

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

WILTER JAMES MAGALHÃES DE ABREU

O DIGNO PROCESSO DO MORRER:
Uma análise acerca da morte com dignidade
sob a luz da bioética

CURITIBA
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

WILTER JAMES MAGALHÃES DE ABREU

O DIGNO PROCESSO DO MORRER:
Uma análise acerca da morte com dignidade
sob a luz da bioética

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, sob a orientação do
Professor Doutor Elimar Szaniawski.

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

WILTER JAMES MAGALHÃES DE ABREU

O DIGNO PROCESSO DO MORRER:
Uma análise acerca da morte com dignidade
sob a luz da bioética

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Elimar Szaniawski

Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Primeiro Membro

Prof. Msc. Marília Pedroso Xavier

Segundo Membro

Curitiba, 04 de Dezembro de 2013

*Aos meus pais,
pelo amor e apoio
em toda minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por suas bênçãos e auxílios constantes em minha caminhada diária de vida. Sem Ele, nada haveria.

Agradeço aos meus pais, Josué Abreu e Marinalva Abreu, pelo carinho e confiança sempre generosos. Obrigado por serem esta base sólida, a partir da qual forjei minha personalidade e caráter. Também agradeço meus irmãos Zilanda e Weslem, os quais sempre me ajudaram quando precisei. Meus avós (*in lato sensu*): grato sou pelo doce amor que compartilho com senhores!

Gostaria também de externar minha gratidão aos irmãos e irmãs, em forma de amigos, que a Santos Andrade me presenteou: Aulus Luiz Santos de Salles Graça, Ricardo Busana Galvão Bueno, David Bachmann Pinto, Paula Regina Bernardelli e Ana Paula Veiga Lopes. Cada um de vocês me marcou de maneira indelével. Muito obrigado, time.

Estendo minha gratidão ao Pastor Ival Teodoro da Silva, pelo apoio ao longo destes anos de estudo. Agradeço também ao Dr. Flauzilino Araújo dos Santos por ser o paradigma, de profissional e líder, no qual me espelho.

Aos meus amigos Alessandro de Oliveira e Flauzilino Jr. por me proporcionarem conhecer o real sentido deste termo.

Agradeço a todos os mestres que esta casa me apresentou, mas em especial, ao meu conselheiro e orientador, Professor Elimar Szaniawski, pela paciência e generosidade únicas, demonstradas ao longo do planejamento, elaboração e conclusão deste trabalho.

RESUMO

Com descobertas constantes e crescimento lancinante, a biomedicina vem introduzindo, a todo tempo, novos desafios éticos à sociedade contemporânea. Assim sendo, a bioética surge, no final do século passado, e se posiciona de modo a evitar transgressões éticas e morais por parte da ciência, viabilizando, dessa maneira, a coexistência harmônica entre progresso científico e humanidade. Em face desta conjuntura, o presente trabalho tem por escopo, consubstanciado no prisma bioético, a busca por uma compreensão de um adequado processo do morrer. Este processo final da vida posicionado sobre o pivô de nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, busca observar a autonomia do indivíduo, para que este possa viver seus derradeiros momentos de forma compatível com seus desejos e valores. A decisão do paciente em enfrentar, ou não, determinados procedimentos pode ser assegurada por meio de diretivas antecipadas de vontade. Outra manifestação, desse escoreito momento terminal, seria concretizada na ortotanásia, através da qual se aceita a finitude humana e o advento natural e inevitável do morrer. Este paradigma de estágio final de vida, fulcrado na dignidade, exalta os cuidados denominados paliativos e protege o indivíduo contra o prolongamento inútil de seu processo de morte, evitando-se assim a ocorrência de danos desnecessários ao moribundo. Busca-se, portanto, no digno processo do morrer, alçar aos lindes do melhor interesse do paciente, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: bioética, dignidade, vida, morte, processo do morrer.

ABSTRACT

Through the evolution and fast growth of the biomedicine's technologies, it is remarkable the ethical problems that appears simultaneously on that. To face this issues, in the lasts decades, the field of bioethics has arisen, in order to avoid moral and ethical transgressions caused by science. Considering the scenario above, this study's scope is to search a suitable "process of dying". This final process of life, set on the pivot of our legal system, the dignity of the human person, is deeply related to the individual autonomy, allowing the sick person to live its last moments, according to its desires and beliefs. The patient's decision to be submitted, or not, to certain procedures can be secured by the sign of an advanced directives document. Another manifestation of this correct terminal moment could be effected in the act of orthothanasia, through the acceptation of the end of human life and the advent of the natural and inevitable death. This final stage of life paradigm exalts the palliative care and protects the person against the innocuous extension of the death process, thus avoiding the occurrence of unnecessary damage to the patient. Therefore, the aim in the "dignified process of dying" is to the raise of patient's best interests. All this acclaim the respect of the dignity of the human person.

Key-words: bioethics, dignity, life, death, process of dying

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CONTEXTO FUNDAMENTAL: O PANORAMA BIOÉTICO	11
1.1. Bioética	11
1.1.1. Origem e Conceito	11
1.1.2. Princípios Fundamentais da Bioética	14
1.1.3. Biodireito	18
1.1.4. Bioética e Direitos de Personalidade	20
2. A MORTE ENQUANTO PROCESSO	25
2.1. Vida	25
2.2. Morte	28
2.2.1. Aspectos histórico-sociais	28
2.2.2. Aspectos religiosos	30
2.2.3. Aspectos jurídicos	33
2.3. Categorias fundamentais de vida e morte	35
2.3.1. Estados antecedentes	35
2.3.2. Os lindes da determinação do morrer	38
2.3.3. Eutanásia	41
2.3.4. Suicídio assistido	42
2.3.5. Ortotanásia	42
2.3.6. Distanásia	43
2.3.7. Mistanásia	44
3. O DIGNO PROCESSO DO MORRER	45
3.1. A dignidade e autonomia no processo do morrer	46
3.1.1. O âmbito da dignidade	46
3.1.2. Autonomia e decisão no processo do morrer	49
3.1.3. Diretivas antecipadas	52
3.1.4. Cuidados paliativos	56
3.1.5. Obstinação Terapêutica	59
3.2. Ortotanásia no cenário nacional	62
3.3. Aproximações de Direito Comparado	65
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

Antes de qualquer abordagem neste trabalho, deve-se partir da seguinte premissa: a morte deve ser compreendida enquanto processo e estágio final da vida, e, por conseguinte, integrante desta. Ou seja, de antemão, o tema já se torna tormentoso, pois o conceito “vida” é multifatorial e interdisciplinar, de modo que seu tratamento nunca se pode dar de modo simplista e acabado. Além disso, no presente estudo realizaremos um recorte teórico espacial-temático, de modo que o tema “morte” será tratado, precipuamente, sob a perspectiva ocidental hodierna.

Em meio às discussões sobre os diversos temas que envolvem a terminalidade da vida, mostra-se crescente a estruturação de uma nova compreensão do direito à vida. Este específico direito de personalidade vem requerer que seja respeitado e garantido em toda a sua extensão, englobando inclusive o seu momento último: o processo de morrer. Isto demonstra a noção de que não se deve pensar, somente, no direito à vida, mas também, no direito à qualidade de vida, de modo a permitir que cada pessoa viva sua vida, inclusive no estágio final dela, com um mínimo de qualidade e dignidade.

Contata-se, conforme demonstra REINALDO AYER DE OLIVEIRA, a existência de certa dificuldade de se entender o fenômeno da morte em suas diversas manifestações que a cercam, mormente quando se reconhece que o doente encontra-se em fase de terminalidade, gerando grande discussão na sociedade, seja ela científica ou não.¹

Nesta ideia nascente de direito a uma finitude consubstanciada na dignidade, entende-se que a partir do momento em que o indivíduo, por exemplo, portador de uma patologia terminal, deixa de dispor de um mínimo de qualidade de vida, isto é, passa a estar em constante e irreversível estado que lhe promova sofrimento, não haveria necessidade de se manter o tratamento, isso porque ficaria evidente que a vida encontra-se no fim e que, de modo natural, não seria possível prorrogá-la. Este digno processo de morrer tenta desmistificar o direito absoluto e sacralizado da vida, garantindo a possibilidade de uma morte de qualidade, sem toda a degeneração que indivíduo, por ventura, poderia sofrer.

¹ OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. *Terminalidade da vida: dignidade da pessoa humana*. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coord.). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTr, 2010, p. 250.

Existem estudos importantes e mais amplos sobre este assunto em outros países. No Brasil esta abertura ainda é tímida, sobretudo em função da forte raiz religiosa que nos permeia. Fato é que, em nosso país, estamos na expectativa do avanço no debate filosófico-religioso para termos uma discussão mais ampla e, talvez, até legislarmos sobre o tema. O que temos hoje é inegabilidade de que este tema, que se encontra latente como questão social, está eclodindo em nosso judiciário.

No transcurso do presente trabalho, iniciaremos por uma análise do contexto fundamental do tema que será discorrido: o panorama bioético; sendo explicitadas suas principais características, princípios vetores, bem como sua relação com os direitos de personalidade.

Em seguida será realizada a apresentação da conjuntura que circunscreve a “morte”, relacionado-a como estágio integrante da vida, demonstrando seus aspectos histórico-sociais, religiosos e jurídicos, além de realizar a correta enunciação dos conceitos que a permeiam.

Passar-se-á, então, para o exame do processo do morrer com substrato na dignidade e autonomia, demonstrando-se a necessidade de se afastar a ocorrência de procedimentos inúteis e dolorosos, bem como discorrendo-se sobre o tímido âmbito legislativo que permeia o tema trazido a lume.

Por fim, buscar-se-á realizar uma análise da tratativa dos aspectos relacionados ao processo do morrer nos ordenamentos jurídicos de outros países, de modo a compreender como este tema vem ganhando importância e espaço nos âmbitos regulatórios e legislativos alienígenas.

1. CONTEXTO FUNDAMENTAL: O PANORAMA BIOÉTICO

1.1. Bioética

1.1.1. Origem e conceito

O termo *bioética*, considerado um neologismo, adentrou no cenário científico mundial, na década de 1970, através dos ensinamentos do Professor VAN RENSSELAER POTTER em seu artigo intitulado “*Bioethics, the science of survival*”.² Contudo, antes de aprofundarmos as bases lançadas pelo precursor POTTER, analisemos rapidamente alguns dos fatos que ensejaram o advento do termo.

Na transição temporal em que estamos inseridos, ou seja, na passagem para uma sociedade alicerçada, eminentemente, na evolução constante, e cada vez mais lancinante, da biotecnologia, ocorre um embate extremamente complexo entre progresso, moral e direito.³

Neste cenário indicado, consoante os ensinamentos de RITA AMARAL CABRAL, há o precioso alerta:

*Destinada em tese a enriquecer a personalidade do homem, a ampliar-lhe a capacidade de domínio sobre a natureza, a aprofundar o conhecimento, a multiplicar e disseminar riqueza, a sociedade tecnológica tem, contudo, gerado algumas graves distorções em matéria de respeito aos direitos fundamentais. Verifica-se que o progresso tecnológico adquiriu, em alguns domínios, uma velocidade e um dinamismo próprios, desprovidos de critérios morais, conduzidos por um neutralismo, ao qual são estranhas e mesmo desprezíveis quaisquer preocupações éticas, metafísicas, humanísticas. E impõe-se concluir que à evolução técnica não tem correspondido, equivalentemente, um avanço de ordem moral, residindo nesta diferença a contradição que, explicando todas as outras, mais tem marcado a idade contemporânea.*⁴

² SCHRAMM, Fermin Roland. Uma breve genealogia da bioética em companhia de Van Rensselaer Potter. *Revista Bioethikos*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, v. 5, n. 3, p. 302-308, 2011, p. 303. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/87/A5.pdf>>. Acesso em 08 jul. 2013.

³ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: Luiz Edson Fachin (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 39.

⁴ CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada*. Separata dos Estudos em Memória do Prof. Dr. Paulo Cunha. Lisboa: [s.e]. 1988. *Apud*: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: Luiz Edson Fachin (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 39.

No tocante ao advento da bioética, observa-se que suas diretrizes começaram a ser traçadas após as tragédias e abusos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, quando começou a se consolidar a ideia de que a ciência não pode pretender ser mais importante que o homem. Para tanto, a comunidade médico científica iniciou o estabelecimento de parâmetros delineadores para reger a coordenação da praxis terapêutica e de pesquisa.⁵

Outrossim, deve ser lembrada a grande preocupação, surgida na década de 1960, nos Estados Unidos, sobre os questionamentos éticos entre médicos e pacientes, de modo que estes não fossem submetidos a abusos em seus tratamentos por aqueles. Tal discussão, voltada ao direito dos pacientes, levou a promulgação da *Carta dos Direitos do Enfermo* (1970), a qual estabeleceu os primeiros e tímidos lindes das relações éticas entre médicos e pacientes.⁶

É nesse contexto que POTTER, em 1971, firma o termo *bioética* ao publicar a sua obra "*Bioética: Ponte para o futuro*", na qual teve por ideia inicial o desenvolvimento de uma ética que abarcasse a relação dos seres humanos entre si e destes com o ambiente que os cercava, de modo a criar uma ponte entre a ciência e as humanidades. Tal ligadura seria inafastável para o futuro, haja vista que ele não seria construído somente sob os ditames da ciência, nem, tão somente, sobre o respeito exclusivo das humanidades.⁷ Necessário era, nesta ideia, a realização deste equilíbrio de coexistência, a ser realizado pela bioética, entre os indivíduos e a ciência que os cercava.

No tocante a uma definição, dispõe MARIA CLÁUDIA CRESPO BRAUNER que a bioética seria um arcabouço principiológico que teria por escopo manter o sentido humano na sociedade contemporânea, na qual, cada vez mais ocorre um domínio pela ciência e pela tecnologia.⁸

De igual modo, traçando linhas definidoras, ADRIANA DABUS MALUF

⁵ "Foi durante a segunda metade do século XX, mais precisamente entre 1960 e 1970, que os avanços científicos e tecnológicos no meio médico receberam forte incentivo por seus resultados positivos e começaram a produzir questionamentos na sociedade de então. São desse tempo a criação das UTIs, a realização dos primeiros transplantes, o diagnóstico da morte cerebral, as descobertas da psicofarmacologia, o diagnóstico pré-natal e alguns avanços no conhecimento dos mecanismos imunológicos de rejeição". MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

⁶ ADONI, André Luis. Bioética e Biodireito: Aspectos sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 818, ano 92, dez. 2003. p. 396-397.

⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 151.

assevera que a “bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana e da responsabilidade ambiental.”⁹

Como abordagem interdisciplinar, a bioética realiza o esforço da compreensão da realidade em suas complexas nuances biológica, política e social, regendo os lindes da atuação e da interferência humanas em temas tormentosos, tais como a engenharia genética e terminalidade da vida, em suas diversas formas. Essas delicadas questões engendram embates entre moral e valores que envolvem a vida humana e as éticas médica e filosófica, cabendo à bioética promover a interlocução dessas temáticas.¹⁰

Esclarece, nesse sentido, LEO PESSINI que “a bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida, estabelecendo padrões de conduta socialmente adequados”.¹¹

A bioética costuma ser dividida em dois grandes campos: o da microbioética, ramo da bioética atrelado às questões emergentes dos conflitos entre a evolução científica e a dignidade da pessoa humana (âmbito a ser explorado no presente trabalho), e o da macrobioética, que se ocupa das problemáticas ecológicas, na busca pela preservação da vida humana.¹²

Explicam ANDRÉ MARCELO SOARES e WALTER PIÑERO que, dentro do contexto histórico da bioética existiriam diferentes fases temporais que permeariam a chamada “*ponte para o futuro*” que POTTER anunciara.¹³

Após esta breve apresentação conceitual do que seria a bioética, bem como uma investigação histórica do que ensejou seu surgimento, passaremos agora a uma maior verticalização de suas características intrínsecas, mormente no que tange ao princípalismo que a cerca.

⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 6

¹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Idem*, p. 8.

¹¹ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE; Christian de Paul de. *Problemas atuais da bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994. p. 11.

¹² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 10.

¹³ Os referidos autores dividem a história da bioética em três fases: “1ª fase - 1960/1977: período em que surgem os primeiros grupos médicos e cientistas preocupados com os novos avanços científicos e tecnológicos. Formam-se os primeiros comitês de bioética no mundo; 2ª fase - 1978/1997: período em que se publica o relatório Belmont, que provoca grande impacto na bioética clínica; realiza-se a primeira fertilização *in vitro*. Alçaram-se os primeiros grandes progressos na engenharia genética. Criam-se importantes grupos de estudo em bioética; 3ª fase - atual: iniciada em 1998, ainda vigente, que teve o apogeu da descoberta do genoma humano, clonagem, além dos debates relativos à falência dos sistemas de saúde pública nos países em desenvolvimento”. SOARES, André Marcelo; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito: uma introdução*. Coleção gestão em saúde, v. I, São Paulo: Loyola/ São Camilo, 2002, p.19.

1.1.2. Princípios fundamentais da bioética

Como acima demonstrado, em vista da preocupação da utilização de técnicas médicas em relação à vida dos pacientes, eclode a bioética. A nuance principialista da bioética teve suas bases lançadas a partir do cenário americano, em face de escândalos surgidos no âmbito da microbioética, sobretudo no tocante à medicina terapêutica e às experiências com seres humanos.¹⁴

Assim sendo, formou-se nos Estados Unidos, em 1974, uma comissão para realizar pesquisa aprofundada da nascente bioética, de modo a que se identificassem e se enunciassem os princípios éticos basilares que guiarão a biomedicina no que diz respeito à experimentação com seres humanos. Após o transcurso de quatro anos de discussões, trabalhos e debates, a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos sujeitos à Investigação Biomédica e ao Comportamento (*National Commission for the protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*) realizou a publicação do Relatório Belmont (*Belmont Report - 1978*), o qual estabeleceu aqueles que seriam os princípios vetores da bioética.¹⁵ Desta forma, por meio do relatório supramencionado, bem como dos apontamentos teóricos de TOM BEAUCHAMP e JAMES CHILDRESS, naquele mesmo ano, despontaram os princípios da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça. Tais princípios são compreendidos como racionalizações abstratas de valores que decorrem da hermenêutica da natureza humana e das necessidades individuais.¹⁶

Analisar-se-á a seguir cada um destes imperativos que permeiam a bioética.

