

A EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, DISTANÁSIA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE: uma possibilidade de legalização?

Iury Henrique Reis¹

Diego Fillipe Otoni de Barros Castro²

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar as diversas formas de morte assistida contempladas no ordenamento jurídico de outros países assim como a possibilidade de legalização em nosso país. Um estudo dos direitos de personalidade na perspectiva do direito a uma vida e morte dignas perante as possibilidades e permissões contidas no ordenamento jurídico pátrio e a adaptação do tema em nossos dias atuais. A sua aceitação por parte da sociedade, tanto como, a evolução do pensamento social sobre o mesmo. Mediante pesquisas e estudos na internet de dados levantados por outras instituições sobre o tema e que ligam diretamente a sociedade aos argumentos utilizados para sua conclusão. Malgrado gerar grande discussão, a pesquisa de como os tribunais regionais e superiores se posicionam sobre o assunto e o comportamento de aceitação por parte dos mesmos mediante a análise das decisões. Análise de jurisprudências e doutrinas com exposição opinativa sobre o tema por parte dos escritores para sua fundamentação. Da possibilidade de o paciente em caso terminal manifestar seu desejo ou sua escolha quanto a manter a vida ou morrer em casos tratados mediante análise do ponto de vista legal, médico e social. Estudo dos riscos e formas de aplicabilidade nos casos recorrente atuais. O posicionamento legal sobre a permissibilidade da prática do mesmo e da sua regulamentação no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Direito. Morte. Morte assistida. Legalização. Liberdade. Princípios constitucionais. Direitos da personalidade. Direito de escolha.

1 INTRODUÇÃO

Falar de morte é tarefa sempre árdua, levando em consideração o pensamento social e o pouco debate do tema. Assim como os demais direitos, esse trabalho tem o viés de tratar em sua abordagem a possibilidade de legalização da morte assistida, mais especificamente nos casos de eutanásia, ortotanásia e distanásia.

A motivação para a realização da pesquisa se origina por diversos motivos baseados na realidade jurídica e sociológica da morte e da forma como é tratado os casos de pacientes terminais em leitos públicos e privados.

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

² Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade de Cuiabá, Brasil (2019). Professor - Direito do Consumidor da Faculdade Pitágoras de Ipatinga, Brasil.

Tem por objetivo expor de forma clara e mediante o uso do direito comparado a possibilidade de escolha, como sendo um direito de personalidade, e a sua aplicabilidade em casos regulados no ordenamento pátrio. Assim como o posicionamento dos órgãos diretamente envolvidos nos casos ora demonstrados no decorrer da obra.

O que se pretende provar é que resta uma participação mais efetiva do legislativo e do judiciário na regulamentação do direito a uma morte digna e da escolha pelo paciente de como deve proceder médicos, familiares e demais envolvidos no caso de disposição da sua vida por meio das formas de morte assistida. Visando uma diminuição do sofrimento pessoal, psicológico, emocional e familiar.

A pesquisa a ser realizada será jurídico-teórica já que a solução do problema será buscada a partir da análise dos dogmas jurídicos no tempo e no espaço, e também com o método de pesquisa empírica, ou seja, ser mesclada em doses homeopáticas os dados analisados. Quanto ao tipo de pesquisa será bibliográfica, visto que procurar-se-á explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em livros, artigos de autoria de profissionais do direito, leis, revistas e jurisprudências. A pesquisa quanto à abordagem será considerada qualitativa por ser procedida através da análise dos conteúdos das teorias existentes publicadas, na busca da explicação do problema e porque será feita análises de dados estatísticos do contexto social.

Quanto à técnica a ser utilizada será considerada documentação direta e indireta, visto que serão utilizadas fontes secundárias conforme obras listadas nas referências, cujos autores abordam aspectos relevantes relacionados à pesquisa e também consistirá no levantamento de dados no próprio local em que os fenômenos ocorrem. Também dados da internet e em sites de publicações.

