, no Brasil, esse ato não é legalizado tendo em vista que viola princípios constitucionais. Diferentemente, em outros países como a Holanda, mediante a Lei de Cessação da Vida e do Suicídio Assistido (2002) e na Bélgica, onde o Parlamento autorizou a eutanásia também em 2002, esta é considerada “o ato realizado por terceiros que faz cessar intencionalmente a vida de uma pessoa, a pedido desta”³.

A mistanásia é o termo empregado para designar a situação em que a pessoa vem a óbito por falta de atendimento médico, erro médico e também quando recebe um atendimento não digno, passando pela má prática de alguns profissionais. Esse tipo de situação ocorre principalmente com pessoas de classe social considerada baixa, muitas vezes levando-as a uma morte antecipada, ressalta Santoro, ao comentar o entendimento de Leonard Martin:

Na grande categoria de mistanásia, quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chega a ser paciente, que não consegue ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de más práticas por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos⁴.

Além disso, existem inúmeras práticas intencionais que levam os pacientes à morte precoce, deixando de lado o princípio da dignidade da pessoa humana, como a falta de prestação de cuidados necessários a idosos e pacientes terminais provocando a morte intencional, a retirada de órgãos de pacientes mesmo antes de comprovada a morte encefálica, o que se configura em crime, conforme previsto na Lei n. 9.437/97, em seu art. 14, entre outras⁵.

A distanásia é usada para, ao contrário da eutanásia, prolongar o máximo possível a vida do ser humano, deixando de lado a dignidade da pessoa humana na ocasião em que se adia artificialmente o momento da morte, acarretando sofrimento desnecessário. Essa situação é caracteriza pelo tratamento fútil e

³ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 122.

⁴ MARTIN apud SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 126.

⁵ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 126-128.

inútil, pois é de conhecimento notório que não há mais o que fazer para salvar a vida do paciente e, mesmo assim, busca-se adiar, com medicamentos, a morte natural. A consequência acaba sendo o desrespeito do direito à vida digna, também podendo ser dito que, em vez de prolongar a vida, o que se prolonga é o processo da morte.

Ademais, a distanásia se tornou muito polêmica porque, mediante a evolução tecnológica, passou a possibilitar a decisão de prolongar ou não a vida humana. Nesse sentido, importante destacar as palavras de Pessini ao referir que “na luta pela vida, em circunstâncias de morte iminente e inevitável, a utilização de todo um arsenal tecnológico disponível traduz-se em obstinação terapêutica que, ao negar a dimensão da morte, submete a pessoa a uma morte dolorosa”⁶.

Nesse aspecto, a decisão do médico se torna imprescindível, pois esse profissional tem de zelar pelo não sofrimento, tanto do paciente quanto de seus familiares, uma vez que nem sempre a preservação da vida significa o alívio da dor, pois adiar o processo natural da morte não quer dizer que se está tomando a decisão certa, tendo em vista que o paciente nada mais sente, trazendo, assim, o sofrimento desnecessário para os familiares.

Conforme citado por Santoro, o médico foi preparado para auxiliar na melhoria da qualidade de vida de seus pacientes e na tentativa de salvar vidas, portanto, muitas vezes, esse profissional se recusa a aceitar a morte do paciente. O falecimento de um paciente, para o médico, é considerado um fracasso profissional, assim, o profissional acaba submetendo o paciente a uma tortura, fazendo-o sofrer uma morte lenta. Tal situação quando não há tratamento e ou cura para a doença do paciente. De tal modo, é possível dizer que o médico não pode violar os princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana, tratando de forma desumana seu paciente buscando reconhecimento por alegadas atitudes heroicas⁷.

Outro termo bastante relevante é a ortotanásia⁸, que, ao contrário da eutanásia que encurta a vida e da distanásia que a prolonga, faz a morte ocorrer no momento em que seria “certo”, com a “ajuda” do médico no processo, sem utilizar medicamentos e tecnologias para manter o paciente vivo (sem submetê-lo a um tratamento que prolongaria a vida e sempre evitando que ele sofra), possibilitando a ele uma morte digna, sem tortura ou sofrimento. Importante destacar as palavras de Pessini:

⁶ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 32.

⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 128-131.

⁸ A ortotanásia também designa o que se chama hoje, pela a Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, diretiva antecipada da vontade do paciente ou testamento vital.

A ortotanásia permite ao doente que já entrou na fase final e àqueles que o cercam enfrentar a morte com certa tranquilidade, porque, nessa perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito esse fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre cuidar e curar, entre manter a vida quando isso é o procedimento correto e permitir que a pessoa morra quando sua hora chegou⁹.

Conforme salientado por Santoro, a verdadeira boa morte decorre da ortotanásia, pois o paciente poderá morrer com dignidade, no tempo certo, sem precisar prolongar ou encurtar a vida, já que a morte é o curso normal da vida e todos passarão por esse momento.

E, por fim, o suicídio assistido motivado pela descoberta de uma doença incurável que traz grande dor e sofrimento para o “paciente”. O termo representa um ato de morte praticado pelo próprio paciente, auxiliado por outras pessoas, como mostrado no filme “Mar Adentro” em que um homem tem uma doença terminal e planeja a própria morte, tendo assistência de outras pessoas movidas por testemunhar o sofrimento dele. Cano e Casabona chamam esse comportamento de autoeutanasia, que encurta a vida da pessoa como na eutanásia, diferenciando-se aquele por, em vez de efetuada pelo profissional da área médica, é consumada pelo próprio paciente¹⁰.

Importante destacar que, para ser reconhecida por suicídio assistido, é necessário que haja a assistência de um terceiro, ou será considerada apenas suicídio. A participação de um terceiro se dá pelo ato de induzir, instigar ou fornecer materiais ao doente para que este consiga se matar.

No Brasil, aquele que auxiliar a prática do suicídio, mesmo que por motivos de eutanásia, responderá pelo crime previsto no art. 122 do Código Penal, qual seja, “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, cuja pena – reclusão de dois a seis anos, se o suicídio se consumar; ou reclusão de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”.