1) Princípio da Autonomia

MARIA CLÁUDIA CRESPO BRAUNER, sucintamente, explica que a autonomia deve ser exercida através do compartilhamento das decisões entre os agentes biomédicos e os indivíduos que se encontram na condição de paciente.¹⁷

¹⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, p. 160.

¹⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei, implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 23.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

¹⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *op. cit.*, p. 159.

Em um específico viés, podemos compreender o princípio da autonomia como um feixe de determinados deveres direcionados ao profissional médico, bem como a sua equipe de apoio. Entre outros, esses deveres seriam o de dizer a verdade, de prezar pelo respeito à intimidade do paciente, de proteção das informações tidas como confidenciais e do corolário da obtenção do consentimento junto ao indivíduo em face de intervenções médicas.

No que tange ao princípio trazido a lume, compreende-se que ele exaltaria a vontade do paciente, ou a de seus representantes, protegendo os valores carreados intimamente pelo sujeito. Outrossim, seria a autonomia a “capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa”.¹⁸

HUBERT LEPARGNEUR realiza um contraponto no terreno deste princípio, ao apresentar o que ele denomina de uma “faceta nefasta” que a autonomia pode vir a tomar. A autonomia, segundo o autor, pode ser uma “terrível arma contra seu próprio bem”, pois o valor da decisão, frente a um determinado procedimento, acaba por ser reduzido “ao grau de esclarecimento e informação que porta o sujeito que decide”. O referido autor prossegue, em seu contraponto, ao asseverar que “habitualmente, a fraqueza do doente, sua incultura e sua frequente regressão etária não o habilitam precisamente à perfeita objetividade de sua decisão”.¹⁹

Concordamos com essa importante ressalva indicada pelo autor, pois, muitas vezes, o indivíduo encontra-se em situação de fragilidade psicológica, em virtude da penúria que seu corpo sofre devido à doença e, além disso, em países menos desenvolvidos, sofre também de fragilidade material no que tange ao atendimento que recebe, o que pode vir a viciar seu poder decisório. Discussões mais aprofundadas sobre autonomia serão realizadas em tópico vindouro.²⁰

II) Princípio da Beneficência

A beneficência trazida ao âmbito principiológico tem como base o contexto hipocrático. O médico, antes de iniciar o exercício de sua atividade profissional, realiza o famoso juramento de Hipócrates, no qual há a promessa de se utilizar o tratamento com o escopo de se atingir o bem do enfermo, segundo sua capacidade

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 37.

¹⁹ LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética, novo conceito: a caminho do consenso*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 61.

²⁰ Ver tópico 3.1.2

e juízo. O norte teleológico deste princípio seria, portanto, o de não causar danos ao mesmo tempo em que amplificam-se os benefícios.²¹

Neste aspecto, trata-se da atuação da equipe médica que, pautando-se nos mais sobressalentes interesses do indivíduo enfermo, deve evitar danos, visando o bem-estar do paciente. Assim, baseados nos ensinamentos de WILLIAN FRANKENA, podemos aduzir que o princípio da beneficência não determina o equilíbrio entre bem e mal, mas clama promoção do primeiro, evitando o segundo.²²

III) Princípio da Não Maleficência

Entende parte dos autores que este princípio seria uma vertente do princípio da beneficência, pois restaria inserida aqui a necessidade de se evitar a ocorrência de um dano tido como intencional, derivando-se do *primum non nocere*²³, máxima da ética médica.²⁴

Dentro do princípio da não maleficência, LEONARD MARTIN dispõe que “o médico ou outro profissional da saúde deve evitar causar danos à pessoa sob seus cuidados”, colocando que, caso precise causar algum dano “o mal-estar provocado deve ser proporcional aos efeitos benéficos desejados e previsíveis”.²⁵

IV) Princípio da Justiça

O princípio da justiça informa a imprescindibilidade da observância de uma racionalidade equânime tanto no acesso, como na distribuição dos escassos recursos médico-hospitalares.²⁶

Neste sentido é o ensinamento de JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES, que, ao relacionar o princípio da justiça à equânime distribuição dos recursos

²¹ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 38.

²² FRANKENA, Willian Klaas. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 73. Apud: DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

²³ Dentro do juramento hipocrático: “*Farei uso do regime da vida para ajuda do enfermo, segundo minha capacidade e reto entendimento. Preservar-me-ei do dano e da injustiça*”. COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. *Ortotanásia: Em Busca da Dignidade da Morte*. 2009. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 20.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 39.

²⁵ MARTIN, Leonard M. A ética e a humanização hospitalar. In: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana (Coord.). *Humanização e cuidados paliativos*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 44.

²⁶ ADONI, André Luis. *op. cit.*, p. 401.

disponíveis nos serviços de saúde, aponta a necessidade da existência de tratamento equitativo, observando-se e respeitando-se as distintas situações clínicas, bem como a proporcionalidade das intervenções e dos procedimentos.²⁷

Também ecoa o entendimento de LEONARD MARTIN, o qual assevera que o princípio da justiça está imbricado em um dilema sociopolítico que nos cerca: quando doentes, os indivíduos não conseguem se tornar pacientes de um médico que a eles se dedique com o necessário denodo, humanidade e eficiência, em virtude da escassez de profissionais em vista da demanda. Prosseguindo seu pensamento, o autor dispõe que - mesmo após ultrapassadas as barreiras iniciais do acesso aos serviços de saúde, tais como longas esperas - parcela considerável da população estaria fadada a um “tratamento perfunctório”, o qual seria realizado “com as poucas drogas disponíveis na farmácia para uso do paciente do SUS”.²⁸

Desta forma, o entendimento é que a bioética, na determinação de suas diretrizes, deve ter como norte os supramencionados princípios.²⁹

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, no tocante à relação dos princípios bioéticos e o cenário jurídico nacional, ensina:

*Assim, embora somente em 1991, o Congresso Nacional tenha ratificado o Acordo Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), desde 1988, data da promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu com plena força normativa, os princípios postulados da bioética, a saber: da não maleficência, da justiça de equidade; do benefício ou gratuidade; da autonomia e do respeito à pessoa humana.*³⁰

Após esta necessária apresentação sobre a bioética, através de sua conceituação e abordagem histórica, bem como da análise dos seus princípios pivotantes, passemos a nos debruçar, a seguir, sobre outra matiz necessária à escoreita análise do panorama do processo que engloba a morte: o biodireito.

²⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

²⁸ MARTIN, Leonard M. *op. cit.*, p. 46-47.

²⁹ Complementa ADRIANA DABUS MALUF, que, para além do principialismo acima demonstrado, são passíveis de investigação na bioética outros paradigmas: *Naturalismo* (o qual reconheceria, por meio do direito natural, a existência de bens considerados fundamentais, tais como a vida, a racionalidade e convicções religiosas); *Personalismo* (este, partindo de uma base antropológica, objetivaria defender a dignidade humana a partir do viés de suas características principais). MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 12.

³⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. Direito e bioética. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*. Curitiba n. 29, p. 255-257, 1996. p. 255.

1.1.3. Biodireito

Como exposto acima, a evolução e o aperfeiçoamento das técnicas biomédicas trouxeram inúmeras melhorias e perspectivas de tratamentos mais eficazes no âmbito da saúde. Por isso, o risco de o indivíduo ter sua dignidade violada em razão da falta de tratamento eficaz até “sai pela porta”. Porém, “retorna pela janela” através de utilização incondicionada das expertises nascentes supramencionadas.³¹

Diante deste delicado cenário, como pontua MARIA CELINA BODIN DE MORAES, tal “acumulação de tão profundos conhecimentos sobre o mundo não aumentou a sabedoria do mundo”, sendo necessário, portanto, o estabelecimento de limitações à atuação da ciência oriundas de “escolhas ético-político-jurídicas da sociedade”.³²

Em linhas de definição, consoante ensina ADRIANA DABUS MALUF, o biodireito seria um “novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito”, tendo como terreno para seu estudo “as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia, peculiaridades relacionadas ao corpo e à dignidade da pessoa humana”.³³

O biodireito não tem o escopo, conforme explica JUDITH MARTINS-COSTA, de obstaculizar o desenvolvimento científico, mas sim o de produzir lindes mínimos para compatibilizar o supramencionado avanço biomédico aos valores humanos.³⁴

Não é outro o entendimento de MARIA CLÁUDIA CRESPO BRAUNER ao compreender que, pautado nos princípios da dignidade humana e da responsabilidade, o biodireito tem por objetivo limitar a *praxis* biomédica.³⁵

Como já exposto acima, temos constantes e lancinantes modificações

³¹ Relembremos aqui o crescimento técnico da medicina na segunda metade do século passado com a criação das UTIs, a realização dos primeiros transplantes, o diagnóstico da morte cerebral, as descobertas da psicofarmacologia e os avanços em mecanismos imunológicos de rejeição. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 8.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60-61.

³³ A autora fala ainda na existência de dois “planos de tutela” do biodireito: *i) Macrobiodireito* (o qual se ocuparia das relações ambientais e dos patrimônios natural, artificial e cultural) e *ii) Microbiodireito* (este plano estudaria as questões relacionadas à vida individualizada). MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 16-17.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e construção do biodireito. *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. v. 8, n. 2, 2000, p. 233.

³⁵ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *op. cit.*, p. 175.

tecnológicas que se sucedem, e esses avanços acabam por impactar, muitas vezes, no âmbito da dignidade humana. Em face desse cenário, ou seja, dos novos desafios éticos trazidos pela biomedicina, o direito não pode olvidar-se de enfrentá-los.³⁶ Deve ele (direito) buscar o estabelecimento de determinados limites ético-jurídicos³⁷ para a proteção da citada dignidade humana, impondo, assim, limites ao uso das novas tecnologias científicas, sem, contudo, impedir o avanço científico. Este seria o desafio do biodireito: equilibrar biotecnologia e dignidade.

Portanto, revela-se inafastável que os operadores do direito tenham consciência de que esses delicados temas abordados pelo biodireito devem ser lidos e tratados a partir da fonte legitimadora de todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.³⁸

Em consonância com o acima exposto, prossegue, em seu ensinamento, MARIA HELENA DINIZ, aduzindo que a contemporânea consciência jurídica, “diante da indiferença de um mundo tecnicista e insensível”, deve ter a sua atenção voltada para o corolário de suas conquistas: “o respeito absoluto e irrestrito pela dignidade humana, que passa a ser um compromisso inafastável e um dos desafios para o século XXI”.³⁹

No entendimento de FRANCISCO AMARAL, o biodireito estaria assentado e estruturado na Constituição Federal, tendo por pilares básicos a garantia do direito à vida, mas, sobretudo, à dignidade da pessoa humana. O mencionado autor assevera que o biodireito é “um conjunto de princípios, conceitos e regras que concretizam os valores fixados pela ética no campo das ciências da vida”, e tem seu terreno de atuação em face da insuficiência da própria ética em solucionar os conflitos que lá surgem.⁴⁰

Corroborando a este pensamento, DIEGO GRACIA traz a noção de que o biodireito “é a regulamentação jurídica da problemática da bioética”. Prossegue o

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 8.

³⁷ Estabelece, neste sentido da carência de estabelecimento de limites, JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES, a expressão “*traço jurídico nítido*” como uma das necessidades de realização concreta pelo biodireito em face da fragilidade social engendrada pelo poder científico sobre a vida. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão: discurso inicial sobre o biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto. In: _____ (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 89.

³⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 45.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 429.

⁴⁰ AMARAL, Francisco. O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. In: CARNEIRO, Fernanda (Coord.). *A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. p. 37.

referido autor e estabelece que existiria determinado ciclo de complementaridade entre os ramos: “a ética como instância prática do direito e o direito como expressão positiva da ética”.⁴¹

Em linhas gerais, conforme as lições de MARIA HELENA DINIZ, “a bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos”, e, em face disso, não pode ser o direito omissivo diante das “tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana”, repousando estas sob o sutil disfarce “de que buscam o progresso científico em prol da modernidade”.⁴²

Para tanto, ou seja, para o estabelecimento de limites ao desenvolvimento desenfreado da ciência, sem observância de valores humanos, determinados parâmetros devem ser estabelecidos como bases para a atuação do biodireito.

Dentro dos ensinamentos de ADRIANA DABUS MALUF, nos deparamos com a enunciação de determinados vetores que permeiam as orientações fundamentais da atuação do biodireito, ou seja, princípios fundamentais que podem ser aplicados a esta expressão positiva da ética. Dentre eles encontramos os princípios da autonomia; da beneficência, da dignidade humana, da justiça, da cooperação entre os povos e o da precaução.⁴³

Como decorrência da inevitável construção do biodireito, destaca EROULTHS CORTIANO JÚNIOR, que seria necessário dar maior destaque e reflexão a determinadas temáticas, tais como o direito à vida com dignidade e a indisponibilidade e extrapatrimonialidade dos direitos de personalidade.⁴⁴

Por isso, após demonstrarmos as características gerais que cercam o biodireito e seus princípios, adentraremos com maior atenção no estudo da principal faceta por ele protegida: a personalidade do ser humano.

1.1.4. *Bioética e Direitos de Personalidade*

Ao adentrarmos aos lindes dos direitos de personalidade devemos ter em mente a noção de que cada indivíduo é único, não passível de repetir-se.

⁴¹ GRACIA, Diego. *Fundamentos de bioética*. Madrid: Eudema, 1989, p. 576. *Apud*: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 17

⁴² DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 43.

⁴³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 18-20.

⁴⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *op. cit.*, p. 40.

Afirma, RITA DE CÁSSIA CURVO LEITE, que “nossa configuração biopsíquica somente se manifesta em nós mesmos”; e é através da personalidade que são externados e formados os “caracteres exclusivos de uma pessoa, tudo que lhe é próprio e essencial, distinguindo-a de outra pessoa morfológica, fisiológica e psicologicamente”.⁴⁵ ⁴⁶ Em face desta especialidade intrínseca a cada indivíduo, demonstra-se necessária a proteção deste plexo da estrutura pensante, ou seja, a personalidade, de supervenientes abusos ou agressões.⁴⁷

ELIMAR SZANIAWSKI, demonstrando em sua doutrina o curso temporal dos direitos de personalidade, nos chama atenção para determinados momentos. Assevera o referido autor que na Antiga Grécia a proteção da personalidade se sustentava sobre três ideias: o repúdio à injustiça, a vedação de atos de excessos de uma pessoa contra outra e a proibição de atos de insolência contra a pessoa humana. Em Roma, por meio da *actio iniurarium* (proteção do indivíduo ante ofensas), esboçou-se uma cláusula-geral protetora da personalidade.⁴⁸

Durante a Idade Média se lançaram “as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa”, abrindo espaço para a chamada “integração do direito geral de personalidade”, ocorrida nos séculos XVI e XVII. Após um período de fragmentação no período oitocentista, o direito geral de personalidade tem seu renascimento⁴⁹ em

⁴⁵ LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 7.

⁴⁶ Neste viés corrobora CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT, o qual compreende a personalidade como constituinte da estrutura pensante do indivíduo, alçando os bordos das “*relações do plano do consciente e do inconsciente, manifestados nesse mesmo ser, e que se realizam por meio de fatores predominantes de conduta, individualmente exteriorizáveis*”. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. A integridade psíquica e sua disciplina dentre os direitos da personalidade no sistema legal brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo” *Revista dos Tribunais*, n. 14, abr./jul. 2003, p. 165.

⁴⁷ LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Coord.). *Biodireito: Ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 151.

⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23-32.

⁴⁹ Devemos realizar aqui, no tocante ao renascimento, uma consideração: o renascimento mencionado mostrou-se no ordenamento alemão, mas não ocorreu no suíço. Expliquemos. O direito geral de personalidade teve sua consagração na Suíça, com o Código Civil promulgado em 10 de dezembro de 1907, pois o reconhecimento da existência e da eficácia de um direito geral de personalidade vem, expressamente, disciplinado no artigo 28. O direito alemão, por sua vez, demonstra o ocorrência do renascimento, haja vista a codificação civil alemã (BGB), promulgada em em 1900, ter resultado na extinção da categoria de um único e geral direito da personalidade, vindo apenas a retornar à concepção alemã, a partir da promulgação da Lei fundamental de Bonn, em 23 de maio de 1949. SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, p. 93-94.

meados do século XX, mormente após os episódios ocorridos nas duas grandes guerras mundiais.⁵⁰

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL vem a corroborar esta constatação, quando, em suas reflexões, assevera:

As construções doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas, referentes aos direitos da personalidade, desenvolvidas ao longo do século XIX, sofrerão uma alteração em seu sentido e conteúdo, a partir da segunda metade do século XX. Os traumas sofridos pelas sociedades européias e as consequências planetárias advindas da Segunda Guerra Mundial demonstraram a insuficiência da tutela jurídica oferecida pela modernidade ao sujeito de direito, com base no direito subjetivo e nas liberdades públicas.⁵¹

Desta forma, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, registrou-se uma retomada da consciência e constatação da importância dos direitos de personalidade para o mundo jurídico, sendo eles, a partir desta compreensão, resguardados na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.

Em sua tradicional doutrina, Orlando Gomes pontuava acerca desses direitos essenciais à pessoa humana:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se, os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza, como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.⁵²

Traçando linhas de definição, FLÁVIO TARTUCE assevera acerca dos direitos de personalidade:

Tem por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da

⁵⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, p. 33-56.

⁵¹ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 45.

⁵² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 131-132.

*personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde o nascimento até sua morte. Em síntese, podemos ainda dizer que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1º, III, da CF/1988).*⁵³

Ainda debruçado sobre a temática dos direitos de personalidade, prossegue, em sua doutrina, o referido autor:

*São em suma, aquelas qualidades que se agregam ao homem, sendo intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícias, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica permite sua defesa contra qualquer ameaça. O direito objetivo autoriza a defesa dos direitos da personalidade, que, por sua vez, são direitos subjetivos da pessoa de usar e dispor daquilo que lhe é próprio, ou seja, um poder de vontade do sujeito somado ao dever jurídico de respeitar aquele poder por parte de outrem.*⁵⁴

Através de sua doutrina, pondera ELIMAR SZANIAWSKI que a Constituição Federal embora não tenha em seu texto um específico dispositivo com o norte de tutelar a personalidade humana, reconhece a tutela do direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa humana. Complementa o doutrinador que o constituinte brasileiro realizou a escolha de erigir um “sistema de tutela da personalidade”, através do posicionamento da dignidade humana como alicerce principal do direito geral de personalidade.⁵⁵

Portanto, denota-se que o constituinte incluiu determinadas categorias como direitos especiais da personalidade. Dentre estes direitos, destaca-se a presença do direito à vida, igualdade, intimidade, vida privada, imagem, honra e segredo.^{56 57}

Denota-se, então, o direito à vida, objeto de cuidado constante da bioética em sentido amplo, como um dos direitos especiais da personalidade, porque não se dizer o principal deles. Outrossim, a morte, enquanto estágio e processo final da vida, é integrante desta tutela trazida pela Constituição.