Obedecendo ao exposto, este trabalho se organizará tal como apresentado a seguir.

Para demarcar e pontuar de forma clara e objetiva, o primeiro capítulo será tratado sobre os direitos da personalidade, a sua regulamentação no ordenamento pátrio, sua evolução histórica e aplicabilidade mediante análise das suas características, efeitos e projeções contidas no texto legal, o seu conceito e as formas de morte assistida em sua perspectiva.

O segundo capítulo trará em seu conteúdo uma explicação formal e baseada em doutrinas e normas sobre a morte assistida, suas formas de aplicação, da eutanásia, ortotanásia e distanásia em seu conceito e aceitação pelo os juristas. Assim como também as formas de práticas e a sua regulamentação pelo Conselho Médico Federal e pelo judiciário.

No terceiro capítulo, se apresentará às tentativas de regulamentação e normatização das formas de morte assistida no Brasil, além de dados acerca da legalização. Far-se-á uma análise das decisões e posicionamentos em razão do tema abordado, decorrente da falta de normatização das formas de escolha e opção de morte por parte do paciente terminal. Apresentar-se-á também fundamentos jurídicos e sociológicos para a legalização do mesmo.

Por fim, na conclusão serão apresentados os resultados decorrentes das análises realizadas em todo conteúdo do trabalho.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Conforme aduz o teor da obra de Carlos Roberto Gonçalves (2019), os direitos de personalidade são contemporâneos e foram validados na Constituição Federal de 1988 quando traz a redação no seu artigo 5º, X de que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Dessa forma, ficando validado sob a ótica da constituição e do código Civil que todo ser humano, com seu nascimento, adquire personalidade jurídica.

Personalidade esta que com o passar dos anos foi se ampliando para outras áreas do direito, como sendo, além da intimidade, vida privada, honra e imagem que integram os direitos de integridade física, o de integridade intelectual e integridade moral.

Expor de forma aberta sobre alguns temas tem gerado discussões devido aos variados entendimentos que existe sobre vida e morte, liberdade de exposição do próprio corpo, direito de escolha e por mais que o direito de forma geral tente regular

todos os assuntos, o ser humano tem se sentido cada vez mais livre para manifestar suas vontades sociais e pessoais.

Mas, com a regulamentação dos direitos de personalidade nas normas do nosso ordenamento jurídico abriu-se um leque de possibilidades para os juristas sobre os mais variados temas. Assim como visa garantir uma igualdade para todos, sem discriminação racial, credo ou origem étnica e social.

Para reafirmar de forma ampla e assegurada do entendimento aqui demonstrado, o Enunciado 274, do Conselho Nacional de Justiça traz a seguinte redação:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Reafirmando que tal direito previsto no artigo 11 da Lei 10.406/2002 pode ser interpretado de forma não exaustiva, ou seja, que pode ser compreendido para as demais áreas de abrangência e se tornando então um marco para o direito a aprovação do enunciado tratando sobre o determinado tema.

Entende-se ser os direitos de personalidade, por Maria Helena Diniz (2002, p. 135):

Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social).

Finalizando a parte conceitual, entende-se serem os direitos de personalidade dotados de força jurídica e aplicáveis casos atribuídos a estes a normatividade pelo estado sancionando em outro plano do direito positivo, dando a estes, proteção própria transcrevendo as palavras de Carlos Alberto Bittar (1999, p. 7). Restando a classificação dos direitos de personalidade, uma vez que se define o conceito do mesmo.

2.1 Proteção aos direitos de personalidade e suas características

O código de direito civil brasileiro traz em seu conteúdo atualmente a previsão legal dos direitos de personalidade em capítulo separado. Já é introduzido com a previsão de intransmissibilidade, irrenunciabilidade, e não podendo este sofrer limitação voluntária.