A ORTOTANÁSIA E O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

A ortotanásia, conforme destacado anteriormente, é o ato médico correto, frente a uma morte inevitável, não prolongando indevidamente a vida do paciente. Esse termo foi discutido e “legalizado” recentemente no Brasil por meio da

⁹ PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?*, p. 225.

¹⁰ CANO; CASABONA apud SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 123-124.

Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, que julgou improcedente o pedido do Ministério Público (MP) que alegou que o Conselho Federal de Medicina (CFM) não teria o poder de estabelecer como conduta ética a realização de ortotanásia. A argumentação do MP é no sentido de reconhecer que tal conduta é tipificada como crime e que a Resolução n. 1.805/2006 do CFM, que no art. 1º “permite o 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”, está permitindo a violação do direito fundamental à vida.

Outrossim, a função do médico é externada pelo dever de cuidar do paciente, garantindo-lhe uma morte tranquila e indolor, no exercício correto do direito à morte digna, o que deveria ser incluído na Constituição Federal. São sábias as palavras de Maria Elisa Villas-Bôas:

A ortotanásia se efetiva mediante as condutas médicas restritivas, em que se limita o uso de certos recursos, por serem medicamentos inadequados e não indicados *in casu*. Mais do que uma atitude, a ortotanásia é um ideal a ser buscado pela Medicina e pelo Direito, dentro da inegabilidade da condição de mortalidade humana¹¹.

Ou seja, por meio da ortotanásia, além de o profissional da área médica estar zelando pelo cuidado ao paciente, está garantindo seu direito de exercer da melhor maneira sua profissão, preservando seu juramento de decidir pelo que é melhor para o paciente em tratamento.

Na Ação Civil Pública, o Conselho Federal de Medicina agravou, alegando que “a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna”.

Além disso, no Brasil existe um anteprojeto da reforma do Código Penal (PL n. 236/2012), que inclui, no seu art. 121, a ortotanásia como causa de exclusão de ilicitude:

Exclusão de ilicitude

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

¹¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 74.

Conforme mencionado por Santoro, existem dois projetos de lei que tramitam sob os n. 4.662/81 e 732/83, que possibilitam o desligamento dos aparelhos ou omissão de remédios, desde que comprovada a inutilidade do prolongamento da vida¹².

Importante destacar que, no Código Civil Brasileiro, o termo “testamento” é utilizado para garantir a vontade da pessoa em deixar um bem para algum terceiro, ainda em vida, sendo realizado via cartório, na presença de duas testemunhas e do tabelião ou algum substituto. O testamento vital, por sua vez, serve para expressar a vontade do paciente quanto à conduta que o médico deverá seguir, não sendo nada mais do que uma declaração feita pelo paciente, podendo, em caso de este estar impossibilitado de expressar sua vontade, nomear um procurador para expressar sua vontade, assegurando, assim, o direito à morte digna por ocasião da evolução de uma doença incurável e terminal.

O surgimento do testamento vital ocorreu nos Estados Unidos por intermédio de Luis Kutner, para que fosse uma proteção do direito individual, permitindo que o paciente, em sã consciência, pudesse recusar a se submeter a procedimentos artificiais se estivesse em estado terminal, não prolongando, então, a sua vida de maneira sofrida, ou seja, não sendo submetido à distanásia¹³.

252

Além disso, o testamento vital merece um destaque, pois é um documento importante para médicos que realizarão certos procedimentos em determinados pacientes. Ele serve para que o paciente possa expor sua vontade de se submeter ou não a tratamentos que possam prolongar a sua vida. Importante destacar que, para ser realizado o testamento vital, o testador tem de ser maior de idade e estar gozando de saúde plena mental¹⁴.

No Brasil, o testamento vital ainda não está incluído na legislação brasileira, mas, na Constituição Brasileira existem inúmeros princípios (entre eles, estão os princípios da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana; a proibição de tratamento desumano, degradante e cruel; o direito à vida) que possibilitam a interpretação favorável à sua validade.

Cumprido salientar ainda que, após o desfecho da Ação Civil Pública, mesmo tendo a decisão sido favorável ao CFM, no ano de 2012, houve o remodelamento da Resolução anterior e sua transformação na sua Resolução n. 1.995/2012, que

¹² SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, 2012.

¹³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹⁴ GOMES, Luiz Flavio. *Testamento vital e a ortotanásia*. Disponível em: <<http://professorlfg.jus-brasil.com.br/artigos/121929832/testamento-vital-e-a-ortotanasia>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

no seu art. 1º, define “as diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamento que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre ou autonomamente, sua vontade”. Também nessa nova Resolução, em seu art. 2º, §§ 3º e 4º, passou-se a informar que as diretivas de vontade do paciente prevalecerão mesmo sobre a vontade dos familiares e que, no prontuário médico, estarão as diretivas da vontade informadas ao médico pelo paciente.

Ressalta-se que no ano de 2014, no Estado de São Paulo, uma ação judicial, proposta por uma advogada que requereu o direito à morte natural, sem que houvesse o prolongamento da vida com aparelhos, apenas com medicamentos para evitar a dor, teve decisão julgada procedente. Para o país, esse é um grande avanço, em que a pessoa com plena capacidade civil e mental possa optar pela ortotanásia, facilitando ainda mais viabilizar o testamento vital, não transferindo, para os familiares, a responsabilidade de decidir utilizar ou não meios artificiais para prolongar a vida de um paciente.

O direito à realização da ortotanásia e à viabilização do testamento vital deveriam ser reconhecidos na Legislação Brasileira, e não somente na Resolução do CFM, pois o testamento vital estará permitindo o pleno exercício da autonomia da vontade, não passando a responsabilidade de escolha sobre o que fazer, em caso de situações críticas, para familiares ou responsáveis. Ademais, a ortotanásia, enquanto medida adotada somente para casos de pacientes terminais, garante que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, pois a morte é uma inevitável realidade na vida pela qual todos terão de passar e que não precisa trazer ainda mais sofrimento. Assim sendo, deve ser reconhecido o direito à morte digna, não trazendo mais sofrimento e dor para o paciente em estado terminal, pois nem sempre estar vivo é estar valorizando a vida ou tendo a dignidade garantida

253

O DIREITO À VIDA

No que tange ao direito à vida, para bem desenvolvê-lo neste tópico, é imprescindível destacar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, para, assim, adentrar no direito à vida elencado no art. 5º da Constituição Federal Brasileira.