⁵³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 135.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. *op. cit.*, p. 137.

⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, p. 137.

⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, p. 136.

⁵⁷ MARIA CELINA BODIN DE MORAES, por sua vez, afirma, em sua doutrina, que a tutela da personalidade, enquanto cláusula geral, concretiza os princípios da dignidade, solidariedade e liberdade. MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, p. 127.

Desta feita, após esta breve elucidação acerca dos direitos de personalidade, faceta tão importante à bioética⁵⁸, mormente ao biodireito, passemos a discorrer sobre as nuances e características do “processo do morrer” enquanto integrante que é da vida.

⁵⁸ “Mesmo com o objetivo de trazer grandes benefícios à pessoa humana, a prática de determinadas formas de ciência deve ser evitada, se estas contiverem riscos potenciais, perigosos e imprevisíveis, pois deverão obedecer aos limites éticos e jurídicos pelo respeito à vida, à integridade e à dignidade da pessoa humana”. BAUMANN DE LIMA, Gilberto; ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Relações da bioética com o direito - administração dos riscos. *In*: URBAN, Cícero de Andrade. (Coord.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 72.

2. A MORTE ENQUANTO PROCESSO

O ser humano em todas as suas fases de existência, incluindo o momento de sua morte, é detentor de direitos intrínsecos à sua personalidade, conforme exposto anteriormente, e deve, portanto, ter a sua dignidade respeitada.⁵⁹

É necessária a compreensão que “o morrer”, processo último da vida, fica desprovido do seu sentido, caso não se compreenda que a morte é parte integrante da vida.

Portanto, neste momento, debruçar-se-á sobre os aspectos que repousam ao redor do que se entende por “vida”, para que, superado este ponto, passemos à análise de seu estágio último, seu processo final, que é o morrer, atentando para seus caracteres histórico-sociais, religiosos, jurídicos e seus conceitos fundamentais.

2.1. Vida

Logo no intróito desta temática nos deparamos com um intrincado dilema: “afinal, o que seria a vida?”. O dilema se estabelece pois está a se tratar de um tema presente em praticamente todas as reflexões que o homem realiza sobre a realidade que o cerca, o que acaba por criar inúmeras e infundáveis elucubrações ante o tema “vida”.

Neste sentido, ELIMAR SZANIAWSKI ensina que “a definição do que é vida é quase impossível de ser formulada”, por estar alocada para além de nossa compreensão; “as ciências conseguem apontar vagas ideias sobre aspectos ou parcelas daquilo que se pode conceber que seja vida, mas o *todo* pertence ao mundo da religião e da moral”.⁶⁰

FRANCISCO AMARAL, enfrentando a temática, aponta que a vida humana pode ser compreendida através de um tríplice viés: o âmbito biológico, o psíquico e o espiritual. O mencionado autor assevera que o aspecto biológico é aquele formado pela atividade orgânica de crescimento, desenvolvimento e envelhecimento do

⁵⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 425.

⁶⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 146-147.

indivíduo, desde a concepção até a sua morte. No que toca ao aspecto psicológico que permeia a vida, este seria a “percepção do mundo interno e externo ao indivíduo”. Por fim, o viés espiritual da vida é compreendido como a manifestação da inteligência e da vontade.⁶¹

Para LEO PESSINI, a vida seria revestida de determinado aspecto de sacralidade, pois, em face dessa característica, a vida do indivíduo possuiria valor, independentemente, do estado de saúde deste, não podendo ela, vida, ser instrumentalizada, usada como meio, mas devendo ser tratada com dignidade sempre.⁶²

Em sendo direito, consoante se constata através da tradicional doutrina, mormente ao analisarmos a obra de PONTES DE MIRANDA, há o ensinamento de que com o nascimento da personalidade, ou seja, com a entrada do nascimento humano no mundo jurídico, surge o direito à vida.⁶³

Nesta relação entre vida e personalidade, MARCOS BERNARDES DE MELLO assevera que em nosso sistema jurídico “a personalidade jurídica do homem começa do nascimento com vida, assim considerado aquele que em que o indivíduo respira fora do ventre materno, penetrando o ar em seus pulmões”. Desta maneira, não importa a duração temporal da vida extrauterina: “se respirou e depois morreu, foi pessoa e deixou de ser”. MELLO afirma que “o suporte fático do fato jurídico do nascimento, cuja eficácia é a aquisição da personalidade, tem como elemento essencial, apenas, que seja com vida”. Portanto, não é suporte fático o fato do nascimento por si mesmo, mas este fato qualificado: nascimento com vida, ou seja, “basta a vida desprendida da mãe”.⁶⁴

Contudo, parte da doutrina compreende que o entendimento supramencionado é equivocado, pois o nascituro já seria portador de personalidade. Nesta esteira e representante desta banda doutrinária, ELIMAR SZANIAWSKI

⁶¹ AMARAL, Francisco. O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. In: CARNEIRO, Fernanda (Coord.). *A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. p. 40.

⁶² PESSINI, Leo. *Como lidar com o paciente em fase terminal*. 5. ed. São Paulo: Santuário, 1990, p. 75.

⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. II, p. 14.

⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148.

ensina que “é a vida que dá origem à personalidade do ser humano, devendo ser lembrado que a vida já existe nas células germinativas dos pais do indivíduo”.⁶⁵

Compreende-se o direito à vida como um “direito natural e universal”, sendo, por exemplo, trazido de forma expressa na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*⁶⁶ e em outros documentos internacionais. No âmbito jurídico interno, este direito está protegido pela Constituição, pelo direito civil e pelo direito penal.⁶⁷

Dentro da temática trazida à baila, ELIMAR SZANIAWSKI, afirma que, não obstante inexisterem graus de manifestações da personalidade humana e seus correspectivos direitos, o direito à vida é “o primeiro e mais importante atributo da personalidade humana”. O referido autor ainda ensina que “personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis”, pois o direito à vida acaba por se fundar à própria personalidade do indivíduo, não existindo, portanto, vida sem personalidade.⁶⁸

Neste sentido, prossegue o autor e afirma:

*O direito à vida constitui-se em um direito fundamental tão importante quanto o é o princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos, direito à vida e princípio da dignidade da pessoa humana, convivem juntos, sendo inseparáveis. São como duas rodas unidas por um eixo que permanentemente atuam em conjunto.*⁶⁹

JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO ensina que em nossa Constituição Federal, bem como na legislação ordinária, existe um profundo respeito em relação ao bem jurídico vida. Contudo, ao trazer alguns exemplos, entre eles as situações de guerra e de legítima defesa, a partir das quais tira por compreensão que “não há absolutos no direito”, concluindo que “a vida também não o é”.⁷⁰

⁶⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, p. 146.

⁶⁶ “Art. 3º: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança nacional.” ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (1948). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 13 set. 2013.

⁶⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, p. 148.

⁶⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Idem*, p. 146.

⁶⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Idem*, p. 147.

⁷⁰ “No ponto de vista jurídico há uma conciliação dialética entre o valor vida e outras implicações sociais. Nunca a vida é posta na disponibilidade individual; não é bem disponível nesse sentido. Mas há a guerra. Há a legítima defesa. Há situações de estado de necessidade radicais, em que a salvação de um implica o sacrifício de outros. Não se admite a exposição gratuita da vida, mas há um ponto que está além de toda a restrição: o sacrifício da própria vida por outrem. Representa a forma mais sublime da auto-realização ética. Fora destas implicações da solidariedade, a vida não é nem jurídica nem eticamente um bem disponível”. OLIVEIRA ASCENSÃO, José. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 156.

Corroborar com o acima exposto, ELIMAR SZANIAWSKI, ao demonstrar que em nossa “Constituição da República se vislumbra o direito à vida de maneira relativa”, pois ocorre a admissão de se suprimir a vida humana, excepcionalmente, nos casos em que se verificar a ocorrência de guerra declarada.⁷¹ “Esta exceção constitui-se em uma limitação legislativa ao direito absoluto à vida”.⁷²

Outrossim, neste diapasão de direito à vida, denota-se que este estaria ligado de forma íntima a outras manifestações de direitos de personalidade que o complementariam, entre eles o direito a uma vida com um mínimo de qualidade, e por conseguinte, de dignidade. Este ponto será aprofundado posteriormente, quando debruçarmos nossa análise sobre a dignidade e sua relação com processo de morrer.

Assim, após uma breve elucidação acerca do que seria “vida” e o seu decorrente direito, passamos agora à análise do seu processo último: o morrer.

2.2. Morte

Processo integrante que é da vida, a morte também, tal qual aquela, é um tema complexo e também imbricado de inúmeros e múltiplos aspectos que, para melhor compreensão, devem ser apresentados pontualmente em nosso estudo. Desta feita, discorrer-se-á a seguir acerca de algumas aproximações inerentes ao processo de morrer.

2.2.1. Aspectos histórico-sociais

MARIA JÚLIA KOVÁCS nos ensina que em cada período histórico vigorou um padrão de morte almejada. Por exemplo, em face dos rápidos falecimentos em guerras, buscava-se, durante a Idade Média, a morte cercada por familiares, existindo, desta feita, a possibilidade de o indivíduo se despedir dos seus familiares. Rechaçava-se, assim, a morte repentina e isolada, justamente a morte que se

⁷¹ “Artigo 5º (...), XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada (...).” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 set. 2013.

⁷² SZANIAWSKI, Elimar. O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba: SER/UFPR, n. 46, p. 151-179, 2007, p. 175.

vislumbra na contemporaneidade, “preferencialmente em que se esteja dormindo, sem consciência; a morte que nem se percebe”.⁷³

Remontando a períodos históricos, por muito tempo a morte foi compreendida como fenômeno comum, com a qual se convivia sem maior problemática, pois trazia uma dor tolerável. Geralmente, morria-se no âmbito familiar, ficando o moribundo junto aos seus até o momento derradeiro. Assim, o leito daquele que estava próximo do final de sua vida era publicizado.

Por conseguinte, não havia o afastamento dos infantes deste momento, pois, em face de ser um evento costumeiramente familiar, observa-se que, nos primeiros anos da infância, havia um contato direto com o fenômeno da morte, o que era importante para a fixação do alicerce da tolerância em face da perda de um familiar.⁷⁴

Tanto era a proximidade e conformidade com a inevitabilidade da morte que, até o século XVII, conforme explica JOSÉ CARLOS RODRIGUES, o cemitério era o local “mais barulhento e confuso das cidades”. Era o centro da vida social, pois, não obstante ser o local de repouso dos mortos, era a praça pública, o local onde se praticava o comércio. Contudo, no século seguinte, em nome de questões como saúde e higiene, tal movimentação nos arredores dessas áreas começa a diminuir.⁷⁵

Outrossim, denota-se o desenvolvimento de um determinado fenômeno no transcorrer dos séculos século XIX e XX: “o deslocamento do lugar da morte”. Esta não mais se dava no seio familiar, mas na solidão hospitalar. Neste novo ambiente, deixa de existir a despedida mansa do moribundo dos seus, passando-se ao asséptico fenômeno técnico causado pelo fim de possibilidade de cuidados por parte do médico e da equipe hospitalar.⁷⁶

Essa caminhada do processo final da vida ao âmbito hospitalar, somado ao enlace, cada vez mais estreito, entre a medicina e a tecnologia, alçou o prolongamento do processo de morte do paciente. Corroboram este entendimento LEO PESSINI e CHRISTIAN DE PAUL BARCHIFONTAINE, ao demonstrarem que, em um passado não tão distante, o interregno entre o adoecer e o morrer era de

⁷³ KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o direito de morrer de dignidade. *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 6, n. 1, p. 61-69, 1998, p. 63.

⁷⁴ BALDESSIN, Anísio. *Pastoral Hospitalar e o paciente terminal*. Aparecida: Santuário, 1994, p. 27.

⁷⁵ RODRIGUES, José Carlos. *Tabu da morte*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006, p. 125-126.

⁷⁶ BALDESSIN, Anísio. *op. cit.*, p. 28.

cinco dias, ao passo que, hoje, este tempo “aumentou de cinco dias para cinco anos”, e por conseguinte, “mais do que se falar em morte, fala-se do processo do morrer”.⁷⁷

Com essa intensa pesquisa e investimento na otimização da vida do indivíduo, a morte passa a ser compreendida como um inafastável sinônimo de falha e impotência. A morte passou a ser alvejada pela negação. O falecimento de um paciente deixa de ser um evento cotidiano e natural para a equipe médica e passa a ser visto como fracasso. A esse cenário, é acolhedora a afirmação de REBECA FERNANDES DIAS:

Ao mesmo tempo em que a morte deixou de ocorrer nos espaços privados das pessoas, em seus leitos cercados por familiares e passou a realizar-se nos quartos de hospitais, povoados por médicos e profissionais da saúde, ou seja, ao mesmo tempo em que a morte tornou-se um fracasso a ser escondido, ela saiu da cena do cotidiano privado das pessoas para se tornar pública e ocupar os leitos dos hospitais. A morte se afastou dos homens e, portanto, afastou-se da vida.⁷⁸

Desta forma, tem-se que morte na sociedade contemporânea tornou-se sinônimo de impotência e negação, compreendida como um mal a ser ocultado, distanciando-se completamente de qualquer contato com a vida.⁷⁹

2.2.2. Aspectos religiosos

Não haveria como tratar desta temática sem trazer a lume o elemento religioso. A morte, enquanto fato natural e inevitável momento da vida, se apresenta a todos os seres humanos. O que distingue os indivíduos é o modo como este fato natural vem a ser encarado por cada um. E, geralmente, acaba por ser no âmbito da

⁷⁷ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 352.

⁷⁸ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a biotecnologia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012, p. 244.

⁷⁹ “No momento em que o morrer se transfere para os espaços públicos se materializa aquilo que pode parecer um paradoxo, o ocultamento da morte, que na realidade nasce do seu desaparecimento do cotidiano, da vida de cada dia, de uma gestão imersa no fluxo de outras relações sociais, do seu desenvolver-se nos mesmos ambientes onde em outro momento se dorme, se faz amor. A morte está distanciada da vida, dela se separa”. RODOTÁ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Giangiacommo Feltrinelli Editore, 2006, p. 261. *Apud*: DIAS, Rebeca Fernandes. *op. cit.*, p. 244.

religião que se tenta buscar caminhos e respostas sobre essas questões existenciais.

LEO PESSINI, dentro deste contexto, assevera:

*As religiões podem dar às pessoas uma norma superior de consciência, aquele imperativo categórico tão importante para a sociedade de hoje e que obriga numa outra profundidade e firmeza. Pois todas as grandes religiões exigem uma espécie de 'regra de ouro' – não se trata de uma norma hipotética, condicional, mas de uma norma incondicional, categórica e apodítica – totalmente praticável diante das mais complexas situações em que os indivíduos ou mesmo muitas vezes grupos devem agir.*⁸⁰

Sendo assim, como se está trabalhando tema complexo, necessário será que demonstremos, mesmo que em rápida abordagem, os aspectos das principais religiões presentes em nossa contemporaneidade, no que toca à temática da terminalidade da vida.

O budismo não vislumbra o instante da morte como sendo o estágio final da vida, mas o compreende como momento de transição. A preocupação que salta aos seus adeptos não é se o corpo está vivo ou morto, mas se a mente pode continuar em paz e harmonia em si mesma, pois após a morte, ou seja, após a transição, o espírito viria a alocar-se em outros corpos, em escala superior ou inferior dos seres vivos, de acordo com suas condutas na vida pregressa.⁸¹

No tocante a aspectos terminais, entende-se que no budismo “a qualidade de vida mental do paciente é fundamental”, de modo que, “a sua decisão quanto ao tempo e forma de morrer é de suma relevância”. Desta forma, embora considere-se a vida preciosa, no budismo, ela não é revestida de caráter divino.⁸²

Por sua vez, o judaísmo compreende a morte como parte natural da existência humana, preconizando que o indivíduo deva estar pronto para “entrar na sala do porvir”, por meio da confissão *in extremis*, em seu momento final, dos pecados cometidos ao longo da vida. Além disso, a questão de determinação do exato momento em que a vida se extingue é muito discutida entre bioeticistas judeus

⁸⁰ PESSINI, Leo. A eutanásia na visão das maiores religiões. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. (Coord.). *Bioética: alguns desafios*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 262.

⁸¹ PESSINI, Leo. *op. cit.*, p. 266.

⁸² BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional*. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/docdown/_7ce.pdf>. Acesso em: 29 set. 2013.

contemporâneos.⁸³

O islamismo compreende que a vida presente seria uma preparação para a outra existência. A passagem se dá com a morte. Morrendo o indivíduo, inicia a eternidade e sua alma fica aguardando o dia do juízo final, o qual será realizado por Alá e determinará o destino eterno de cada uma das almas. O Código Islâmico de Ética Médica tem em seu juramento que o profissional da medicina, enquanto instrumento divino, deve proteger a vida, de modo “a libertá-la da morte, doença, dor e ansiedade”.⁸⁴

Ainda nesta análise, o cristianismo, religião mais difundida no ocidente, tendo por base a Bíblia, compreende que a vida como dádiva divina. No cristianismo primitivo, mormente a partir da análise dos episódios que envolveram os mártires, evidencia-se a morte como algo esperançoso, pois aqueles que morressem por sua fé teriam a certeza de que “ao fecharem os olhos neste mundo, abririam na eternidade com o Senhor Jesus”. A fé no repouso eterno junto ao criador, para aqueles que creram e seguiram os preceitos ditados por Deus, é a linha mestre do entendimento cristão sobre a morte. Desta forma, vê-se a finitude da vida como a passagem da alma para a eternidade, ou no céu ou no sofrimento infernal, destino daqueles que não creram em Deus em vida.⁸⁵

O que fica do acima exposto é que o âmbito religioso demonstra-se como responsável pelas maiores discussões e desajustes nesta temática. LEO PESSINI, em seus ensinamentos, corrobora tal constatação:

*A morte não é um mero evento técnico-científico. É um evento cultural, moral e religioso. As diferentes visões culturais e religiosas da morte nos dão uma compreensão e apontam para comportamentos, compromissos e ações mais apropriadas. Reside neste pluralismo o coração das controvérsias em torno da morte e do processo do morrer.*⁸⁶

⁸³ “Alguns rabinos contemporâneos conservadores não aceitam que a morte encefálica seja critério de morte. Insistem que o critério tradicional para determinar a morte seja interpretado literalmente, ou seja, a cessação de reflexos espontâneos, batimentos cardíacos e respiração. Outros, contudo, argumentam que uma vez que é o encéfalo que controla a respiração e o coração, se existir uma falência irreversível na área a pessoa é considerada morta, mesmo que apresente alguma atividade cardíaca. Para estes mais liberais, as mudanças no conhecimento médico científico podem ser usadas como guia na interpretação judaica”. PESSINI, Leo. *op. cit.*, p. 270.