Dispõe a doutrina ser também considerados absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios, sendo considerado, como já mencionado, o rol dos direitos de personalidade meramente exemplificativo. Levando em conta sua natureza e o fim a que se destina na norma, entende-se serem inesgotáveis os direitos de personalidade, uma vez que, com a evolução do tempo e da humanidade, assim também como as tecnologias e informações, novos direitos surgem abrangidos por este, assim como a necessidade da interpretação da aplicabilidade do instituto.

Quanto às suas classificações são consideradas intransmissíveis, tendo por base o caráter pessoal da proteção, sendo este garantido a toda pessoa, desde a sua concepção. Quanto à irrenunciabilidade, entende-se ser intransmissível a terceiros e não podendo dispor o detentor, pois nascem e extinguem com ele. Assim como sofrer a limitação voluntária, onde o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser aplicável a este a possibilidade de limitação desde que não permanente e nem geral, fundamentando no RSTJ 71/183.

Quanto ao absolutismo, entende-se os ser este oponível contra todos e é inerente a toda pessoa humana. No primeiro por carregar consigo uma exigibilidade de respeito e no segundo por toda pessoa ser portadora desse direito.

Quanto a não limitação a doutrina se posiciona que mesmo o código civil trazendo consigo um rol de direitos da personalidade, do artigo 11 ao 21, o mesmo não se esgota justamente pelo exposto anteriormente, de com a evolução dos direitos, da humanidade, das tecnologias e demais, o mesmo também se apresenta nestes eventos com o surgimento de novos direitos e novas proteções as quais são adequadas ao ordenamento e aos costumes do povo de acordo com o seu surgimento.

A imprescritibilidade, por não poder ser este extinguido pelo uso, decurso do tempo e nem pela inércia, não existindo termo ao cumprimento deste e carregando

consigo o titular do nascimento até a morte. E com isto trouxe o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ser o direito de ação por dano moral de natureza patrimonial, sendo transmissível aos sucessores *pós mortem* se relativo aos direitos de personalidade.

Da impenhorabilidade, por serem inerentes à pessoa e não poder deles dispor a terceiros e nem serem estes penhorados. Todavia, desde que não tenha caráter vitalício e geral, como já mencionado, como o direito de imagem, por exemplo, poderá estes ser penhorados, nos moldes da lei que regulamenta tal prática.

Por ser insuscetível de desapropriação do titular, é entendido como não sujeito a limitação ou ser dela retirados.

Como já mencionado, são também considerados vitalícios, por acompanhar desde a concepção da pessoa até a sua morte, com a possibilidade de defesa pelos sucessores, quanto a honra, memória, direito autoral e etc.

Ficando desde então os direitos de personalidade dotados de tais proteções e características. E como já mencionado, o direito é mutável, assim como com o passar do tempo evolui-se as necessidades humanas, com ele há também a transformação necessária para que sejam atendidas e albergadas dentro do direito positivo. As normas legais visando a proteção e maior cobertura detêm tal proteção de acordo com o Código Civil Brasileiro e podendo esse rol passar por entendimento extensivo.

2.2 O direito a morte é um direito de personalidade?

Regulada de forma abstrata no texto legal, a morte vem como sendo de forma natural. Um ciclo da vida do indivíduo onde, ali, encerra-se uma parte de direitos e mantêm-se outros, assim como já mencionado em relação aos direitos de personalidade.

Uma indagação pertinente ao tema é de ser o direito à morte digna um direito de personalidade? No regulamento jurídico vigente é o direito de defesa ou de pedido de proteção em relação a moral, quando esta é ferida, ou da honra e imagem do de cujus pelos seus herdeiros, aplicando-se o direito de dano em ricochete, previsto no artigo 12 e 20 do Código Civil, conforme abaixo transcrito:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002).

E no artigo 20, do mesmo diploma, que aduz:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815).