Pode-se dizer que a Declaração Francesa de 1789, também chamada de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, baseou-se na Declaração Americana de 1776, reconhecendo os direitos naturais, como a liberdade, a segurança, a propriedade e a igualdade entre os humanos, tratando todos da mesma forma. Importante destacar o seu art. 1º, que estabelece que “os homens nascem

e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum”¹⁵.

Por conseguinte, já no ano de 1948, a Declaração dos Direitos do Homem, mais precisamente em seu art. 3º, evidenciou que “todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e, em seu art. 25, reconheceu que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”. Ou seja, desde meados de 1948 já se reconhece o direito de o ser humano ter direito à vida, pois sem vida não seria necessária uma Declaração, e, além disso, assegurar uma vida digna, para todos os membros da família, garantindo também o direito à saúde.

Surge, ainda, no ano de 1966, mas apenas reconhecido em 1976, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, destacando o direito à vida, o direito de não ser submetido à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito de não ser escravizado, nem submetido à servidão; os direitos à liberdade e à segurança pessoal e a não ser sujeito à prisão; o direito a julgamento justo; igualdade perante a lei; proteção na vida privada; liberdade de movimento; nacionalidade; formação de família; liberdade de pensamento e religião; liberdade de expressão; liberdade de associação; direito de aderir a sindicatos; e o direito de votar e fazer parte do Governo¹⁶.

254

Por fim, em 1969, foi assinada, em San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que entrou em vigor apenas no ano de 1978. Esse documento não difere muito do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, garantindo, assim, o direito à personalidade jurídica, à vida, à liberdade, a julgamento justo, à privacidade, o de não ser submetido à escravidão, o direito de compensação em caso de erro ocorrido no judiciário, o direito de expressão e resposta, o de residência, o de igualdade perante a lei e o de proteção judiciária¹⁷. Nesse ponto, merece destaque seu art. 4º, I, pois trata com maior precisão o direito à vida, portanto: “Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser provado da vida arbitrariamente”.

Diante disso, o direito à vida, sem dúvida alguma, é de extrema importância, pois, além de ser um direito reconhecido há muito tempo, encontra-se descrito na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, garantindo a todos o direito de viver

¹⁵ SENADO FRANCÊS. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 324.

com dignidade, alcançando, dessa maneira, um valor fundamental para o ordenamento jurídico como um todo.

Moraes é claro em afirmar que a Constituição Federal garante o direito à vida, devendo, então, assegurar o direito de continuar vivo e o de ter uma vida digna e de ter meios de subsistência, ou seja, nem sempre adianta estar vivo sem possuir uma vida digna, como é o caso de pacientes terminais. Além disso, ainda cita que o direito à vida deve ser adequado com a condição humana, garantindo a todos a alimentação, vestuário, assistência médica e odontológica, educação, cultura, lazer desde que em condições vitais, respeitando, assim, a dignidade da pessoa humana¹⁸.

Conforme as palavras de Santoro, o direito à vida não é um direito absoluto, uma vez que, em inúmeras situações, uma pessoa tira a vida de outra sem vir a responder por isso com a restrição de sua liberdade, como é o caso da legítima defesa¹⁹. Outra ocasião que remete à vida como um direito fundamental sem ser absoluto é a possibilidade de realização do aborto em caso de estupro e de risco de vida para a gestante.

Contudo, infelizmente a Constituição Federal reconhece apenas o direito à vida (que não é um direito absoluto) esquecendo-se de incluir no rol de direitos fundamentais o direito à morte digna. Frente a isso, um questionamento fica aberto: de que adianta um paciente terminal passar por sofrimento enorme, tanto moral quanto físico para continuar vivo, se essa vida não lhe garante dignidade?

Nesse sentido, é importante destacar as palavras de Röhe:

Uma “boa morte” **pode mesmo significar a valorização da própria vida**, como um bem supremo, a ser preservado e protegido da prática homicida [...]. Morrer com dignidade, enfim, significa dar ao paciente incurável a autorização para morrer com nobreza e integridade, longe do fantasma da existência humana degradante. É o agir por “compaixão”.
(grifo do autor)²⁰

Portanto, garantindo-se apenas o direito à vida não significa que a vida está sendo valorizada da maneira que deveria, pois, desse modo, está se obrigando um paciente a permanecer vivo ligado a aparelhos, perpetuando o seu sofrimento, violando, portanto, a liberdade de livre escolha do paciente (o exercício de sua autonomia).

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

¹⁹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 130.

²⁰ RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 31.

Ademais, se o direito à vida não é absoluto, o fato de ser um direito relativo talvez seja consequência de o ordenamento jurídico, reflexamente, permitir a interpretação e reconhecimento do direito à morte digna.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com o escopo de tratar a (i)legalidade do direito à morte digna, é necessário entender os princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, entre eles merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar do valor moral de uma pessoa, garantindo o direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem.

Primeiramente, importante destacar as palavras de Borges que, ao abordar o sentido do princípio da dignidade humana, sinaliza que este diz respeito aos sentimentos dos seres humanos, dependendo de sua consciência e características físicas, trazendo como seu principal pressuposto a qualidade de humano²¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º da Constituição Federal, na condição de fundamento da República Federativa brasileira, bem como o direito à vida, garantido no art. 5º, têm estreita relação, pois, enquanto existir vida, o princípio da dignidade humana também subsiste para, assim, garantir as condições existenciais mínimas.

256

Ana Maria Marcos Del Cano entende que a dignidade da pessoa humana está expressa não somente na forma de viver, mas também na de morrer, ou seja, entende que o direito à vida não é um dever, e sim uma garantia fundamental²².