⁸⁴ BOMTEMPO, Tiago Vieira. *site cit.*

⁸⁵ PESSINI, Leo. *op. cit.*, p. 275; BOMTEMPO, Tiago Vieira. *op. cit.*, p.18.

⁸⁶ PESSINI, Leo. *op. cit.*, p. 281.

Ora, as compressões acima demonstram, apenas exemplificativamente, como o tema da terminalidade da vida é multifacetado também no campo religioso, não cabendo no presente trabalho a tarefa hercúlea de apresentar o entendimento de todas as crenças que nos cercam.

2.2.3. Aspectos jurídicos

No âmbito da Teoria do Fato Jurídico, explica MARCOS BERNARDES DE MELLO que “todo fato jurídico em que, na composição de seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como essencial, denomina-se fato jurídico *strictu sensu*”. Deste modo, a morte, enquanto evento natural que é, classifica-se como fato jurídico em sentido estrito.⁸⁷

A Lei nº 10.406/02, o Código Civil vigente, dispõe em seu artigo 6º que a existência da pessoa natural termina com o advento da morte. Ao longo de toda sua vida, a pessoa humana pode sofrer uma série de restrições, como, por exemplo, nos casos de incapacidade que engendram a limitação dada pela interdição. Todavia, o fim da personalidade do indivíduo, apenas virá a ocorrer com a morte, que, segundo o direito positivo brasileiro, como se verá adiante, em tópico próprio⁸⁸, se dá com a aferição da morte encefálica.

A morte, em face dos significativos efeitos que produz, como acima demonstrado, deve ser devidamente documentada de acordo com os ditames legais.⁸⁹ Contudo, nem sempre a fixação da morte no tempo e sua comprovação conseguem ser realizadas, por isso, o direito trabalha com determinadas presunções.

Desta feita, o Código Civil considera presumida a morte em três hipóteses:

⁸⁷ “Pode acontecer que algumas vezes o evento suporte fático esteja ligado a um ato humano, (...) entretanto, não altera a natureza do fato jurídico, uma vez que a circunstância de haver um ato humano em sua origem não muda o caráter do evento que constitui o suporte fático. A morte não deixa de ser evento da natureza se provocada por um ato humano, porque esse ato não constitui um dado essencial à existência do fato, mas dele participa indireta ou acidentalmente”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

⁸⁸ Ver tópico 2.3.2.

⁸⁹ “Para tanto, é necessário um laudo médico, visando à elaboração do atestado de óbito, a ser registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, nos termos do art. 9.º, I, da codificação. A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) fixa os parâmetros para a elaboração de tal documento. A sua exigência está contida no art. 77 da referida lei, sendo certo que ‘nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito.’” TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. único. São Paulo: Método, 2011, p. 106.

a) ausência (quando legalmente autorizada a abertura da sucessão definitiva); b) extrema probabilidade de morte de quem se encontrava em perigo de vida; c) desaparecimento em campanha ou aprisionamento, se não for encontrada a pessoa até dois anos após o término da guerra.⁹⁰

No tocante à letra da lei, dispõem os artigos 6º e 7º do Código Civil:

Art. 6º: A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Art. 7º: Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

*I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.⁹¹*

Em circunstâncias excepcionais, pode ocorrer o reconhecimento da morte do indivíduo diretamente pela lei. Nestes casos, não se trata propriamente de morte presumida, mas morte reconhecida pelo ordenamento jurídico, como no disposto pela Lei nº 9.140/1995.⁹²

Para FÁBIO ULHOA COELHO, no direito, a morte não seria o fato biológico em si, mas uma declaração de que essa de fato ocorreu. Isso, segundo o autor, ficaria evidente pelo fato de que o considerado ausente pode já ter perecido biologicamente, mas por não se ter conhecimento deste fato, ou, nas palavras do autor, “como ninguém declarou este acontecimento pela forma juridicamente adequada”, o referido indivíduo, já morto biologicamente, ainda estaria vivo para o

⁹⁰ No que tange ao fato “morte” e as presunções colocadas pelo direito, destaca-se também a presunção que gravita no entorno da figura da comoriência, expressa nos termos do art. 8º do Código Civil: “*Art. 8º: Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.*” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 02 set. 13.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *site cit.*

⁹² A Lei nº 9.140/1995 reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período da ditadura militar: “*É o caso das pessoas que participaram ou foram acusadas de participar de atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que por esse motivo foram detidas por agentes públicos, desaparecendo desde então sem que haja delas notícias. Essas pessoas são legalmente reconhecidas como mortas porque foram perseguidas pelo aparelho repressor do Estado, numa época de extrema fragilização da democracia brasileira. Tendo sido detidas sob acusação de participação em atividades políticas e estando desaparecidas desde então, sem que haja notícias a seu respeito, é muito grande a probabilidade de terem sido mortas pelos agentes do Estado que as detiveram.*” COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

direito.⁹³

Em suma, o que se depreende é que o advento da morte do indivíduo marca fim da personalidade do mesmo⁹⁴, de modo que, a partir dela, real ou presumida, passam-se a irradiar inúmeros efeitos legais arrolados pelo nosso ordenamento jurídico.

Assim, em se tendo apontado algumas das inúmeras aproximações e entendimentos que o fato morte irradia nos diversos âmbitos que nos cercam, analisar-se-á agora as principais conceituações que gravitam em torno deste momento de finitude da vida.

2.3. *Categorias fundamentais de vida e morte*

2.3.1. *Estados antecedentes*

Quando estamos debruçados sobre a análise do tema da terminalidade da vida, faz-se extremamente necessário analisarmos os momentos que permeiam este denominado processo do morrer. Arrolaremos, *prima facie*, três conceitos pivotantes, bem como, apresentaremos suas peculiaridades e nuances ante o cenário final da existência do indivíduo: o estado terminal, o coma e o estado vegetativo permanente.

⁹³ FÁBIO ULHOA COELHO ainda realiza a seguinte distinção: “A morte pode ser natural ou violenta, de acordo com a causa que desencadeia o fim das funções vitais do organismo. Natural é a morte derivada de enfermidade ou idade do homem ou mulher. Todo ser vivo um dia perece; morrer é de sua natureza. Ao extinguir-se a vida, cumpre-se o ciclo biológico do ser que vivia. Violenta, por sua vez, é a morte do homem ou mulher que, em certo sentido, interrompe esse ciclo. Causam-na eventos naturais (afogamento em inundações, soterramento em avalanches, ataque por feras, etc.) ou a ação de outras pessoas (assassinato, erro médico, acidentes de trânsito)”. COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.* p. 243.

⁹⁴ ELIMAR SZANIAWSKI traz importantes considerações nesta temática: “A personalidade termina com a morte da pessoa natural, segundo expressão do pensamento universal, *mors omnia solvit*. Consequentemente, deixaria de existir sobre o cadáver qualquer direito como emanção da personalidade humana. Mas o Direito tem se ocupado em proteger o corpo humano após a morte no sentido de lhe dar um destino onde se mantenha sua dignidade”. Além disso, ensina o autor que compreende-se, também, a existência de um direito dos familiares do morto. Nesta noção, em caso de atentados e injúrias contra o morto, tais atos não seriam dirigidos contra a pessoa falecida, e sim contra sua memória, havendo por esta razão, “um direito outorgado aos familiares de preservar a boa memória do morto, sendo legitimados a ingressarem em juízo para fazerem cessar a ameaça, ou a lesão, à boa memória do falecido, podendo reclamar perdas e danos”. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 184 e 503.

a) estado terminal

MARIA ELISA VILLAS- BÔAS explica que a enfermidade terminal é aquela que, mesmo se valendo de todos os recursos médicos, tendo em vista o seu avançado estágio patológico, irá evoluir, inevitavelmente, ao óbito. A autora traz a definição do *American College of Physicians*, segundo o qual o indivíduo que se encontra neste estado está em uma “situação irreversível, quando, seja ou não tratado, apresentando uma probabilidade de morrer em um futuro relativamente próximo, entre três e seis meses”.⁹⁵

No tocante a esta temática, entende-se, portanto, que a doença considerada terminal “é aquela cujo estágio não apresenta mais possibilidade de cura, evoluindo para a insuficiência dos órgãos e iminência de morte”. Por conseguinte, denominam-se os indivíduos que se encontram nesse estado de “pacientes terminais”, sendo a estes “dirigidos cuidados que melhorem a qualidade de vida, como o alívio da dor e tratamento da depressão, chamados paliativos, por não serem curativos”.⁹⁶

Corroborando tal entendimento, tem-se por paciente em estado terminal, consoante ensina JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, aquele “que tem por diagnóstico a não existência de probabilidade de recuperação”.^{97 98}

b) coma

ADRIANA DABUS MALUF assevera que “o coma é o estado no qual uma pessoa perde completa ou parcialmente a consciência, não tendo reações cerebrais cognitivas espontâneas ou reage pouco ou nada a estímulos externos”. Este estado específico “é causado pela perturbação grave do funcionamento cerebral devido a traumas cranioencefálicos, acidentes vasculares cerebrais; presença de tumores

⁹⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37.

⁹⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 430.

⁹⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *op. cit.*, p. 162.

⁹⁸ GIOVANNY COCICOV, citando GENIVAL VELOSO DE FRANÇA e MARIA JÚLIA KOVÁCS, revela a dificuldade de se traçar uma definição sobre paciente terminal: “A própria expressão ‘terminal’ é complexa e arriscada, mesmo porque a vida é, por si só, terminal; Não é certa a temporal taxação em se dizer que um idoso ou portador de doença grave está muito próximo da morte, evidenciando-se que ‘muitas vezes, pessoas saudáveis ou mais jovens morrem mais cedo do que aquelas que estão marcadas para morrer’.” COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. *op. cit.*, p. 87.

cerebrais, distúrbios metabólicos, envenenamento ou asfixia”.^{99 100}

Compreende-se, portanto, que esse estado, desencadeado por alguma agressão severa ao sistema nervoso central, se caracteriza pela manifestação de uma “variável alteração no nível de consciência, motricidade voluntária e sensibilidade” do paciente. Neste estado, que se classifica por prolongado após o ínterim de três semanas, encontram-se ausentes quaisquer percepções, sugerindo potencial destruição encefálica.¹⁰¹

c) *estado vegetativo persistente:*

Entende a doutrina que o denominado estado vegetativo persistente “é *aquele em que permanece somente a parte automática de funcionamento cerebral*”, ou seja, nesta condição “*permanecem algumas reações básicas de reflexo, como sucção, ou reação de acompanhamento do olhar, que acontecem de maneira automática*”, inexistindo, portanto, “*qualquer contato com o mundo exterior, embora permaneça o reflexo ao estímulo*”.¹⁰²

GIOVANNY COCICOV, citando CARLOS GHERARDI e ISABEL KURLAT, explana acerca do estado vegetativo persistente, demonstrando que este “é o paradigma de absoluta perda de consciência, afetividade e comunicação”. Existiria nesse estado “a manutenção dos ciclos de sono-vigília, reflexos e movimentos oculares, do vômito, tosse e respiração espontânea”.¹⁰³

Dentro destas perspectivas de definição, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO aduz que no estado vegetativo persistente “*o doente está desperto, com períodos de sono, mas não está consciente*”. O indivíduo não apresenta respostas, contudo “*pode exprimir algo, por exemplo, um esgar em reação à dor provocada*”. Não há como se determinar o que se passa em seu íntimo, “*mas não se pode falar de sofrimento porque não há consciência*”.¹⁰⁴

No âmbito do entendimento biomédico, a compreensão é que não existe

⁹⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 431.

¹⁰⁰ “Essa alteração da consciência é medida pela escala Glasgow em que o médico avalia as respostas oculares, verbais e motoras. Varia de 3 a 15, partindo do estado normal ao coma profundo. Avalia-se a resposta pupilar, os movimentos oculares, a resposta a estímulos externos e a resposta à dor”. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Idem*, p. 431.

¹⁰¹ COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. *op. cit.*, p. 86.

¹⁰² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 431.

¹⁰³ COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *op. cit.*, p. 159-160.

perspectiva de melhora da condição do indivíduo que se encontra em estado vegetativo.¹⁰⁵ Essa leitura traria consigo a problemática de que não se justificariam intervenções médicas graves em pacientes que se encontram nesta condição, ante a não perspectiva de melhora.¹⁰⁶ Tal condição será novamente abordada, com maior profundidade, quando, mais a frente, tratarmos acerca da obstinação terapêutica e adoção de procedimentos fúteis pela equipe médica.¹⁰⁷

2.3.2. Os lindes da determinação do morrer

Em que pese a morte não ser fato instantâneo, porém uma “sequência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida”¹⁰⁸, sempre se buscou a correta determinação do momento da ocorrência da morte.

Desta feita, a medicina, em virtude de pesquisas e técnicas cada vez mais desenvolvidas visando a manutenção e ao prolongamento de duração da vida, tem redefinido constantemente a determinação do momento da morte. Isso se dá, precipuamente, porque os avanços supramencionados permitem reverter situações antes inevitavelmente fatais.¹⁰⁹

REYNALDO AYER DE OLIVEIRA demonstra que a morte era entendida como “uma ocorrência caracterizada pela interrupção total das atividades vitais, notadamente pela parada do coração” ou então pela constatação da existência de

¹⁰⁵ “As chances de o paciente recuperar a consciência depois de ser vegetativo durante três meses são muito pequenas. A literatura médica conhece casos esporádicos de recuperação, mas trata-se de exceções raras, os quais podem estar representados por pacientes que não entraram em coma logo após o dano causado. Indicam, todavia, que no prazo de seis meses pode-se prever o nível de inaptidão, embora não se possa afirmar com certeza o grau de dano cerebral. Então, um critério conservador para a diagnóstico do estado vegetativo persistente, seria observar a evolução do quadro durante pelo menos 12 meses, embora a recuperação cognitiva depois de seis meses seja rara em pacientes com mais de 50 anos. O fator mais importante no prognóstico dos pacientes em estado vegetativo persistente é a extensão do dano primário e a idade do paciente. Influem desfavoravelmente, além da etiologia do dano, a idade avançada do paciente, além da presença de dano em zonas cerebrais específicas, como o corpo caloso e o mesencéfalo”. MELLADO, Patrício; VOLARIC, Catherine. Estados de mínima consciência. In: *Cuadernos de Neurologia*, v. XXVII, Pontificia Universidade Católica do Chile, 2003, p. 103. Apud: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 432.

¹⁰⁶ “O problema surge quando se discute a aplicação ou a prossecução de cuidados médicos a um doente que se encontra longamente em estado vegetativo. Por exemplo: justifica-se a realização duma intervenção cirúrgica grave sobre um doente nesse estado, se sobrevier patologia que o requeira? Afastamos tudo o que possa representar tratamento fútil.” OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *op. cit.*, p. 160.

¹⁰⁷ Ver tópico 3.1.5.

¹⁰⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 522.

¹⁰⁹ DIAS, Rebeca Fernandes. *op. cit.*, p. 242.

“lesão irreversível do tronco cerebral e do córtex cerebral por injúria direta ou falta de oxigenação” por tempo maior que cinco minutos.¹¹⁰

Observa-se que, em vista do desenvolvimento da biotecnologia, ocorreu a introdução de sofisticados equipamentos direcionados para a recuperação e preservação de determinadas funções vitais. Assim, com essa verdadeira revolução no atendimento aos indivíduos com quadros críticos de saúde, foi necessária uma alteração conceitual no tocante ao momento em que se considera a ocorrência da morte.

Corroborando, neste sentido, o entendimento de MARCOS BERNARDES DE MELLO, o qual assevera:

Até pouco tempo, tinha-se como dado para constatação da morte natural a parada definitiva do músculo cardíaco, com a conseqüente total paralisação da circulação sanguínea. Atualmente, porém, com fundamento nas conclusões da Ciência, tem-se como termo final da vida a morte encefálica, que ocorre quando há a completa e irreversível cessação das funções cerebrais. Desse modo, embora continue o coração a bater, biologicamente tem-se por morta a pessoa se seu cérebro deixa de funcionar por completo.¹¹¹

Assim, tornou-se consenso nos países ocidentais, no âmbito da medicina, que o critério mais seguro de determinação seria o da morte encefálica, ou seja, o momento “em que o cérebro da pessoa pare de funcionar”.¹¹²

Por conseguinte, o internacionalmente aceito critério da morte encefálica, foi consolidado em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.¹¹³

SÍLVIO DE SALVO VENOSA relata a importância, dentro do âmbito jurídico,

¹¹⁰ OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. *Terminalidade da vida: dignidade da pessoa humana*. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coord.). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTr, 2010, p. 245-246.

¹¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152.

¹¹² TARTUCE, Flávio. *op. cit.*, p. 106.