Santoro salienta que “quando a vida não puder mais ser preservada, sendo a morte iminente e inevitável, deve o médico adotar as medidas necessárias para a preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, não submetendo o paciente a tratamento fútil”, ou seja, se não existir nenhuma possibilidade de melhora do paciente, deve o médico garantir a dignidade da pessoa humana, não deixando o paciente e seus familiares sofrer, garantindo, desse modo, uma morte digna. Ademais, existindo alguma chance de cura, é dever do médico assegurar o direito à saúde, conseqüentemente, garantindo o direito à vida²³. Além disso, deve-se garantir a qualidade de vida, e não a quantidade.

Ademais, o princípio da dignidade humana, sem dúvida alguma, é um dos princípios mais importantes, pois zela diretamente pelos seres humanos, desde

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15-16.

²² DEL CANO apud SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 78.

²³ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 83-85.

o início da vida até o fim. Ocorre que, muitas vezes, o profissional da área médica, por entender a morte como um fracasso em sua carreira profissional luta inutilmente pela preservação da vida, trazendo para o paciente condições de vida desumanas, não garantindo, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição Federal. Nesse sentido, são sábias as palavras de Santoro:

Os avanços tecnológicos acabam por fomentar o prolongamento da vida uma vez que, se, de um lado, são indispensáveis às novas descobertas para o tratamento de doenças, por outro, possibilitam a manutenção quantitativa da vida, ainda que sem qualquer qualidade, é dizer, sem respeitar a dignidade da pessoa humana²⁴.

Portanto, a partir do exposto, uma vez garantido apenas o direito à vida, deixa-se a desejar quanto à efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, se a morte no caso é inevitável, deve existir humanização por parte do profissional da medicina, aliviando a dor e o sofrimento que o paciente e seus familiares vêm sentindo.

Além disso, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana está atrelada ao direito de personalidade, alcançando o momento final da vida. Conforme mencionado por Gomes, não se pode confundir o direito de morrer com dignidade e o direito à morte, pois o direito de morrer dignamente está relacionado com os princípios fundamentais do direito, como o direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autonomia, garantindo, então, uma morte sem prolongamento artificial da vida, evitando a realização de procedimentos inúteis ao tratamento²⁵.

Ademais, para se garantir o direito à vida, não quer dizer que o paciente deve ser obrigado a se submeter a todos os tratamentos, pois assim não existe a garantia constitucional do direito à liberdade, da autonomia, da dignidade da pessoa humana, entre outros, ocorrendo a sujeição do paciente a tratamento degradante e cruel. Portanto, para garantir os princípios constitucionais, deve o paciente poder decidir sobre os últimos momentos de sua vida, garantindo também o exercício da autonomia de vontade²⁶.

Nesse aspecto, é importante destacar as palavras de Pithan:

²⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 87.

²⁵ GOMES, Luiz Flavio. *Testamento vital e a ortotanásia*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121929832/testamento-vital-e-a-ortotanasia>>. Acesso em: 1º nov. 2014, p. 230-232.

²⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 231-233.

O processo de morrer faz parte da vida humana, que como tal deve ser vivida com dignidade. Se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, parece possível argumentar pela existência de um direito à morte digna – não no sentido da eutanásia ou do suicídio assistido, mas no de garantir o direito dos pacientes recusarem o abuso ou o excesso terapêutico²⁷.

Portanto, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser garantido ao paciente em estágio terminal de doença incurável, podendo ele usufruir do direito de decidir pelo fim de sua vida, garantindo-se, assim, o seu bem-estar físico e mental.

OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Devido ao grande avanço tecnológico, ocorreram inúmeras mudanças para o profissional da área médica, entre elas a possibilidade de prolongar a vida do paciente por meios artificiais, como o uso de aparelhos para deixar a pessoa viva, indiferentemente à existência ou não da probabilidade de melhora. Diante disso, surgiram a Bioética e seus princípios²⁸.

258

Com relação aos princípios da Bioética, surge, em 1971, no livro de Potter, *Bioethics: a bridge to the future*, o princípio da não maleficiência, impondo ao médico o dever de “não agredir o paciente e não provocar nele sofrimento”, ou seja, nem sempre garantir a vida significa que a pessoa não está sofrendo, devendo, assim, o profissional analisar cada caso e, se não for reversível, informar para os familiares para, então, escolher o melhor procedimento, ou seja, a ortotanásia²⁹.

Ainda nesse princípio, é importante destacar que o médico deverá zelar pelo bem-estar do paciente, não o expondo a dores maiores, nunca tendo condutas invasivas e intempestivas, sempre trazendo benefício ao paciente, e não apenas pensar que tem um nome a zelar, mas sim considerar a melhor maneira de zelar pela morte digna do paciente, respeitando, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a morte é inevitável.

Ou seja, não pode ocorrer nenhum dano intencional, como enquanto o paciente viver com ajuda de aparelhos, estes não devem ser desligados, sem considerar se o paciente e os familiares estão sofrendo.

²⁷ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 58.

²⁸ SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito, uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2006, p. 33-34.

²⁹ POTTER apud SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 99.

Ademais, a Constituição Federal Brasileira garante em seu art. 5º, III, o direito à integridade física e moral, ou seja, não se deve submeter o paciente a tratamento desumano ou degradante, também garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana, para que este não seja obrigado a participar de experimentos científicos que o submetam a sofrimentos ilícitos³⁰.

Em outro aspecto, o princípio da autonomia preza pela própria decisão do ser humano, podendo decidir pelo que entende melhor, garantindo o livre consentimento, respeitando, assim, a vontade do paciente e preservando o a intimidade e, muitas vezes as crenças religiosas.

Importante destacar que o Código de Ética Médica, em respeito ao princípio da autonomia, descreve que o médico deve informar o melhor procedimento que deverá ser adotado, permitindo ao paciente ou seu representante decidir se deve ou não realizar tais procedimentos, preservando, assim, o seu bem-estar e a sua vontade. Cabe ressaltar que o art. 5º, XIV, da Constituição Federal, prevê a todos os cidadãos o acesso à informação, resguardando o sigilo.

Ainda nesse princípio, vale ressaltar os incisos IV, VI, VIII e X, do art. 5º e, também em seu art. 19, I, da Constituição, pois estão ligados indiretamente com a autonomia, zelando pela liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a intimação, a vida privada e a imagem.

Ademais, o princípio da beneficência traz que o médico deve fazer tudo para promover o bem-estar de todas as pessoas envolvidas, pacientes ou familiares, desde que para isso seja necessária a retirada de medicamentos e aparelhos.

Uma das garantias desse princípio consiste no dever de o médico realizar uma avaliação do procedimento a ser adotado no paciente, para que este não sofra desnecessariamente, sem obter o resultado desejado. Devendo, então, o profissional da área médica informar os procedimentos que possam ser realizados na situação, ficando ciente dos riscos e benefícios, o que permite ao paciente e/ou seu responsável decidir o que achar melhor, garantindo o princípio da autonomia.

Já no que tange ao princípio do primado do direito mais relevante, trata-se do direito à vida, segundo o qual o médico deve zelar pela vida, independentemente de crença, pois, para o ser humano exercer seu direito à liberdade, é necessário ter vida. Nesse ponto, importante destacar, nas palavras de Diniz, que “a liberdade pessoal não pode ser tolerada quando implica a retirada da própria vida, por não ser absoluta, visto que está juridicamente limitada por princípios de ordem pública, como os de não matar, não induzir ao suicídio, não omitir socorro e ajudar quem está prestes a falecer”³¹.

³⁰ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

Na relação do médico e paciente, referente à transfusão de sangue, o Conselho Federal de Medicina é claro em afirmar que, havendo recusa do paciente, o médico deverá observar se existe perigo de vida, em caso negativo, prevalecerá a vontade do paciente ou responsáveis. Portanto, esse princípio zela pelo direito à vida, mas não trata da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o princípio da justiça afirma que todos os seres humanos devem tratados de forma igual, tendo acesso a tratamentos médicos, sem distinção de raça, cor, crença ou condição social. Esse princípio está ligado ao art. 3º, IV, da Constituição Federal³² e deve priorizar a garantia do direito à saúde elencado no art. 196 da Constituição que declara que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORTE DIGNA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Neste subtópico torna-se necessário analisar o direito que se estende ao paciente terminal, para que possa decidir sobre o tratamento médico adequado em seu fim de vida, amparado pela autonomia de vontade, garantindo-se também a ele, a dignidade da pessoa humana.

260

No que tange aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, faz-se necessário analisar sua distinção. Conforme Sarlet, os direitos fundamentais se aplicam para os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional; já os direitos humanos guardam a relação com os documentos de direito internacional por se referirem àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos³³. Portanto, não se pode deixar de citar a relação de ambas categorias, quais sejam, a inspiração para a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como a aproximação dos textos constitucionais existentes, trazendo uma tendência de ordem jurídica e de um direito constitucional para os âmbitos nacionais e internacionais³⁴.

Nesse contexto, cabe destacar que os direitos fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição Federal – à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e

³² LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*, p. 14-15.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

³⁴ MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*, p. 139-141.

à propriedade – são invioláveis. Além disso, o inciso VI do artigo referido garante a liberdade de consciência e de crença, bem como o inciso VII, ao tratar de direito fundamental, refere que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se os invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixadas em lei”. Ou seja, o paciente deve ter a sua liberdade de escolha preservada, zelando-se, assim, pela autonomia da vontade, pois nem sempre o fato de o paciente terminal estar vivo significa que terá um final de vida digno.

Ainda no art. 5º, III, da Lei Maior, há a previsão legal que garante que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, ou seja, um paciente em estado terminal, que não possui mais chance de cura e está ligado a aparelhos, muitas vezes está sendo torturado, sem saber, acaba perdendo o seu direito elencado no artigo em comento e, muitas vezes contra sua vontade.

Diante dos princípios fundamentais que asseguram os direitos elencados, como o da dignidade da pessoa humana, deve-se enxergar com mais clareza a realidade e vontade de um paciente terminal quando a morte é inevitável, que não deseja passar por alguns tratamentos médicos e, mesmo assim, realizam tais procedimento, não garantindo uma vida digna ao paciente, pois sua vontade foi contrariada. Além disso, o direito de escolher quais procedimentos devem ser adotados, como, o prolongamento da vida por meio artificial, deveria ser do paciente ou de seus familiares, e não dos profissionais da área médica.

Tratando-se do direito à vida, vale destacar as palavras de Möller:

O direito à vida não é posto como o único e preponderante direito fundamental da Constituição e do Estado brasileiros, senão que um dos fins protegidos como direitos fundamentais, ao lado, por exemplo, da liberdade. Ambos certamente não podem ser considerados direitos absolutos: no caso do direito à vida, os direitos à legítima defesa e a proceder ao aborto, em algumas situações específicas, o comprovam³⁵.

Mediante o apontamento citado, cabe refletir sobre o paciente terminal que deseja ter um final de vida mais sereno, sem estar ligado a aparelhos e nem ser submetido a tratamentos ineficazes, tendo, assim, o final da vida com dor e sofrimento e agredindo os direitos à integridade, à autonomia de vontade e à dignidade da pessoa humana³⁶. Diante disso, vale dizer que o direito à morte digna

³⁵ MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*, p. 145.

³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 297-299.

deveria ser reconhecido, uma vez que, se a vontade do paciente tenha sido manifestada em seu estado de autonomia, ficaram garantidas as diretivas da vontade do paciente.

Ademais, salienta o art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e o inciso XXXV refere que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tais previsões constitucionais permitem a interpretação de que o paciente pode se recusar a se submeter a procedimentos e tratamentos médicos, e, caso sua vontade não seja acolhida, poderá recorrer ao Poder Judiciário, em razão de sua decisão não ter sido respeitada e de sua dignidade e autonomia terem sido violadas³⁷.