¹¹³ “Art. 3º: A retirada ‘post mortem’ de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. BRASIL. Lei nº 9.434/97. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em 23 set. 2013.

do apontamento de um critério seguro de determinação da morte. Consoante o entendimento do autor, a morte, quando dotada de escoreta determinação temporal, traz segurança a determinados efeitos que emanam do fato morte, tais como “a dissolução do vínculo matrimonial, o término das relações de parentesco, a transmissão da herança, etc.”.¹¹⁴

MARCOS BERNARDES DE MELLO alerta para o fato de que pode ocorrer que “a pessoa já descerebrada, portanto com morte encefálica, continue a ter seu organismo em funcionamento, artificialmente”, ou seja, por meio de aparelhos, por um período de tempo indefinido. Haveria, diante desse cenário, “um sério problema pela necessidade de definir o momento da abertura da sucessão”, pois a ocasião em que se dá a morte constitui dado essencial para apuração da legitimação hereditária e “da capacidade de adquirir por testamento, assim como dos bens e dívidas que integram o espólio”.¹¹⁵

O referido autor, enfrentando tal situação, aponta como mais acertado o entendimento de que o momento em que se constatar a cessação de todas as funções orgânicas, não apenas do cérebro, é que deve ser utilizado para a abertura da sucessão¹¹⁶. Contudo, não nos parece ser esta a mais acertada compreensão, haja vista a existência de um critério objetivo (morte encefálica) que vem a revestir o cenário das sucessões de imprescindível segurança se, simplesmente, observado.

Portanto, em face do acima exposto, entende-se que o critério majoritário atual para a determinação da morte se dá por meio da aferição da cessação das funções encefálicas. Contudo, devemos ter em mente que em face da continuidade da evolução biotecnológica que observamos na atualidade, devemos compreender, conforme aponta JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, que independentemente do

¹¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 151.

¹¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *op. cit.*, p. 152.

¹¹⁶ “Considerar o momento da constatação da morte encefálica, estando o organismo funcionando, mesmo artificialmente, suficiente para a abertura da sucessão e extinção da personalidade, se mediar algum tempo até a parada cardíaca, pode gerar disparidade sobre o momento da abertura de sucessão, com importantes consequências. Se, por exemplo, no meio tempo entre a morte encefálica e paralisação das demais funções vitais, falecesse alguém deixando herança para a pessoa de cuja morte se trata, ter-se-ia que ela herdaria, se considerado o momento da falência completa do organismo, mas não herdaria se o momento considerado fosse o da constatação da morte encefálica. Na primeira hipótese, aquela herança a ela atribuída se transmitiria a seus sucessores; na segunda hipótese, não haveria direito algum ao patrimônio (exceto em caso de representação). (...) Dúvidas dessa natureza precisam ser evitadas. Por isso, para fins de término da personalidade e, conseqüentemente, de abertura da sucessão, parece que se deve ter como momento da morte aquele em que se constatar a cessação de todas as funções orgânicas, com a paralisação definitiva do coração e o decorrente colapso da circulação sanguínea, não apenas do cérebro”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Idem*, p. 152.

critério de morte adotado, deve-se encará-lo como transitório em vista das possibilidades médicas.¹¹⁷

2.3.3. Eutanásia

Qualquer discussão que se proponha a analisar aspectos legais da morte, inevitavelmente, acaba por perpassar pelo termo “eutanásia”. Contudo, referindo-se à eutanásia, muitas vezes, um ou outro mais distraído, se reporta ao suicídio assistido, à ortotanásia, etc., confundindo tais termos. Dessa forma, deve-se realizar a correta definição do que seria a eutanásia, a fim de evitarem-se imprecisões terminológicas.

De modo intróito, a eutanásia, atualmente, configura-se como uma delicada questão de bioética e biodireito, haja vista o Estado ter como um de seus princípios regentes a proteção da vida de seus cidadãos, e, em contraponto, existirem aqueles que, em face “de seu estado precário de saúde”, desejam antecipar sua morte para que possam dar fim ao sofrimento que enfrentam.¹¹⁸

Trazendo linhas definidoras, ADRIANA DABUS MALUF explica que na eutanásia, “há deliberação de se antecipar a morte de um doente terminal por piedade, em face de um cenário de “insuportabilidade de seu sofrimento ou impossibilidade de cura da moléstia”, utilizando-se, para tanto, de medicamentos, por serem estes “veículos indolores” de se dar fim à vida.¹¹⁹

Em compasso ao acima apresentado, ANDRÉ LUIS ADONI indica que a concepção de eutanásia liga-se à noção de “provocar conscientemente a morte de alguém, fundamentado em relevante valor moral ou social, por motivo de piedade ou compaixão”, através da incidência de outra causa que, “por si só, seja suficiente para desencadear o óbito”.^{120 121}

¹¹⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 168.

¹¹⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 434.

¹¹⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Idem*, *ibidem*.

¹²⁰ ADONI, André Luis. Bioética e Biodireito: Aspectos sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 818, ano 92, dez. 2003, p. 405.

¹²¹ “Não se pode alvitrar a prática da eutanásia quando não há a promoção de uma morte impulsionada pela piedade, pela compaixão em relação ao doente. Tratando de enfermo que não padeça de mal incurável e substancial sofrimento, em havendo prática de eutanásia, emergirá a configuração de homicídio, pois é a motivação humana, aliada a um quadro de doença incurável e mal irrepreensível, que indicará a verificação da eutanásia”. ADONI, André Luis. *op. cit.*, p. 433.

2.3.4. Suicídio assistido

Ao se debruçar sobre a questão do suicídio assistido, MARIA HELENA DINIZ informa que está a se falar da “hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou pelo médico”.¹²²

A prática em voga parte da premissa de que o indivíduo não esteja sofrendo de patologia incurável, nem esteja sendo vítima de incidência de dor ou sofrimento intenso. Desta maneira, a ocorrência do suicídio assistido se dá quando uma pessoa, “não dispondo de meios para consumir, por si mesma, o próprio óbito”, busca auxílio material de outrem para que atinja seu objetivo de morrer.¹²³

O suicídio assistido pode se dar por meio de atos (como, por exemplo, prescrição de altas doses de medicamentos) ou pela utilização de argumentos de persuasão e encorajamento por aquele que auxilia o suicida.¹²⁴

Deve-se lembrar, também, que esse processo recebe duras críticas por gerar o crescimento do chamado “turismo do suicídio” em países onde sua prática é tolerada, como, por exemplo, na Suíça. Esse ponto será objeto de maior verticalização mais adiante, quando realizarmos a análise de legislações alienígenas.

2.3.5. Ortotanásia

No tocante à ortotanásia, entende-se esta como a real aceitação da finitude humana, sem que ocorram interferências desnecessárias, de modo a contemplar o respeito à dignidade do indivíduo em todas as fases de sua vida, inclusive em seu momento final.

LEO PESSINI indica que ela, ortotanásia, possui estreitos laços com o processo de humanização da morte e alívio de dores. Afirma o autor que na ortotanásia “não ocorrem prolongamentos abusivos com a aplicação de meios

¹²² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 429.

¹²³ ADONI, André Luis. *op. cit.*, 406.

¹²⁴ ADONI, André Luis. *Idem*, p. 408.

desproporcionados que imporiam simplesmente nada mais que sofrimentos adicionais”.¹²⁵

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS assevera que a ortotanásia é, além de uma ação, um “ideal a ser buscado pela Medicina e pelo Direito, diante da inegabilidade da condição da mortalidade humana”. Prossegue a autora e afirma que tal prática vem a promover o conforto do indivíduo enfermo, “sem encurtar o tempo natural de vida nem adiar-lo indevida e artificialmente, para que a morte chegue na hora certa”.¹²⁶

Nesta prática, de deixar que a morte venha a seu tempo, inserem-se os chamados cuidados paliativos, figura que será tratada com maior profundidade em tópico vindouro, bem como maiores lucubrações acerca do cenário ortotanásico, mormente no tocante ao cenário nacional.¹²⁷

2.3.6. *Distanásia*

Compreende-se a distanásia como o prolongamento artificial e exagerado do processo de morte, no qual é imposto o desnecessário sofrimento ao doente.

No âmbito de uma definição, LEO PESSINI indica que distanásia “trata-se de uma atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento”. Para o autor, “nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer.”¹²⁸

ANDRÉ LUIS ADONI conceitua distanásia como “a agonia prolongada, o patrocínio de uma morte com sofrimento físico ou psicológico do indivíduo sem qualquer perspectiva de cura ou melhora”.¹²⁹

Percebe-se aqui a presença de uma evidente degradação do ser humano, em decorrência deste ficar reduzido a um verdadeiro objeto-médico, para que se satisfaça a gana pelo uso de tecnológicos tratamentos disponíveis a todo custo.

¹²⁵ PESSINI, Leo. *Como lidar com o paciente em fase terminal*. 5. ed. São Paulo: Santuário, 1990, p. 47.

¹²⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *op. cit.*, p. 73.

¹²⁷ Ver tópicos 3.1.4 e 3.2, respectivamente.

¹²⁸ PESSINI, Leo. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Revista Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, vol. 4, n. 1. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357>. Acesso em 27 set. 2013.

¹²⁹ ADONI, André Luis. *op. cit.*, p. 406.

As características mais intrínsecas da distanásia, procedimento que se vale da adoção de medidas fúteis de tratamento, será analisada com maior cuidado quando nos debruçarmos, no próximo capítulo, sobre a questão da obstinação terapêutica no processo de morrer, prática corriqueira nos corredores hospitalares.¹³⁰

2.3.7. *Mistanásia*

Também denominada de cacotanásia, a mistanásia é, de modo amplo, compreendida como a morte provocada de forma sutil por sistemas, estruturas e políticas de saúde que falham em atender de modo escorreito a demanda social.

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS compreende a mistanásia como a “morte miserável, a que transcende o contexto médico-hospitalar, atingindo aqueles que nem sequer chegam a ter um atendimento médico adequado.¹³¹ Tal fato se daria, precipuamente, em face da carência social, econômica e política enfrentada por estes indivíduos.

Em consonância ao acima exposto, ADRIANA DABUS MALUF ensina que a mistanásia é frequente em países do terceiro mundo, nos quais o sistema de saúde não possui condições de atender a necessidade social, “vindo a perecer a pessoa sem atendimento, nas filas e corredores de hospitais antes mesmo de se tornar paciente”.¹³²

Portanto, denota-se realizado o tracejado de linhas definidoras e distinção dos conceitos fundamentais que permeiam o âmbito de vida e morte, bem como demonstração da condição de processo final da vida que a morte ocupa. Desta feita, passar-se-á, neste momento, à análise do processo do morrer, sob o aspecto do respeito à dignidade, valor fundamental do indivíduo.

¹³⁰ Ver tópico 3.1.5.

¹³¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *op. cit.*, p. 75.

¹³² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 437.

3. O DIGNO PROCESSO DO MORRER

Enfrentar a morte, aceitar o fato de nossa própria finitude e mortalidade, bem como a alheia, são preocupações e dilemas que sempre ocuparam a reflexão humana desde os antigos. Hodiernamente, com os avanços dos conhecimentos médicos, a morte passou a ser combatida em maior amplitude, retardando-se, assim, seu desenrolar. Contudo, é possível notar que, por vezes, existe a falta de apoio necessária ao indivíduo, bem como o extremo oposto, ou seja, a ocorrência de excessos, consubstanciados em tratamentos desnecessários, neste estágio final. Fato é que estes extremos devem ser evitados.

Observa-se, portanto, a necessidade de que se atente pelo reconhecimento de que o momento final da existência do indivíduo, ou seja, seu processo de morte, seja cercado de máxima qualidade possível, tal qual se buscaria, bem como se justificaria, em qualquer outro instante de sua vida, de modo que este derradeiro momento possa propiciar conforto e tranquilidade ao indivíduo, alijando-o da indiferença e frieza que a contemporaneidade trouxe consigo no tocante à morte.

Entende-se que o episódio da morte, no âmbito da importância do processo de morrer fulcrado na dignidade e bem-estar do sujeito, deve ser consubstanciado, e efetivado, dentro dos lindes determinados pelos valores e desejos que reflitam o que fora a vida do próprio sujeito.¹³³

ADRIANA DABUS MALUF assevera que o processo do morrer com dignidade suscita inúmeras questões ético-jurídicas, diante dos avanços da medicina, da biotecnologia, o que tem provocado uma “pluralidade de conceitos e preferências valorativas que a sociedade passa a ter contato”. Desta forma, faz-se necessária a análise desse tema tão difícil à luz dos princípios da bioética, valorizando a autonomia, a beneficência, a não-maleficência e a justiça, de modo que possa prevalecer o bom-senso nas decisões, e, por conseguinte, a preservação

¹³³ “O horror central da morte é o esquecimento - o absoluto e terrível colapso da luz. O esquecimento, porém, não é tudo; se assim fosse, as pessoas não se preocupariam tanto com a questão de suas vidas técnicas e biológicas terem ou não continuidade depois que se tornaram inconscientes e caíram no vazio, depois que a luz já morreu para sempre. A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte - a ênfase que colocamos no ‘morrer com dignidade’ - mostra como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido”. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 280.

da dignidade humana em todo esse processo.¹³⁴

Neste diapasão, ELIMAR SZANIAWSKI, atentamente, traz a importante constatação que se segue:

Verifica-se que, aos poucos, está se constituindo um novo direito, o direito de a pessoa ter a vida abreviada, diante da certa e concreta certeza de que a mesma é paciente terminal, sendo próximo o seu desenlace, ou não possui mais as menores possibilidades de manter sua vida com um mínimo de dignidade. Desta maneira, vislumbramos o nascimento de um novo significado do direito à vida, como direito de personalidade, onde se afirma a preservação de uma vida, com qualidade digna, onde será juridicamente permitida a manutenção da mesma até o limite do possível.¹³⁵

Assim, repisemos que se nota a necessidade de se construir o imprescindível entendimento de que o processo de morrer, integrante e estágio final da vida do indivíduo, deve ser igualmente interpretado como alvo de todas as proteções que o direito à vida recebe de nosso ordenamento. Deste modo, as nuances que devemos, e iremos, neste momento, trazer a lume, são os valores exaltados pela dignidade e autonomia, os quais regem a vida de todo e qualquer indivíduo inserido no atual Estado Democrático de Direito, no qual nos encontramos.

3.1. A dignidade e autonomia no processo de morrer

3.1.1. O âmbito da dignidade

A dignidade da pessoa humana surge juntamente com o indivíduo. Outrossim, trata-se do primeiro e mais importante fundamento de nosso sistema constitucional. Seria o princípio da dignidade humana “um verdadeiro supraprincípio”, pois seria ele “a chave de leitura” e de exegese dos demais princípios fundamentais, bem como de todos os direitos e garantias fundamentais expressos constitucionalmente.¹³⁶

Em nossa Constituição o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se observa da leitura do texto trazido pelo constituinte, foi eleito fundamento da República:

¹³⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 427.

¹³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 161.

¹³⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, 140-141.

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 (...) (grifo nosso)¹³⁷

MARIA CELINA BODIN DE MORAES compreende que a dignidade da pessoa humana não é uma criação da ordem constitucional. Para a mencionada autora, a Constituição “consagrou o princípio e, considerando sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”.¹³⁸

Não é diferente a compreensão de ELIMAR SZANIAWSKI quanto à centralidade deste princípio, pois entende que a dignidade da pessoa humana estaria posicionada como uma verdadeira “vigia mestra, sobre a qual se sustenta o direito geral de personalidade”, e os demais princípios fundamentais constitucionais seriam “as colunas de sustentação do sistema jurídico brasileiro de proteção da personalidade humana”.¹³⁹

Ora, o que se depreende acerca da dignidade da pessoa humana é que nosso ordenamento jurídico atribui a ela aspecto de centralidade e importância, o que leva à compreensão de que se deve sempre priorizá-lo em face das normas ou princípios, pois está a se tratar de um elemento fundamental e constitutivo do Estado Democrático de Direito.¹⁴⁰

Tais compressões mencionadas, acerca da dignidade humana, encontram guarida no ensinamento proferido pelo professor JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA:

Só pelo entendimento da ordem pública como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade toda a sua real amplitude. Para tal, é

¹³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 set. 2013.

¹³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura-civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

¹³⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, p. 120.

¹⁴⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 150.

*necessário vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem.*¹⁴¹

Em buscando uma conceituação acerca da temática, INGO WOLFGANG SARLET, em seus ensinamentos, promove a compreensão de que a dignidade da pessoa humana seria a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, ensejando, dessa forma, uma proteção à pessoa contra ações “de cunho degradante e desumano”, e uma propiciação de sua “participação ativa nos destinos da própria existência”.¹⁴²

Desta forma, observa-se que a dignidade da pessoa humana vincula o Estado, assim como toda a sociedade, acerca da necessidade de garantia, proteção e não-violação deste princípio. Outrossim, em vista da centralidade e extensão deste valor fundamental, ocorre a necessidade de que qualquer direito “deve ser lido e interpretado à luz da Constituição, em especial, segundo os postulados do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁴³

Ora, em face dos entendimentos acima demonstrados, denota-se que a dignidade da pessoa humana, necessariamente, estará presente na análise de qualquer temática que trouxermos à baila. Portanto, com a questão do processo do morrer não será diferente.

A noção de dignidade no processo de morrer se consubstanciará, conseqüentemente, através do âmbito da ortotanásia, ou seja, através da ocorrência de uma morte espontânea, sem exacerbados sofrimentos e angústias, protegendo desta forma o indivíduo de qualquer tipo de ações desumanas ou degradantes. Através desta prática pode ser alçado o morrer com dignidade, ou seja, aquele derradeiro momento, vivenciado em paz, na companhia daqueles que se ama, amparado espiritualmente e recebendo o devido cuidado médico visando o enfrentamento da dor, e dos demais desconfortos, trazidos pela doença.

LEO PESSINI aponta que, em se realizando o devido amparo ao moribundo, este poderá gozar de sua finitude com base na dignidade, pois será mantido livre, o

¹⁴¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n. 19, p. 223-241, 1978-1980, p. 228.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. *op. cit.*, p. 120-121.

quanto possível, da dor, tendo o controle quanto às diretivas de seus tratamentos, e sendo compreendido em sua humanidade, haja vista carregar consigo “medos, pensamentos, valores e esperanças”.¹⁴⁴

Contudo, esta ideia de se garantir o processo final da vida com base na dignidade, caso trabalhada sem a análise do âmbito da autonomia, pouco poderia ser atingida, haja vista que, muito daquilo que se entende por digno, vai gravitar em diferentes linhas de acordo com os valores cultivados pelo indivíduo, eventualmente partilhados por uma comunidade cultural concreta, demonstrando-se, assim, a importância da vontade autônoma neste cenário, pois o que é digno para um sujeito ou uma comunidade, pode não ser para o outro, sendo a recíproca verdadeira. Desta forma, passemos, neste momento, à análise da autonomia.