Em recente decisão no estado de São Paulo, no ano de 2013, na 2ª Vara Cível do Fórum de João Mendes, cujo Juiz Titular na época era o Alexandre Coelho, foi proferida uma decisão reconhecendo o direito à “morte digna”, ou seja, garantindo, em caso de doença terminal, que o paciente não seria compelido a tratamentos desnecessários. O argumento utilizado pelo juiz foi que “afasta qualquer ideia de eutanásia, uma vez que não se pretende a morte obtida mediante intervenção humana, mas sim a vida, com toda a sua dignidade, evitando-se apenas a positivação de procedimentos médico-hospitalares, que sabidamente nenhum resultado obterão quanto à recuperação da saúde e reversão do quadro mórbido”. Ou seja, a ação movida pela própria advogada em seu favor tratava-se da ortotanásia e seu direito foi reconhecido por essa decisão³⁸.

Por fim, diante da inédita decisão que ocorreu no Brasil, respaldando o direito a morte digna, por meio da ortotanásia, cabe igualmente o seu reconhecimento normativo, permitindo assim a promoção da dignidade e da autonomia de vontade elencados na Legislação Brasileira, sem violar a personalidade do ser humano e sem a necessidade de recorrer ao aparato do Poder Judiciário para tal.

A (I)LEGALIDADE DO TESTAMENTO VITAL COMO INSTRUMENTO APTO PARA GARANTIR UMA MORTE DIGNA

O Testamento Vital, também conhecido como Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, é documento importante na relação entre médico e paciente, pois segundo Gomes, ele serve para que o paciente possa expor sua vontade de se submeter ou não a tratamentos que possam prolongar dolorosamente o seu

³⁷ MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*, p. 96-99.

³⁸ CAMBRICIOLI, Fabiana. *Justiça autoriza advogada a ter “morte digna”*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-autoriza-advogada-a-ter-morte-digna,1624407>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

fim de vida. Importante destacar que, para ser firmado o testamento vital, o paciente deve ser maior de idade e estar gozando de plena saúde plena mental³⁹. Além disso, importante ressaltar que, antes de ser redigido o testamento vital, o médico deverá informar de forma clara e informal ao paciente sobre o seu quadro clínico terminal e sobre a impossibilidade de cura.

Ademais, cabe destacar que o testamento vital surgiu na década de 1970, na Califórnia, e deveria ser assinado por pessoa capaz, acompanhado de duas testemunhas, podendo ser revogável a qualquer tempo, tendo validade por 5 anos. Caso a pessoa já estivesse com doença terminal, esta deveria ser atestada por dois médicos. Se o médico desrespeitasse o disposto no testamento, poderia ele sofrer sanções disciplinares⁴⁰.

Em 1934, o Código Penal Uruguaio garantiu o perdão judicial desde que a prática da ortotanásia fosse pedida pelo paciente em fase terminal, que não desejava ter um prolongamento artificial da vida. Já na Colômbia, a morte digna foi reconhecida, tendo em vista que o paciente, em caso de doenças terminais, poderia escolher por receber ou não o tratamento que prolongasse a vida⁴¹.

Em Portugal, foi editada a Lei n. 25/2012, com o intuito de regularizar as diretivas antecipadas da vontade do paciente mediante reconhecimento do testamento vital e da criação do Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV) (PORTUGAL, 2015).

263

Ademais, conforme salientou Lippmann (2015), em uma entrevista com Rui Nunes, da Universidade de Porto, a abrangência do testamento vital para o paciente contempla não ser submetido a tratamento fútil, que apenas prolongue a morte; receber cuidados adequados, autorização para participar de experimentação científica.

Assim, o testamento vital em Portugal deve ser escrito, podendo ser realizado tanto no Cartório ou no Registro Nacional de Testamentos Vitais (RENTEV), o que facilita que o médico o acesse; o documento tem validade de 5 anos e pode ser renovado ou não⁴².

Tanto o Código de Ética Médica como a Resolução n. 1.995/2012 sinalizam a possibilidade de adoção de diretivas antecipadas de vontade (DAV), reconhecendo

³⁹ GOMES, Luiz Flavio. *Testamento vital e a ortotanásia*. Disponível em: <<http://professorlfg.jus-brasil.com.br/artigos/121929832/testamento-vital-e-a-ortotanasia>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

⁴⁰ Ibidem, p. 239.

⁴¹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: o direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131.

⁴² LIPPMANN, Ernesto. Lições de Portugal sobre o testamento vital e propostas para regulamentação aqui. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-06/ernesto-lippmann-liceos-portugal-testamento-vital>>. Acesso em: 9 set. 2015.

o direito do paciente em estado terminal de manifestar sua vontade, para que, assim, o médico possa cumpri-la, garantindo o princípio da autonomia e dignidade da pessoa humana. Vale ressaltar que esse documento deve ser escrito expondo todas as vontades do paciente e estas devem ser fundamentadas⁴³. No Brasil, ainda não existe na legislação um artigo específico que trate do testamento vital. No entanto, o art. 196 da Constituição Federal dispõe que:

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

Ou seja, esse artigo permite uma ampla interpretação em prol do reconhecimento da morte digna enquanto direito fundamental, pois se a saúde é um direito de todos, garantindo-se a redução de riscos de doenças, devendo existir um acesso igualitário, visando a proteção, por que não abreviar o sofrimento, para o paciente ter uma morte digna? Assim terá uma proteção contra o sofrimento desnecessário.

Cumprе salientar que, no Estado de São Paulo, foi aprovada uma lei estadual denominada de Lei Covas, que trata da possibilidade de o usuário se recusar a receber tratamentos dolorosos e que só ofereçam prolongamento precário e penoso da vida. Além disso, o Enunciado 37, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sinaliza que:

As diretivas ou declarações antecipadas da vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Diante disso, verifica-se que o tema está cada vez mais ganhando espaço para ser legalmente reconhecido, uma vez que o testamento vital garantirá o direito de morrer dignamente, preservando a vontade e respeitando a escolha do paciente⁴⁴. Importante destacar que mediante as diretivas antecipadas de vontade,

⁴³ KOVACS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Disponível em: <http://revistabietica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886/978>. Acesso em: 1º set. 2014, p. 99.

⁴⁴ KOVACS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Disponível em: <http://revistabietica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886/978>. Acesso em: 1º set. 2014, p. 99.

o paciente terminal poderá informar sobre os cuidados que quer receber, ficando anotado em seu prontuário médico, garantindo, assim, que a sua autonomia da vontade seja respeitada.

Diante do exposto, se o ordenamento jurídico brasileiro também passar a reconhecer o direito à morte digna e o testamento vital como instrumento para viabilizar tal direito, este será tratado como um documento legal, e qualquer dúvida acerca da conduta do médico será dirimida. Apesar de não se atribuir validade a nenhuma estipulação que implique abrir mão de direito fundamental, as diretivas antecipadas da vontade do paciente devem ser levadas em consideração, haja vista que não se está permitindo abrir mão do direito à vida, mas viabilizando a dignidade da pessoa humana.

A ADEQUAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 insere a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e da República Federativa brasileira (art. 1º, III), e também trata diretamente apenas do direito à vida (art. 5º, *caput*), deixando de lado o reconhecimento ou qualquer referência direta ao direito à morte digna.

A partir do significado do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre a interpretação pela existência do direito à morte digna, pois qualquer pessoa, quando em estado terminal, deveria poder decidir, por livre e espontânea vontade, se quer permanecer sendo submetido a tratamentos paliativos ou morrer, deixando o ser humano livre para escolher o que acha para si mais vantajoso.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deveria ser interpretado não somente em consonância com o direito à vida digna, como também, deveria ser fundamento jurídico para se resguardar uma morte digna para todos os cidadãos com doenças terminais. Assim sendo, razoável compreender que, para se garantir dignidade humana, é necessário que exista o direito à vida digna e também direito à morte digna, permitindo-se que todos exerçam o direito de livre escolha diante de uma doença terminal.

O direito à vida, sem dúvida alguma, é de extrema importância, ele encontra-se inscrito na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, assim garante a todos o direito de viver com dignidade, alcançando um valor fundamental.

No Brasil, embora exista resolução do Conselho Federal de Medicina prevendo a utilização de diretivas antecipadas da vontade do paciente, ainda inexistente Lei Federal que trate do direito à morte digna ou sobre os direitos do paciente em estado terminal. Ocorre que existe uma lei estadual no Estado de São Paulo

que já reconhece a recusa do paciente referente a tratamentos dolorosos para tentar prolongar a vida: a Lei Estadual n. 10.245/99 trata diretamente dos direitos dos usuários do Sistema Único de Saúde, representando, assim, um amparo legal para garantir a ortotanásia e o direito à morte digna. Com a vigência da lei estadual paulista, o ex-governador Mário Covas garantiu o seu direito elencado nesse dispositivo legal para recusar-se a receber tratamento médico fútil no fim de sua vida, garantindo, desse modo, o exercício da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana⁴⁵.

Outrossim, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), na sua Resolução n. 41/95, art. 20, garante “o direito à morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis”⁴⁶, ou seja, não prolongando futilmente a vida da criança ou do adolescente e preservando a dignidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O direito à morte digna discriminado pelo CONANDA em Resolução deveria ser um direito garantido a todos os cidadãos, e não somente a criança e adolescente, por isso faz-se necessário à adequação na legislação brasileira, pois a escolha por uma morte digna é imprescindível para todas as pessoas e deve ser reconhecida como um direito.

266

A recusa ao tratamento médico desnecessário deveria ser lícita, uma vez que não trará nenhum benefício para o doente terminal e sua família. Nesse ponto, Borges afirma que:

[...] mesmo em situações de doenças graves ou incuráveis, em que o doente tem capacidade para manifestar sua vontade, a figura do consentimento é importante para a execução (início ou prosseguimento) do tratamento. Em qualquer fase da terapia, o paciente tem o direito de se recusar a continuar com o tratamento⁴⁷.

Ou seja, o paciente deveria ter o direito à morte digna garantido na legislação brasileira, que, como mencionado, já está prescrito em uma Lei Estadual no Brasil (Lei n. 10.245/99), que garante a recusa do paciente para tratamentos médicos; no Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a dignidade; e na Resolução n. 41/95, que reconhece o direito à morte digna para criança e adolescente.

⁴⁵ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 109-111.

⁴⁶ BRASIL. *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF. 1995. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2178.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁴⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 304.

Além disso, segundo já mencionado, no Brasil, tramita o Projeto de Lei n. 236/2012, que visa inserir no Código Penal, em seu art. 121, a exclusão de ilicitude referente à ortotanásia:

Exclusão de ilicitude

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Ademais, existem outros dois Projetos de Lei, que tramitam sob os n. 4.662/81 e 732/83, que visam possibilitar o desligamento dos aparelhos ou omissão de remédios, desde que comprovado o prolongamento da vida inutilmente⁴⁸.

O Testamento Vital ainda não está regulamentado na legislação brasileira, mas na Constituição Brasileira existem inúmeros princípios (entre eles, o da autonomia de vontade; dignidade da pessoa humana; proibição de tratamento desumano, degradante e cruel; o direito à vida) que possibilitam a interpretação favorável à sua realização e dão amparo à utilização de Resolução pelo Conselho Federal de Medicina. Além disso, o Conselho Federal de Medicina reconhece, em sua Resolução n. 1.995/2012, as diretivas antecipadas da vontade do paciente em seu 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.

Ou seja, ao passo que o Conselho Federal de Medicina garante a vontade do paciente, o Legislativo e o Executivo se omitem na implementação da dignidade da pessoa humana, haja vista que não zelam pelos princípios dispostos na legislação, como a autonomia de vontade.