3.1.2. *Autonomia e decisão no processo do morrer*

O termo *autonomia* deriva do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, norma), ou seja, compreende-se autonomia como a capacidade de autogoverno, de autodeterminação.¹⁴⁵ Em que pese, na formação do direito moderno, os sujeitos estarem submetidos à regras que lhe são exteriores, haveria um espaço residual, reconhecido pelo Estado, que possibilita aos indivíduos que, por si mesmos, criem normas autovinculantes. Nas constituições contemporâneas, essa concepção acaba por se sobressaltar, sendo a autonomia privada uma decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Compreende-se, assim, que não se pode pensar na dignidade do indivíduo, sem que lhe seja reconhecida sua autodeterminação para poder tomar decisões sobre grandes questões existenciais. Assim sendo, um ser humano que não pode fazer escolha sobre a própria vida, não pode ter dignidade.

Respeitar o indivíduo como ser autônomo, portanto, é compreender a existência do seu direito a fazer escolhas, ter opiniões e possuir sua conduta lastrada em suas crenças e valores. E esse respeito requer seja observado em todos os momentos de existência do sujeito, precipuamente em episódios que ensejam delicadas discussões, tal como ocorre no processo final do viver.

¹⁴⁴ PESSINI, Leo. Humanização da Dor e do sofrimento humanos na área de saúde. In: _____, Leo; BETARCHINI, Luciana (Org.). *Humanização e cuidados paliativos*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 27.

¹⁴⁵ MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 82.

No âmbito das relações médicas, a autonomia do indivíduo vem ganhando força nas últimas décadas, mormente em face das discussões cada vez mais complexas acerca do processo de morrer. Corroborando esta constatação, nota-se que em 13 de abril de 2010, passou a vigor no país o novo Código de Ética Médica, carregado de importantes modificações no que concerne à autonomia do doente e na dignidade do morrer. Em que pese ser uma regulamentação que incida apenas no âmbito das relações médicas, demonstra-se como um grande avanço, haja vista tais mudanças evidenciarem um afastamento do paternalismo médico, o qual anteriormente cerceava, por vezes, a possibilidade de o indivíduo ter o seu momento derradeiro consubstanciado em suas escolhas e valores, por não possuir voz decisória em face da escolha do profissional.

Nesta temática, acerca da valorização da autonomia, ADRIANA DABUS MALUF chama atenção para a ocorrência de uma grande mudança de paradigma no novo documento normativo que determina as regras de conduta ética dos profissionais de saúde. Tal mudança trouxe à relação médico-paciente, consoante explica a autora, “um viés mais humanitário, consubstanciado no compartilhamento das decisões clínicas”, exaltando, dessa forma, o viés da autonomia do sujeito.¹⁴⁶

Portanto, percebe-se que o referido código concede ao indivíduo, enquanto paciente, uma maior gama de autonomia no que tange às decisões referentes aos tratamentos a que for submetido. Dispõe o código supracitado:

Capítulo I, inciso XXI: No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com os seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.¹⁴⁷

Fica claro através do dispositivo acima que nas relações entre médicos e pacientes não pode ocorrer a escolha estanque e isolada, por parte do profissional, dos rumos terapêuticos. Deve existir a escuta dos anseios do indivíduo no que pertine à submissão a determinado procedimento ou terapia. E não apenas deve ser considerada esta decisão pessoal, como interpretada vinculativamente à conduta médica, desde que demonstrada como adequada.

¹⁴⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 429.

¹⁴⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 36. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo>>. Acesso em 27 set. 13.

JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO compreende que, em geral, a decisão da família não pode prevalecer sobre a do doente, sendo apenas excetuados os casos de incapacidade, nos quais, mesmo que se decidindo em nome do impossibilitado de se manifestar, a escolha tomada pelos familiares deve ser aquela que atenda o melhor interesse do doente. Confere-se acertada a compreensão do mencionado autor, pois há de se atentar para as situações em que a decisão familiar se encaminhe para a limitação ou interrupção de meios artificiais de manutenção biológica, pois, não raras vezes, tal decisão não será baseada no bem-estar ou na “vontade conhecida” do paciente, mas em sim em razão de eventuais interesses sucessórios ou pelo mero desejo de se ver livre da responsabilidade dos cuidados com o doente.¹⁴⁸

Desta forma, observa-se que o âmbito decisório é deveras delicado, pois o limiar entre interesses diversos é muito tênue. Por esta razão é que se exalta a importância da realização de uma determinação anterior, formalmente documentada, discorrendo sobre os procedimentos a serem tomados no âmbito médico em casos de impossibilidade de expressão inequívoca da vontade, tal qual se verá no tópico subsequente.

Ainda no âmbito desta temática, é válido ressaltar que existe o entendimento de que esta busca pela autonomia na escolha de ter uma finitude digna, de acordo com os valores intrínsecos carregados por cada indivíduo, seria uma espécie de resgate, por este, de seu próprio corpo em face do Estado.¹⁴⁹

De qualquer maneira, o que se verifica no ponto atual é a materialização do princípio bioético da autonomia, pois se abandona o paternalismo médico, outrora

¹⁴⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, José. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 161.

¹⁴⁹ Esse entendimento é partilhado por REBECA FERNANDES DIAS na seguinte passagem: “*É indiscutível a valoração que o Estado confere à vida por meio do direito - valoração esta que, como se viu anteriormente, decorre tanto da conquista de garantia de direitos, na lógica dos direitos humanos, como lógica do biopoder, em que a vida tornou-se objeto de controle privilegiado do poder. Por essa razão, tornar lícita uma ação que coloque fim à vida é repudiada de maneira tão rígida, a ponto de ignorar a opção e o consentimento da própria pessoa. O homem inscreveu sua vida na ordem jurídico-política com a declaração dos direitos dos homens e perdeu sua disponibilidade para o Estado. O Estado protege o direito à vida, mas apenas ele tem o direito de ‘fazer morrer’. A reivindicação de um ‘direito de morrer’ é uma das facetas de um processo mais complexo que corresponde à reapropriação do próprio corpo (RODOTÁ, 2006, p. 248). As novas práticas ligadas à tecnociência e biotecnologia aproximam o homem de seu corpo e aumentam as possibilidades de acesso a este corpo. Reapropriar-se de seu corpo é uma forma reapropriação da própria existência, e consequentemente do morrer, uma vez que este evento corresponde a uma etapa da vida, ainda que final.*” DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a biotecnologia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012, p. 246.

vigente nos momentos de decisões derradeiras, e passa a ocorrer um compartilhamento das decisões entre os agentes biomédicos e os pacientes, valorizando-se, em situações conflituosas, a vontade destes últimos.

Destarte, após realizada a esmerada análise das situações de cunho decisório, bem como da importância da autonomia do indivíduo em determinar os modos pelos quais seu processo final de vida irá se delinear, passaremos a nos debruçar sobre o modo concreto, através do qual o indivíduo poderá se valer para determinar, antecipadamente a fatídicas situações de emergência, quais os passos serão tomados pela equipe médica em seu tratamento, de modo a se observar a autonomia, garantindo, assim, o respeito à dignidade da pessoa humana.

3.1.3. *Diretivas Antecipadas*

No presente trabalho busca-se estabelecer um processo de morrer baseado na dignidade e autonomia do indivíduo, porém surge a problemática de como a autonomia poderá ser efetivada em situações nas quais o doente encontra-se impossibilitado de expressá-la. Para a superação deste impasse, surgiram, em meados do século passado, as diretivas antecipadas de vontade.¹⁵⁰

Contudo, antes de iniciarmos nossas considerações acerca das manifestações prévias de vontade, deve-se realizar a correta determinação terminológica de todas as expressões que estão inseridas nesta temática, pois, não raro, a doutrina utiliza-se de termos, como testamento vital, mandato duradouro e diretivas antecipadas de vontade, como se sinônimos fossem, o que é equivocado.¹⁵¹

¹⁵⁰ “As diretivas antecipadas de vontade surgiram nos Estados Unidos da América, na década de 1960, primeiramente, através da espécie testamento vital, como sendo um documento de cuidados antecipados, através do qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida”. DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/12. *Revista Bioética*, vol. 21, n. 1, 2013, p. 107. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861>. Acesso em 25 set. 13.

¹⁵¹ Um exemplo da confusão terminológica ocorre no seguinte trecho: “Tendo em vista a problemática que suscitam casos como esses, passou a discutir-se a viabilidade de se elaborar um documento denominado ‘living will’, também conhecido por testamento vital, ou diretivas antecipadas da vontade, onde o paciente externa o seu desejo, especificando sua vontade de receber ou não este ou aquele tratamento em face da manutenção de sua própria vida, no caso de não poder mais manifestar sua vontade”. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 427.

Ao nos reportarmos às diretivas antecipadas de vontade, estamos nos referindo ao gênero do qual se tem por espécies o *testamento vital* e o *mandato duradouro*. As mencionadas espécies tem o ponto comum de se tratarem de documentos que serão utilizados quando o paciente não estiver mais em condições de se expressar de forma livre e consciente. Ou seja, as diretivas antecipadas, enquanto gênero, não se remontam, exclusivamente, à situações de terminalidade.¹⁵²

O *testamento vital*¹⁵³ refere-se às instruções sobre “futuros cuidados médicos aos quais uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida”, em face de um diagnóstico terminal. O *mandato duradouro*, por sua vez, é o documento através do qual o paciente determina e “constitui um ou mais procuradores que devem ser consultados pelos médicos no caso de incapacidade temporária ou definitiva”, para que decidam sobre determinado tratamento ou procedimento, em caso de inexistir manifestação anterior de vontade.¹⁵⁴

Entende-se que as diretivas antecipadas possuem como base, por excelência, o princípio bioético da autonomia, haja vista garantir ao indivíduo o poder de escolha, valorizando sua vontade e resguardando seus valores e crenças mais íntimos, bem como, minorando situações de indecisão ou conflito familiar.

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL traz o ensinamento de que a manifestação da vontade deve ser compreendida como “exigência ética e requisito jurídico de validade para todos os atos lícitos que resultem em ingerência no organismo humano”, pois nessas ações há de ser observado o respeito à integridade física do indivíduo, bem como à autonomia corporal do sujeito.¹⁵⁵

No âmbito desta temática, em agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.995, dispondo acerca das diretivas antecipadas de vontade. Com tal regulamentação, inédita sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina demonstra a atitude de se posicionar sobre temas bioéticos antes do poder legislativo. A recentíssima resolução mencionada possui o seguinte conteúdo:

¹⁵² DADALTO, Luciana. *op. cit.*, p. 107.

¹⁵³ JOSÉ OLIVEIRA ASCENÇÃO critica a terminologia utilizada: “(...) *impropriamente chamados de testamentos vitais, apressamo-nos a observar desde já, que de nenhum testamento se trata: o testamento só valerá depois da morte, enquanto que esta vontade é expressa para operar ainda em vida, em situações de terminalidade ou quando uma manifestação de vontade não for efetivamente possível*”. OLIVEIRA ASCENÇÃO, José. *op. cit.*, p. 169.

¹⁵⁴ DADALTO, Luciana. *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 177.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas (...), RESOLVE:

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

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

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

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

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

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

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

*Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.*¹⁵⁶

Antes de mais nada, é necessário ressaltar que a supracitada resolução possui apenas efeito vinculativo aos profissionais da saúde, assim como, as demais disposições do CFM, ou seja, não é correta a disseminação do pensamento de que as diretivas antecipadas de vontade estejam legalizadas em nosso país. Mas, como destaca LUCIANA DADALTO, “é preciso reconhecer que a resolução se constitui grande passo de discussão do tema no Brasil”.¹⁵⁷

A citada resolução está sendo questionada judicialmente pelo Ministério Público Federal em Goiás, através da Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500, proposta em janeiro de 2013, na qual se alega a inconstitucionalidade e ilegitimidade

¹⁵⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf> Acesso em: 23 set. 2013.

¹⁵⁷ DADALTO, Luciana. *op. cit.*, p. 109.

da Resolução 1.995/2012.¹⁵⁸ A Justiça Federal, por sua vez, indeferiu o pedido de liminar feito pelo Ministério Público Federal, através da seguinte decisão do magistrado Jesus Crisóstomo de Almeida:

“(..). Assim, em análise sumária, entendo que o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº 3.268/57, tendo a Resolução CFM nº 1995/2012 apenas regulamentado a conduta médica ética perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não na hipótese de encontrar em estado terminal e irremediável.

Igualmente, em exame inicial, entendo que a Resolução é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício.

(...)

Sendo assim, ausente plausibilidade nas alegações contidas na petição inicial, indefiro a liminar.” (ACP nº 1039-86.2013.4.01.3500. Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida. Decisão em 14/03/2013).¹⁵⁹

Destaque-se que a mencionada decisão demonstra-se como um marco no Direito nacional, haja vista ser a primeira vez que o Poder Judiciário se manifesta, com veemência, acerca da dignidade da pessoa humana no âmbito dos pacientes terminais, reconhecendo, de forma explícita o direito destes à autodeterminação.

Até a conclusão da versão final deste trabalho, a referida Ação Civil Pública não fora julgada, encontrando-se, conforme última consulta, com os autos conclusos para sentença.¹⁶⁰

Em suma, o que se denota da vigente Resolução 1.995/2012, portanto, é a maior abertura ao acolhimento da perspectiva da autonomia da vontade daquele que se projetaria no futuro como paciente. Observa-se que essa regulamentação tratou

¹⁵⁸ O Ministério Público Federal alega, em síntese, que a resolução: a) extravasou os limites do poder regulamentar; b) impôs riscos à segurança jurídica, com base no art. 5º, caput e inciso XXXVI da Constituição Federal; c) alijou a família de decisões que lhe são de direito, com base no art. 226, caput, da CF; d) estabeleceu instrumento inidôneo para o registro de diretivas antecipadas de pacientes, ao entender ser inacessível a todos o conteúdo do prontuário e, assim, levar a ausência de mecanismo de controle quanto à atuação do médico.

¹⁵⁹ BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado de Goiás, 1ª Vara. Decisão liminar da Ação Civil Pública n. 1039-86.2013.4.01.3500. Juiz Jesus Crisóstomo de Almeida. Goiânia. Decisão em 14 mar. 2013. Publicada em 02 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁶⁰ O acompanhamento da tramitação da Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500 está disponível em: <<http://bit.ly/17N4em0>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

do gênero “diretivas antecipadas”, ou seja, a compreensão é de que temos, no Brasil, a possibilidade de firmar tanto as espécies “testamento vital”, como a do “mandato duradouro”.

Além disso, a resolução em tela possibilita que o desejo manifestado previamente, pelo indivíduo, se sobreponha à decisão familiar ou a outros pareceres alheios ao ambiente da medicina, em caso de futuros impasses. Dessa forma garantir-se-á o respeito aos valores e convicções pessoais em momentos de fragilidade temporária e, até mesmo, no momento final de sua existência, consubstanciado no processo do morrer.

Contudo, o que se demonstra necessário é que as diretivas antecipadas devem ser objeto de tratamento por lei, de modo que, pontos importantes e necessários à escoreta firmada destas diretivas, sejam devidamente estabelecidas, tais como as regras de capacidade para sua feitura, bem como a necessidade de se registrar tal documento em cartório, de modo a gerar segurança jurídica, além de incorporá-los a um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas.

Superada a demonstração da importância e os modos pelos quais a autonomia do indivíduo, consubstanciada em sua vontade, pode ser trazida ao âmbito dos tratamentos médicos, passar-se-á à análise de procedimentos realizados em estágios derradeiros de existência. Serão analisados dois extremos: os cuidados paliativos, nos quais existe a busca pelo bem-estar do paciente já sem esperanças de recuperação, em virtude de uma escolha deste em aceitar sua condição final, exaltando, através destes mencionados cuidados, a existência de um processo do morrer baseado na dignidade; e, de outra banda, a descrição da prática conhecida como “obstinação terapêutica”, na qual, ignora-se a vontade do paciente, em face de uma luta desenfreada, cercada de sofrimento ao doente, contra a morte já certa, capitaneada pela equipe médica.

Iniciemos com a primeira figura.

3.1.2. *Cuidados paliativos*

A expressão paliativo tem sua raiz etimológica no substantivo latino *pallium*, que significa manto. Desta ideia surge a noção de cuidados paliativos, pois se estaria estendendo um “manto” sobre o indivíduo doente, trazendo a ele uma

proteção e um “calor” capazes de gerar um benefício não só físico, mas, também, espiritual, em um momento de intenso sofrimento, representado pela chegada iminente, e irreversível, do momento da morte.

A Organização Mundial de Saúde propõe a seguinte definição no tocante aos cuidados paliativos:

Cuidados paliativos consistem em uma abordagem que busca garantir a qualidade de vida de pacientes, bem como de seus familiares, no enfrentamento de doenças potencialmente terminais, através da prevenção e alívio do sofrimento por meio do diagnóstico precoce e tratamento da dor e de outros problemas de natureza física, psíquica e espiritual.¹⁶¹

Neste diapasão, portanto, o cuidado não se resume, somente, ao controle dos sintomas físicos, mas, também, se busca estabelecer um apoio psicológico e espiritual, através da atuação cuidadosa e presente por parte não só da equipe médica, mas, também, dos familiares, assistentes sociais, representantes espirituais e religiosos.¹⁶² Por vezes, os diferenciais apontados nos cuidados paliativos podem ser compreendidos como pequenos detalhes para aqueles alheios a este ambiente, mas, para aquele que se encontra em seus momentos finais, representa uma garantia de seu bem-estar derradeiro.¹⁶³

Estaria aqui estampada, através dos cuidados paliativos, a efetivação da ortotanásia: “o morrer com dignidade e em paz, cercado de amor e ternura, sem abreviação de vida ou prolongamento artificial dela”.¹⁶⁴

Dentro do âmbito dos cuidados paliativos encontramos a figura dos denominados *hospices*¹⁶⁵. Tal qual a medicina paliativa, os *hospices* tem por escopo humanizar o sofrimento, a dor, bem como o processo do morrer em sua totalidade.

¹⁶¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Definition of Palliative Care*. Disponível em: <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en>>. Acesso em 20 set. 2013.

¹⁶² MÖLLER, Letícia Ludwig. *op. cit.*, p. 64.

¹⁶³ “Contribuem para esse conduta a não utilização de terminologias costumeiramente usadas para referir-se ao paciente como ‘o do quarto 201’, ‘aquele que tem câncer de pulmão’, ‘aquele caso interessante de...’, ou ainda ‘o que é muito trabalhoso ou ranzinza’. É necessário deixar-se de lado alguns comportamentos e terminologias utilizadas de forma frequente no ambiente hospitalar em favor do máximo bem-estar ao indivíduo que está morrendo”. MÖLLER, Letícia Ludwig. *Idem*, *ibidem*.