Ademais, no Brasil, o Ministério Público ingressou com uma Ação Civil Pública (ACP) para declarar a ortotanásia ilícita e não reconhecer a Resolução do CFM n. 1.805/2006, cujo art. 1º permitia que o médico suspendesse procedimentos e tratamentos que prolongassem a vida do doente em fase terminal, respeitando a vontade do paciente. Essa ação civil pública foi julgada improcedente, garantindo o possível reconhecimento da ortotanásia. Em que pese o

⁴⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*, p. 167-168.

desfecho da ACP, o Conselho Federal de Medicina reformulou tal Resolução, implementando a Resolução n. 1.995 em 2012.

Mesmo assim, após todas as resoluções em favor da ortotanásia, testamento vital e o reconhecimento à morte digna, infelizmente a Constituição Federal continua prevendo apenas o direito à vida, não contemplando expressamente o direito à morte digna. Assim, de que adianta um paciente terminal continuar vivo se o pouco de vida que lhe resta não lhe garante dignidade?

Nesse sentido, é importante destacar as palavras de Röhe:

Uma “boa morte” **pode mesmo significar a valorização da própria vida**, como um bem supremo, a ser preservado e protegido da prática homicida [...]

Morrer com dignidade, enfim, significa dar ao paciente incurável a autorização para morrer com nobreza e integridade, longe do fantasma da existência humana degradante. É o agir por “compaixão”. (grifo do autor)⁴⁹

Diante disso, o reconhecimento do direito à morte digna na legislação brasileira, garante ao paciente que não ocorrerá a prática abusiva do médico com tratamento fútil, o que garante a dignidade da pessoa humana e a autonomia de vontade, e também garantindo ao médico a licitude de não prolongar artificialmente a vida humana, se esta for a vontade do paciente. Embora já se implementem no Brasil as Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, também chamadas de testamento vital, possibilitando a utilização de ortotanásia, é necessário que se delineiem por lei os limites e possibilidades do exercício do direito à morte digna, sendo também importante incluir tal direito no rol de direitos fundamentais, na Constituição brasileira, por emenda constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo norteador do presente trabalho foi verificar a legalidade ou a ilegalidade do reconhecimento do direito à morte digna frente à legislação brasileira, avaliando a possibilidade de interpretação do direito à vida em consonância com os princípios constitucionais, da bioética e do biodireito, embasando o dever ético do médico, no tratamento de pacientes terminais, de zelar pelo bem-estar físico e psíquico, permitindo interpretação que abarque a existência do direito de morrer dignamente atrelado ao direito à vida.

⁴⁹ RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*, p. 31.

Na busca de embasamento das respostas aos problemas elencados neste trabalho, de início, procurou-se distinguir os termos eutanásia, mistanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia, sendo possível verificar que a ortotanásia viabiliza um fim de vida condigno em um estágio terminal de doença incurável, uma vez que o médico, atendendo a vontade do paciente, não utiliza medicamentos e meios artificiais para prolongar a vida, mas presta assistência ao paciente em seu leito de morte.

Por conseguinte, foi necessário verificar a ortotanásia e o Testamento Vital no Brasil, a respeito dos quais o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução n. 1.805/2006, tratou das Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, indagando a “legalização” da ortotanásia. Nesse ponto, coube ressaltar a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público que foi julgada improcedente, pois entendia que a ortotanásia deveria ser tipificada como crime. Diante de tal controvérsia, o Conselho Federal de Medicina revogou sua primeira resolução sobre o tema a partir da aprovação da Resolução n. 1.995/2012.

Outrossim, ao se destacar os princípios constitucionais e o direito à vida, elencados no art. 5º, se pretendeu, além de instigar a avaliação acerca da extensão e dos limites do exercício da autonomia do paciente, permitir a reflexão de que a vida, no contexto da terminalidade, deveria reconhecida enquanto direito e não como uma obrigação. Diante disso também se buscou salientar que garantindo o direito-dever à vida e não o direito de morrer dignamente, se mitiga o direito à liberdade, à autonomia, violando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, analisou-se a necessidade de adequação da legislação brasileira, fundamentada na dignidade da pessoa humana, entendendo-se que o reconhecimento do direito à morte digna garante o poder de decisão do paciente terminal. Salientou-se que, no Brasil, embora este “direito” não tenha respaldo na legislação federal, existe uma Resolução do CFM que o garante, sendo portanto, apesar de não contar com aparato normativo, considerado lícito e legal.

Isto posto, entende-se que, mesmo já existindo uma Resolução do CFM permitindo a ortotanásia para pacientes terminais no Brasil segundo parâmetros éticos, em que é possível, por intermédio de Diretivas Antecipadas da Vontade do Paciente, convencionar em um Testamento Vital a intenção de não ser submetido a tratamentos e medidas fúteis e paliativas, é importante o reconhecimento da morte digna enquanto direito fundamental no mesmo patamar do direito à vida. Somente dessa forma será possível, sem nenhuma dúvida, viabilizar um direito fundamental tão relevante quanto o direito à vida,

haja vista que o CFM somente tem a atribuição de normatizar, *interna corporis*, a relação ética entre médicos e seus pacientes, e não de dizer o direito.

REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF. 1995. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2178.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015 B.

CAMBRICIOLI, Fabiana. *Justiça autoriza advogada a ter “morte digna”*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-autoriza-advogada-a-ter-morte-digna,1624407>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

CÓDIGO PENAL URUGUAIO. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/penaluru.htm>>. Acesso em: 2 set. 2015.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flavio. *Testamento vital e a ortotanásia*. Disponível em: <<http://professor-lfg.jusbrasil.com.br/artigos/121929832/testamento-vital-e-a-ortotanasia>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

KOVACS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Disponível em: <http://revistabietica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886/978>. Acesso em: 1º set. 2014.

LIPPMANN, Ernesto. *Lições de Portugal sobre o testamento vital e propostas para regulamentação aqui*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-06/ernesto-lippmann-licoos-portugal-testamento-vital>>. Acesso em: 9 set. 2015.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2011.

PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007.

PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: o direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

O direito à morte digna

PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2004.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SENADO FRANCÊS. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 31 mar. 2015.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito, uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2006.

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

Data de recebimento: 30/12/2015

Data de aprovação: 09/03/2016