¹⁶⁴ PESSINI, Leo. *A filosofia dos cuidados paliativos: uma resposta diante da obstinação terapêutica*. In: _____; BETARCHINI, Luciana (Org.). *Humanização e cuidados paliativos*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 186.

¹⁶⁵ O termo “*hospice*” é aqui utilizado somente para se referir ao ambiente, especialmente moldado, para o tratamento paliativo do moribundo. Esta ressalva é necessária para que não ocorra a confusão desta figura com a do termo francês “*hospice*”, o qual nos remonta às figuras das casas de misericórdia.

LETÍCIA LUDWIG MÖLLER assevera que o *hospice* “é uma instituição idealizada para cuidar de enfermos que estão sofrendo, constituindo-se numa alternativa à instituição hospitalar tradicional”, na qual, através de abordagens específicas, busca-se oferecer “uma comunidade de apoio e um ambiente de proximidade e afeto”.¹⁶⁶

Consoante o entendimento de LEO PESSINI, dentre os elementos básicos de um programa de cuidados e ações, tomadas por um *hospice*, estariam a constante comunicação entre os membros da equipe multidisciplinar, o controle dos efeitos de sofrimento e dor trazidos pela doença, bem como o reconhecimento de que o paciente e sua família devam ser vistos como uma unidade de cuidados.¹⁶⁷

Entende-se, portanto, que os denominados cuidados paliativos, para além do fato de reduzirem a dor e o sofrimento, trazem à baila o respeito à autonomia do indivíduo doente, além de uma relação, entre este e os profissionais de saúde, de respeito e diálogo, garantindo, desta maneira, a ocorrência de um processo de morte digna ao moribundo.

É de clareza solar no âmbito dos cuidados paliativos a opção e observância do princípio bioético da beneficência, haja vista buscar-se a ampliação dos benefícios ao indivíduo doente (convivência intensa com familiares, minoração dos aspectos dor e sofrimento, através do escopo de um atendimento humanizado), atingindo o maior grau de bem-estar possível deste, afastando-se, conseqüentemente, a degradação física e psicológica.

Contudo, nem sempre a filosofia paliativa é o norte da atuação da equipe médico-hospitalar nos momentos derradeiros do paciente, deixando-se de lado o cuidado final necessário em detrimento de um desenfreado enfrentamento da morte via tratamentos extraordinários. Este cenário, no qual se tenta retardar o momento da morte a qualquer custo, é denominado de “obstinação terapêutica” e será objeto do tópico a seguir.

¹⁶⁶ MÖLLER, Letícia Ludwig. *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁷ Entende, inclusive, o autor que deve ocorrer, pela equipe do *hospice*, o devido acompanhamento da família enlutada após a morte de seu ente querido. PESSINI, Leo. *op. cit.*, p. 198.

3.1.3. Obstinação Terapêutica

A morte, como já apontado no presente estudo¹⁶⁸, contemporaneamente, passa a ser vista como derrota, sendo compreendida como sinônimo de falha e impotência, mormente nos lindes hospitalares, nos quais a perda do paciente transforma-se, para a equipe médica, em um evento equivalente a um grande fracasso.

Essa noção de fracasso, aliada ao desenvolvimento tecnológico do âmbito médico do último século, acabou por iniciar uma luta incessante para postergar-se a morte, aumentando, a qualquer custo, a sobrevivência de indivíduos, muitas vezes, diagnosticados como terminais. A essa busca desenfreada, de se tentar impor o progresso técnico e adiar a morte, não importando as consequências, denominou-se “obstinação terapêutica”.

A expressão “obstinação terapêutica” (*l'acharnement thérapeutique*) foi trazida a lume, pela primeira vez, pelo médico francês JEAN-ROBERT DEBRAY em meados dos anos 1950, sendo definida como “o comportamento médico que consiste em utilizar processos terapêuticos, cujo efeito é mais nocivo do que os efeitos do mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível e o benefício esperado é menor que os inconvenientes previsíveis”.¹⁶⁹

A prática da obstinação terapêutica possui inúmeros sinônimos utilizados na literatura biomédica tais como futilidade terapêutica, medidas médicas desproporcionais, encarniçamento terapêutico e, a já mencionada, distanásia.

Segundo aponta ADRIANA DABUS MALUF, a obstinação terapêutica, “consequência do desenvolvimento das ciências médicas e da tecnologia sofisticada”, é a atitude “de prolongar-se a vida indefinidamente, aumentando a dor do paciente e de seus amigos e familiares, desconsiderando o natural processo de morte do paciente”.¹⁷⁰

JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO assevera que se deve evitar expor um doente, por exemplo, em estado vegetativo permanente, à intervenções extraordinárias, pois tal ação “equivale a lesar a integridade física” do mesmo, pela

¹⁶⁸ Ver tópico 2.2.1.

¹⁶⁹ PESSINI, Leo. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Revista Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, vol. 4, n. 1. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357>. Acesso em: 27 set. 13.

¹⁷⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 437.

falta de perspectiva de cura ou de proveito daquele tratamento. Neste sentido, entendemos acertada a postura do autor ao considerar que tudo o que se realiza em busca da qualidade de vida ao paciente é devido, e o que não tiver essa perspectiva, ou for desproporcionado em vista da agressão que sujeita o doente, vem a ser considerado fútil.¹⁷¹

LEO PESSINI traz o alerta que atualmente existem “milhares de doentes jogados a um sofrimento sem perspectivas em hospitais, sobretudo nas UTIs e emergências”. Estes pacientes, consoante o autor, não raramente, “acham-se submetidos a uma parafernália tecnológica, que não só não consegue minorar-lhes a dor e os sofrimento, como ainda os prolonga e os acrescenta inutilmente”.¹⁷²

Entendemos que não pode existir a exaltação somente da dimensão biológica da vida humana, de modo a lutar para mantê-la a qualquer custo, negligenciando outros aspectos, como a qualidade de vida do indivíduo. É inadmissível no Estado Democrático de Direito, no qual estamos inseridos, a ocorrência da obstinação em se prolongar indefinidamente o funcionamento biológico de pacientes sem perspectivas de cura, pois o preço desta sobrevida forçada seriam sofrimentos gratuitos e desnecessários ao enfermo. Repisemos, portanto, a ideia de que o prolongamento da vida apenas pode ser justificado se vier em conjunto com benefícios ao paciente.

Há de se atentar, também, para o fato de que muitos profissionais, involuntariamente, acabam por incidir em práticas terapêuticas fúteis, haja vista realizarem uma exegese equivocada e incompleta do Código de Ética Médica.

O referido código veda determinadas práticas ao médico, tal como, consoante disposto no artigo 32, a de “deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.¹⁷³ Ora, o que o supracitado artigo demonstra é que o médico deve se valer de tudo o que lhe estiver disponível enquanto tratamentos aplicáveis, desde que com resultados favoráveis ao paciente, não sendo um mandamento para o uso desenfreado de qualquer técnica a sua disposição.

¹⁷¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *op. cit.*, p. 160-161.

¹⁷² PESSINI, Leo. *site cit.*

¹⁷³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 49. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo>>. Acesso em: 27 set. 13.

Outrossim, ainda nos lindes das regulamentações médicas, o parágrafo único do artigo 41, do mencionado código, louva a filosofia paliativa e rechaça a distanásia ao estabelecer que:

*Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.*¹⁷⁴

É inegável que o avanço da medicina em muito contribuiu para a melhoria da qualidade da vida humana, o que, claramente, se nota através da vertiginosa queda das taxas de mortalidade de inúmeras doenças e o aumento da expectativa de vida em todo o mundo. Contudo, deve-se ter um ponto limite para a incidência de práticas e intervenções médicas, pois, nas palavras de DIEGO GRACIA, “nem tudo o que é possível tecnicamente é eticamente correto”.¹⁷⁵

Sendo assim, deve ser afastada a ocorrência da prática médica fútil, em vista do princípio bioético da não-maleficência, pois, segundo este, deve-se evitar causar danos desnecessários à pessoa sob cuidados, observando que, se utilizados meios extraordinários, o efeito colateral trazido deve ser proporcional aos benefícios auferidos e previstos. Desta maneira, o afastamento do encarniçamento terapêutico possibilita que se garanta a alçada, pelo moribundo, aos lindes de uma morte com dignidade.

Outrossim, para além dos apontamentos bioéticos, a Constituição Federal dispõe expressamente em seu artigo 5º, III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.¹⁷⁶ Deste modo, o emprego de qualquer procedimento extraordinário, de cunho fútil, seria atentatório aos ditames e garantias constitucionais.

Desta feita, devidamente condenada a prática da obstinação terapêutica no orbe do processo de morrer com dignidade, passemos a analisar como a prática da ortotanásia vem se desenvolvendo em nosso país.

¹⁷⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*, p. 51, site cit.

¹⁷⁵ GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/Loyola, 2010, p. 431.

¹⁷⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.

3.2. Ortotanásia no cenário nacional

Não é difícil se notar que discussões de temas tormentosos em nosso país, tais como as questões que gravitam em torno o processo do morrer, ainda são cercadas de tabus, o que acaba por impedir um amadurecimento da consciência social sobre assuntos tão importantes e necessários como, por exemplo, é a ortotanásia. Contudo, mesmo frente a esta negação implícita de se discutir o processo derradeiro da vida, várias foram as propostas apresentadas no legislativo, ao longo das duas últimas décadas, com a finalidade de disciplinar práticas relacionadas ao final da vida, tal como a eutanásia.¹⁷⁷

Dentre os temas que perpassam o processo do morrer, observa-se que aquele que mais teve desenvolvimento de discussão, demonstra-se ter sido o da ortotanásia. Ao trazermos novamente a lume a questão da ortotanásia, repisemos que ela, em suma, não tem por escopo estender o processo do morrer ou vir a encurtá-lo, pois a prática ortotanásica possui como vetor fundamental a aceitação da finitude da vida ao seu tempo natural.

A ortotanásia, no tocante à matéria legislada, encontra-se unicamente prevista na lei estadual 10.241/99 de São Paulo, a qual disciplina os direitos dos usuários de serviço de saúde. Na referida lei encontra-se expressamente a previsão do paciente recusar tratamentos extravagantes ou dolorosos que visem à manutenção da vida.¹⁷⁸ Este diploma legal é mais conhecido como Lei Mário Covas,

¹⁷⁷ “Algumas tentativas de legalização mediante Projetos de Lei já tramitaram no Congresso Nacional. Em 1983, o deputado Inocêncio Oliveira apresentou o PL 732/1983, segundo o qual se permitiria ao médico o desligamento dos aparelhos de um paciente em coma terminal ou na omissão de uma medicação que iria prolongar inutilmente uma vida vegetativa, em comum acordo com os familiares. A Comissão de Constituição e Justiça decidiu pela inconstitucionalidade do projeto, sendo o mesmo arquivado. Houve outra tentativa de disciplinar a eutanásia, em 1984, com o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, trazendo a seguinte previsão no artigo 121, §3º: ‘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 doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão’. Entretanto, a parte especial não chegou a ser reformada, atingindo a reforma apenas a parte geral do código. Em 1991, o deputado Gilvam Borges apresentou o PL 1989/1991, no qual eutanásia seria permitida nos casos de pacientes terminais sem chance de recuperação das funções neurocerebrais. Com fundamento na inconstitucionalidade de seu conteúdo, tal projeto foi igualmente arquivado em 1993. Neste mesmo ano, Gilvam Borges propôs o Projeto de Decreto Legislativo 244/1993, segundo o qual se convocava um plebiscito acerca da instituição da eutanásia no país, mas tal projeto acabou arquivado em 1994, tal qual o PL 125/1996, também de Gilvam, em 1999”. DIAS, Rebeca Fernandes. *op. cit.*, p. 246.

¹⁷⁸ “Artigo 2º: São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: (...) XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida;”. SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.241, de março de 1999. Dispõe sobre direitos dos usuários de serviços de saúde. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 20 set. 2013.

tanto pelo fato de ter sido este o governador que a sancionou, como também por ter, ele mesmo, em seu processo de morrer, feito uso da lei, recusando o prolongamento artificial de sua vida em uma UTI.¹⁷⁹

Contudo, o maior debate em nosso país acerca da ortotanásia se iniciou em meados da década passada. Em 09 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução 1.805/06, a qual se prestou a regulamentar a prática da limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos que prolonguem o processo do morrer em casos de enfermidades graves e incuráveis. A referida resolução dispõe:

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições (...), e CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar (...) pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente; CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes; CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal,

RESOLVE:

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

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

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

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

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

Art. 3º: Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.¹⁸⁰

¹⁷⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 429.

¹⁸⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.805 de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 20 set. 13.

Após a edição da resolução, a Procuradoria da República do Distrito Federal encaminhou ao Conselho Federal de Medicina recomendação, determinando o prazo de quatro dias, contando-se do dia 20 de novembro de 2006, para que a mesma fosse revogada. Em face do não atendimento da recomendação, o Ministério Público Federal ingressou com Ação Civil Pública (2007.34.00.014809-3) em face do Conselho Federal de Medicina, pedindo a revogação da resolução, alegando, em síntese, que o Conselho não possuía competência para regulamentar e estabelecer como conduta ética um procedimento tipificado como crime, pois o Ministério Público Federal considerou que a ortotanásia seria uma espécie de eutanásia, e, portanto, crime segundo o Código Penal. Ainda em 2007, através de decisão liminar, resolução foi suspensa.

Em 2010, porém, o Ministério Público Federal, através de novo parecer, reconheceu que a ortotanásia não ofenderia o ordenamento jurídico pátrio, o que ensejou a decisão do juiz atuante no caso. O magistrado Roberto Luis Luchi Demo, em sua sentença, asseverou:

“Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me, pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina.

(...)

Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO.” (ACP nº 2007.34.00.014809-3. Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo. Decisão em 06/12/2010).¹⁸¹

A decisão proferida pelo juiz coloca, pelo menos momentaneamente, um ponto final na discussão acerca da licitude da prática da ortotanásia pelos profissionais médicos em nosso país.

¹⁸¹ BRASIL. Justiça Federal. 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Sentença da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Brasília. Decisão em 06 dez. 2010. Publicada em: 09 dez. 2010. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 12 set. 2013.

Outrossim, há um projeto de lei que visa regulamentação da ortotanásia, em trâmite, no Congresso Nacional, sob o número 6.715/09, o qual pretende disciplinar a limitação de tratamento para pacientes com diagnóstico de impossibilidade de cura. Este projeto de lei encontra-se, no momento, aguardando parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.¹⁸²

Pode-se depreender dos breves apontamentos acima que o direito brasileiro trata de maneira muito precária a ortotanásia, não existindo a necessária previsão legislativa em âmbito nacional para reger definitivamente o tema. Compreende-se que, ao menos por hora, a Resolução 1805/06 do Conselho Federal de Medicina vem se juntar à lei paulista 10.241/1999 (Lei Mário Covas) na luta por uma construção de um novo paradigma jurídico, tendo por base o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, no derradeiro momento de existência do indivíduo.

Assim, traçados os passos que as discussões sobre o processo do morrer têm engendrado no cenário nacional, bem como demonstrando que o avanço mais sensível até o presente momento nesta temática está no reconhecimento judicial da licitude da prática ortotanásica, passar-se-á a realizar no próximo, e derradeiro tópico, uma análise acerca das principais legislações e posicionamentos, adotados pelos demais países, no âmbito do processo do morrer.

3.3. Aproximações de Direito Comparado

Como já apontado neste trabalho, é extremamente árida a tratativa de aspectos ligados ao processo do morrer, tanto no legislativo, como no judiciário nacional. O Código Penal Brasileiro não faz referência à eutanásia, contudo, tal prática é crime no em nosso país, pois insere-se no §1º do artigo 121 do CP, o qual versa sobre o homicídio. Dispõe o parágrafo único: “Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral (...) o juiz pode reduzir a pena de uma sexto a um terço”. A ortotanásia, como já demonstrado acima, não se compreende por prática ilícita, sendo tolerada em nosso país.

¹⁸² O acompanhamento da tramitação do Projeto de Lei 6.715/09 está disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

Demonstrado, sucintamente o âmbito nacional, passemos agora a ressaltar a apreciação, dentro de um exercício de legislação comparada (dentro do âmbito do direito comparado)¹⁸³, de alguns dos aspectos trazidos à baila neste trabalho.

Dentro do contexto norte-americano, em 1997, a Suprema Corte ratificou as leis dos Estados de Nova Iorque e Washington, que estabelecem como crime a conduta médica de ministrar drogas a pacientes terminais em perfeito estado de lucidez a fim de por termo às suas vidas, sustentando que não havia subsídios constitucionais que amparassem tal prática. Contudo, não foram criadas barreiras que proibam algum estado de criar uma lei que permitisse a prática, pois seria intenção daquela Suprema Corte apenas permitir o debate sobre a problemática que envolve o assunto.¹⁸⁴

Neste sentido, JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, no tocante ao tratamento das delicadas questões éticas do final da vida na experiência americana, assevera:

*No sistema da common law, apesar de sua permanente ligação com os princípios liberais clássicos e com a noção ética de livre arbítrio, tem-se reconhecido que a regulamentação jurídica de qualquer espécie de eutanásia pode abrir espaços que conduzam a excessos, ou cair em desvios incontroláveis pela ordem jurídica. Advêm daí as medidas legislativas menos liberais, porque mais restritivas da liberdade individual, tomadas pelo governo australiano, pelo Congresso e pela Suprema Corte norte-americana.*¹⁸⁵

Dentro das questões de diretivas antecipadas, MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ noticia a existência da PSDA (*Patient Self-Determination Act*) ou Ato de Auto-Determinação do Paciente, aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos em 1991. Este ato reconhece a recusa do tratamento médico, reafirmando a autonomia do paciente, sendo registradas, logo na entrada do paciente no hospital, as ressalvas e opções de tratamento em caso de incapacidade superveniente do doente.¹⁸⁶

¹⁸³ Adotamos essa nomenclatura em atenção às obras de VÉRA MARIA JACOB FRADERA (*Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*) e de RODOLFO SACCO (*Introdução ao Direito Comparado*), nas quais existe o ensinamento de que o Direito Comparado não seria apenas um método comparativo de diferentes legislações, mas uma ciência que atua na busca das razões das semelhanças ou das diferenças entre normas, institutos e sistemas jurídicos, objetos da comparação.

¹⁸⁴ VELOSO, Fábio Geraldo. *Revista Estudos Jurídicos*. v. 1, n. 2, 2009, p. 106. Disponível em: <<http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=4pesquisa3&page=article&op=view&path%5B%5D=18&path%5B%5D=12>>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁸⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. *op. cit.*, p. 67.

¹⁸⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 36-37.

A Holanda, por sua vez, foi o primeiro país no mundo a legalizar a eutanásia, sob certas condições, tal como dispõe a “Lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido” que entrou em vigor em 1º de abril de 2002, alterando o artigo 293 do Código Penal, embora a prática já fosse tolerada desde 1997. A referida lei concede proteção legal aos médicos desde que eles usem de estritos critérios. Desse modo, não é que prática não seja crime em terras holandesas, mas a classe médica obteve uma exclusão da ilicitude na prática. Em 2003, autoridades médicas registraram mais de 1.800 casos de pacientes que se beneficiaram da referida lei.¹⁸⁷

Vizinha à Holanda, a Bélgica legalizou parcialmente a morte assistida sob condições estritas em 2002, através da *Euthanasian Act*. A partir daí, qualquer médico que ajude um paciente a morrer não é considerado um criminoso, desde que o paciente adulto seja terminal ou sofra algum mal intolerável ou sem esperança de recuperação. O doente precisa estar em sã consciência e tomar a decisão por si próprio. A lei não se aplica a menores ou a qualquer paciente incapaz de tomar a decisão conscientemente, como os excepcionais. Em dois anos, cerca de 500 mortes foram registradas em face desta lei.¹⁸⁸

Na Noruega, a eutanásia ativa é ilegal e passível de sentenças iguais às de homicídios. No entanto, a ortotanásia é permitida se o paciente ou seus familiares a requisitarem (no caso de o doente não poder se comunicar). A prática ortotanásica, porém, “se ocorrer sem uma solicitação prévia pela família ou paciente é crime, e pode levar à cassação da licença médica”.¹⁸⁹

Na Alemanha também a eutanásia é ilegal, sendo a prática equivalente ao homicídio e, portanto, passível de criminalização, com pena de seis meses a cinco anos de prisão. Na Alemanha, contudo, a lei permite a ortotanásia, ou seja, a interrupção de um tratamento destinado apenas a manter a vida, mas somente quando mediante pedido expresso do paciente.¹⁹⁰

Observa-se que as diretivas antecipadas são legalizadas na Espanha, por meio da Lei n. 41/2002, a qual prevê que uma pessoa maior de idade, capaz e livre,

¹⁸⁷ VAN DER HEIDE, A.; VAN DER MAASS, P. J. VAN DER WALG. Medical End-of-life. *Apud*: CLOTET, Joaquim de; LOCH, Jussara. Aspectos relevantes da confidencialidade na assistência à saúde do adolescente. *In*: URBAN, Cícero de Andrade. (Coord.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 402.

¹⁸⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 443.

¹⁸⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Idem*, *Ibidem*.

¹⁹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 444.

pode manifestar antecipadamente sua vontade, com o objetivo de que essa vontade se cumpra no momento em que a pessoa se encontra em uma situação em que não seja capaz de expressar essa vontade pessoalmente. Um ponto interessante é o chamado “Registro Nacional de Instruções Prévias”, criado pelo governo para que se assegure a eficácia destas disposições últimas em todo o território nacional.¹⁹¹

Sob a lei francesa, “promulgada a partir de um caso dramático de um rapaz tetraplégico de 24 que implorava à mãe e ao seu médico para ajudá-lo a morrer”, nenhuma medida exagerada pode ser tomada “para sustentar a vida dos pacientes terminais que passaram a ter autonomia para manifestarem-se sobre a continuidade ou não de seu tratamento”. Outrossim, neste contexto, a Lei nº 2005-307 de 22 de abril de 2005, relativa aos direitos do paciente, veda a distanásia.¹⁹²

Dentro da experiência italiana, a eutanásia é proibida e a discussão sobre o tema, em face da forte influência católica no país, sempre representou um tabu. Entretanto, o debate vem sendo amadurecido desde 2003, quando o então Ministério da Saúde iniciou discussões sobre a validade do uso de meios extremos de manutenção vital. Contudo, ao fim daquele mesmo ano, um jovem italiano foi sentenciado a 18 meses de prisão por ajudar sua mãe, que sofria de mal de Lou Gehrig, enfermidade terminal, a ir à Suíça para morrer. Já no tocante à ortotanásia, em que pese ser prática tolerada no país, o caso que mais repercutiu neste contexto espacial, deu-se no Vaticano, quando o Papa João Paulo II, gravemente enfermo, preferiu por falecer em seus aposentos, naturalmente, recebendo apenas medicação que lhe aliviasse a dor.¹⁹³

Aspecto interessante, no contexto italiano, se dá na questão das diretivas antecipadas. Em se vislumbrando o crescimento exponencial da comunicação eletrônica, a associação italiana Luca Coscioni criou, em 2011, um aplicativo em uma famosa rede social chamado “Último desejo”, no qual o usuário indica dois “executores testamentários” para que autorizem a publicação de uma última mensagem, em seu momento final, no perfil do usuário. A iniciativa do aplicativo surge em meio a atual discussão acerca do projeto de lei que visa instituir os

¹⁹¹ ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional. *Revista Bioethikos*, vol. 7, n. 3. p. 259-270, jul./set. 2013, p. 262. Disponível em <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1810.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2013.

¹⁹² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 443.

¹⁹³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Idem*, p. 444.

testamentos biológicos no país, pois não existe texto legal que regulamente as decisões relativas ao fim da vida.¹⁹⁴

Na Suíça, a eutanásia ativa recebe veto legal, porém a assistência passiva do suicídio é legal, pois desde 1942, através de uma brecha na legislação, permite-se o chamado suicídio assistido para quem não tem chance de recuperação. Na prática, o paciente tem de administrar a dose letal prescrita, por conta própria, em si mesmo, em clínicas especializadas, tal como a Dignitas, em funcionamento desde 1998. Clínicas como essas acabam por engendrar o chamado “turismo da morte” no país.¹⁹⁵

Em recentíssima decisão, a Suprema Corte do Reino Unido, no dia 30 de outubro de 2013, manifestou-se pela primeira vez acerca da tomada de decisões médicas em caso de indivíduos incapacitados de manifestarem suas opiniões. No caso em tela, *Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust vs. James*, os juízes decidiram que os médicos não são obrigados a submeter um paciente em estado terminal a qualquer procedimento, com o único escopo de prolongamento da vida. Em não se tendo chances de cura e nem perspectiva de uma sobrevivência minimamente decente, manobras de ressuscitação, por exemplo, podem ser abandonadas. Curiosamente, fora o próprio hospital que pediu autorização judicial para evitar manobras de ressuscitação em caso de parada cardíaca deste paciente, em face do posicionamento familiar de manter a vida artificial a todo custo. Em suma, a compreensão da corte defende a perquirição do melhor interesse do paciente em face conjuntura clínica concreta.¹⁹⁶

¹⁹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *op. cit.*, p. 443.

¹⁹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Idem*, p. 444.

¹⁹⁶ Íntegra da decisão disponível em: <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0134_Judgment.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2013.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo a busca por bases teóricas que alicerçassem a defesa do direito daquele que se encontra em seu momento final de existência, a ter a possibilidade de enfrentá-lo de modo adequado e harmonioso, ou seja, através de um digno processo do morrer. Para tanto, procuramos trilhar um percurso lastrado no âmbito bioético, pois é necessária a construção de uma interdisciplinariedade no enfrentamento da presente problemática.

Desta forma, neste trabalho, tomamos como ponto de partida as reflexões teóricas acerca do campo da bioética, mormente no que pertine à microbioética. Destacamos que a bioética surge, no final do século passado, no cenário do avanço científico e biotecnológico que conduz, paralelamente aos benefícios em termos de curas e tratamentos de doenças, a impasses quanto à utilização inadvertida das tecnologias propiciadas. Em seguida, apresentamos o núcleo dos princípios bioéticos, os quais se demonstram extremamente atuais e orientadores da atuação médica contemporânea. Perpassamos pelos contornos intrínsecos da expressão positiva da ética, o biodireito, e efetuamos uma análise sobre os direitos de personalidade, a partir dos quais demos destaque ao direito à vida e o elegemos como paradigma em nossa busca de um processo do morrer igualmente digno.

Traçados estas bases iniciais, foram apresentadas, dentro do diálogo interdisciplinar proposto, algumas das inúmeras aproximações possíveis que o contexto do morrer pode ensejar. Dentro da abordagem histórico-social extraímos que a morte deixou de ser enfrentada como uma ocorrência natural na contemporaneidade, sendo um fato a ser escondido e tratado apenas nos lindes hospitalares, e ainda assim, dentro de toda assepsia e impessoalidade presente neste ambiente. Ou seja, a morte se afastou da vida cotidiana, do ambiente familiar. Isso se demonstra como um dos principais fatores para o motivo de os temas relacionados ao processo do morrer serem considerados tabus, não passíveis de um debate aberto que engendre crescimento necessário para o correto tratamento e enfrentamento da temática.

Em continuidade de nosso percurso, realizamos a distinção conceitual de termos fundamentais do contexto de vida e morte. Com essa cuidadosa apresentação terminológica, afastamos a possibilidade de confusão de temas, como,

por exemplo, entre eutanásia e ortotanásia, de modo que não se criem barreiras mentais preliminares ao desenvolvimento da problemática.

Assim, realizado o esboço e necessário embasamento dos elementos fundamentais, que permeiam a bioética e o fato “morte”, passamos a apresentar as nuances do digno processo do morrer. Para tanto, discorreremos sobre o orbe da dignidade humana, princípio que sustenta nosso ordenamento jurídico, demonstrando que, a mesma proteção que este vetor axiológico trouxe durante toda a vida do indivíduo, deve estar também presente no processo final de sua existência: em seu processo de morrer, haja vista este não ser um processo isolado, mas sim ainda pertencente à vida.

Demonstramos também a necessidade da afirmação da autonomia do indivíduo, para a consubstanciação do digno processo do morrer, através da determinação de diretivas antecipadas de vontade, sendo estas capazes de trazer a lume, mesmo em momentos de impossibilidade de manifestação, o desejo do indivíduo em se sujeitar a determinados tratamentos ou não, respeitando, dessa forma, seus valores intrínsecos, protegendo o indivíduo do nefasto aspecto que ressaltaríamos em seguida, a obstinação terapêutica.

Alertamos, assim, para o fato de que, paralelamente aos avanços científicos e tecnológicos no âmbito da saúde humana nas últimas décadas, observou-se a tendência do prolongamento excessivo e penoso do final da vida. No transcurso do trabalho condenamos esta prática em razão, precipuamente, do pilar jurídico da dignidade da pessoa humana, mas também em face do princípio bioético da não-maleficência. Voltamos a nos valer da principiologia bioética ao exaltarmos, com base no princípio da beneficência, os cuidados paliativos, prática médica a qual entendemos como salutar no digno processo do morrer.

Trouxemos também em tela a atual conjuntura ortotanásica no país, apresentando a acertada e paradigmática apreciação do tema por nosso judiciário, o que demonstra uma abertura, mesmo que ainda tímida, do debate das temáticas que gravitam em torno do processo do morrer.

Já nos últimos passos de nosso percurso, adentramos aos lindes de regulações e legislações estrangeiras que versam sobre os temas de finitude da vida. O próprio cenário internacional, sobre a temática, demonstra não apresentar caminho unívoco acerca da direção a ser tomada na decisão destas questões, mas

já demonstra apresentar importantes avanços na concretização do digno processo do morrer.

Em suma, o que podemos extrair é que, em que pese a resistência de determinadas parcelas sociais, em especial a religiosa, deve-se buscar a ampliação das fronteiras dos debates nos temas estudados no presente trabalho. Constata-se que em nossa conjuntura atual, com problemáticas éticas brotando a todo o momento, é imprescindível que o legislador e o aplicador do direito tracem reflexões e posicionamentos sobre esses tormentosos temas. Além disso, nas manifestações concretas dos citados atores socio-políticos, deve ser guardada e louvada a dignidade da pessoa humana, pois é valor legitimador de todo nosso ordenamento jurídico.

Em um primeiro momento, cabe aos juristas, primordialmente, investigar os novos paradigmas de elaboração de normas e de soluções de conflitos através da busca do equilíbrio entre valores e necessidades conflitantes. Após isso, com a consequente positivação da norma, haverá garantia da legalidade da conduta perante a sociedade, a segurança do profissional de saúde para a prática do ato e principalmente o direito do paciente em tomar sua decisão frente ao processo de terminalidade da vida, garantindo assim a higidez de sua dignidade em seu momento derradeiro, bem como garantindo que não sofrerá intervenções médicas fúteis que contrariem sua última vontade.

Em última instância, o correto exercício do processo do morrer se traduz na busca pelo melhor interesse do doente, através da observância do inafastável princípio da dignidade da pessoa humana, valorizando-se, desta maneira, o aspecto “vida” em toda a sua extensão temporal.

Desta maneira, buscou-se introduzir o germen do digno processo do morrer neste âmbito tão imbricado e tormentoso que é o da morte. Esperamos que o debate amadureça nos próximos anos, a fim de que se possa chegar a uma conclusão legítima e democrática acerca destas questões, que não podem mais ser ignoradas ou tratadas de largo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADONI, André Luis. Bioética e Biodireito: Aspectos sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 818, ano 92, p. 396-397, dez. 2003.
- ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson (Coord.). *Direitos do paciente*. p. 467-468.
- ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional. *Revista Bioethikos*, vol. 7, n. 3. p. 259-270, jul./set. 2013, Disponível em <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1810.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2013.
- AMARAL, Francisco. O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. In: CARNEIRO, Fernanda (Coord.). *A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.
- BALDESSIN, Anísio. *Pastoral Hospitalar e o paciente terminal*. Aparecida: Santuário. 1994
- BAUMANN DE LIMA, Gilberto; ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Relações da bioética com o direito - administração dos riscos. In: URBAN, Cícero de Andrade. (Coord.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional*. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/docdown/_7ce.pdf>. Acesso em: 29 set. 2013.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Coord.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. A integridade psíquica e sua disciplina dentre os direitos da personalidade no sistema legal brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo” Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jul. 2003.
- BRASIL. Justiça Federal. 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Sentença da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Brasília. Decisão em 06 dez. 2010. Publicada em: 09 dez. 2010. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 12 set. 2013.
- BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado de Goiás, 1ª Vara. Decisão liminar da Ação Civil Pública n. 1039-86.2013.4.01.3500. Juiz Jesus Crisóstomo de Almeida. Goiânia. Decisão em 14 mar. 2013. Publicada em 02 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2013.
- BRASIL. Lei nº 9.434/97. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Alguns aspectos da disciplina jurídica brasileira da eutanásia no direito penal brasileiro*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, ano 91, p. 478-501, abr. 2002.

CLOTET, Joaquim de; LOCH, Jussara. Aspectos relevantes da confidencialidade na assistência à saúde do adolescente. In: URBAN, Cícero de Andrade. (Coord.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003.

COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. *Ortotanásia: Em Busca da Dignidade da Morte*. 2009. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: Luiz Edson Fachin (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.805 de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 20 set. 13.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*: Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo>>. Acesso em: 27 set. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf> Acesso em: 23 set. 2013.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/12. *Revista Bioética*, vol. 21, n. 1, 2013, p. 107. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861>. Acesso em: 25 set. 2013.

DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a biotecnologia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 1: teoria geral do direito civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanbra.htm>>. Acesso em: 03 set. 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GEDIEL, José Antônio Peres. Direito e bioética. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*. Curitiba n. 29, p. 255-257, 1996.

_____, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/Loyola, 2010.

KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o direito de morrer de dignidade. *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 6, n. 1, p. 61-69, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

_____, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Coord.). *Biodireito: Ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética, novo conceito: a caminho do consenso*. São Paulo: Loyola, 1996.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTIN, Leonard M. A ética e a humanização hospitalar. In: PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana (Coord.). *Humanização e cuidados paliativos*. São Paulo: Loyola, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e construção do biodireito. *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. v. 8, n.2, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Jussara Maria Leal de. Com a cabeça nas nuvens mas os pés no chão: discurso inicial sobre o biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto. In: _____ (Coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 64.

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

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n. 19, p. 223-241, 1978-1980.

OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. *Terminalidade da vida: dignidade da pessoa humana*. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCALQUETTE, Ana Cláudia; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; BERGSTEIN, Gilberto (Coord.). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTR, 2010.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (1948). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 13 set. 2013.

PESSINI, Leo. *Como lidar com o paciente em fase terminal*. 5. ed. São Paulo: Santuário, 1990.

_____, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____, Leo. A eutanásia na visão das maiores religiões. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. (Coord.). *Bioética: alguns desafios*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____, Leo. A filosofia dos cuidados paliativos: uma resposta diante da obstinação terapêutica. In: _____; BETARCHINI, Luciana (Org.). *Humanização e cuidados paliativos*. São Paulo: Loyola, 2004.

_____, Leo. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Revista Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, vol. 4, n. 1. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357>. Acesso em 27 set. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. II.

RODRIGUES, José Carlos. *Tabu da morte*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei, implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.241, de março de 1999. Dispõe sobre direitos dos usuários de serviços de saúde. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 20 set. 2013.

SCHRAMM, Fermin Roland. Uma breve genealogia da bioética em companhia de Van Rensselaer Potter. *Revista Bioethikos*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, v. 5, n. 3, p. 302-308, 2011.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

SOARES, André Marcelo; PIÑERO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito: uma introdução*. Coleção gestão em saúde, v. I, São Paulo: Loyola/ São Camilo, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____, Elimar. O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba: SER/UFPR, n. 46, p. 151-179, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

_____, Flávio. *Direito civil*. vol. único. São Paulo: Método, 2011, p. 106.

VELOSO, Fábio Geraldo. *Revista Estudos Jurídicos*. v. 1, n. 2, p. 101-116, 2009. Disponível em: <<http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=4pesquisa3&page=article&op=view&path%5B%5D=18&path%5B%5D=12>>. Acesso em: 11 out. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Definition of Palliative Care*. Disponível em: <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en>>. Acesso em: 20 set. 2013.