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Como visto em ambos os artigos supramencionados há a proteção quanto a defesa pelos ascendentes, descendentes e o cônjuge, quando lesados em relação aos direitos fundamentados no texto legal.

De forma a esclarecer o que se destina a proteção, no direito brasileiro não se encontra regulamentação quanto ao direito de morte ser considerado um direito de personalidade, ou até mesmo do direito a uma morte digna.

De forma extensiva como já abordado e explicitado anteriormente, entende-se ser abrangido pelo direito de personalidade, por ser um direito de cada indivíduo, assim como nascer, crescer, o respeito à integridade física, a saúde, educação e dos demais direitos garantidos na constituição federal durante a vida, justamente pelo seu caráter vitalício.

Acredita-se ser o direito a morte da pessoa com sendo este a garantia de não sofrer lesão de seu direito de viver plenamente e não ser este interrompido por fato a não ser a própria morte natural. Tornando-se então o indivíduo detentor de tais direitos como sendo a vida como bem indisponível e a morte como sendo de forma natural respeitando o ciclo conforme ao costume do viver e desenvolver.

3 A MORTE ASSISTIDA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como prescrito anteriormente de forma sucinta e clara, os direitos da personalidade são inerentes à pessoa após o nascimento com vida. E carregam-se os mesmos até a morte. Deixando o entendimento costumeiro e cultural da morte que nos é transmitido e focando no tema propriamente dito e também nos debates que vê-se sobre a vida e morte, gerando a discussão sobre ser possível a transparência e a possibilidade de escolha no momento da morte. A forma de manifestação e como pode ser procedidas as medidas mais cabíveis a aplicação é o que gera o conflito entre pessoas. Conflitos de interesse, pois de um lado tem um indivíduo que sofre por alguma doença grave e dores insuportáveis que somente o mesmo pode externar a repulsa a tratamentos e medicações e de outra a família que opta por ter e querem, mesmo que nas condições de aceitação já explicitadas, o indivíduo viva no mesmo estado antes da doença.

A ideia de que o mundo deve ser maravilhoso em termos de igualdade de direitos e obrigações podem ser vista como utópica, porém, o que se deve, é buscar que a função social do Direito seja cumprida, ou seja, que a prevenção dos conflitos sociais seja buscada incessantemente, que o bem comum seja palpável, a fim de que haja uma harmonia de bens jurídicos, já que uma de suas funções é zelar pela segurança jurídica e também pelo bom andamento do estado democrático de direito, que nada mais é do que respeitar as minorias em suas peculiaridades. Ao não legalizar a prática, concorda-se de forma indireta na forma como esta ocorre atualmente, de forma ilegal.

Como se trata da morte do indivíduo que carrega esses direitos de personalidade cria-se um vínculo entre nascimento, vida e morte. De forma que a vinculação do mesmo é simples, uma vez que a opção é feita pelo titular ou via terceiros enquanto vivo.

Entende-se então ser mais que compreensível e aceitável o posicionamento do paciente, mesmo que antes de realizados os procedimentos e quando possível o feito, a concordância ou não com a prática de determinados atos ou procedimentos que visem o fim da doença ou mesmo colocar fim a vida, uma vez que o direito de dispor da mesma não é regulamentado no direito pátrio.

3.1 Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia

Valdemar da Luz e Sylvio de Souza (2015) em sua obra “Dicionário Enciclopédico de Direito”, traz a classificação como sendo:

Eutanásia Etimologicamente, a expressão origina se do grego eu, que significa “bom”, e *thanatos*, que significa “morte”. Seria, assim, uma boa morte, morte aprazível, sem sofrimento. Ato de provocar a morte de alguém com o objetivo de eliminar seu sofrimento, por não haver chance de sobrevivência.

Sidou (2016) na obra organizada “Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas” classifica a ortotanásia como: “(Gr. *thanatos* = morte + *orthós* = correta) Med. Leg. Suspensão dos recursos da Medicina empregados para prolongar a vida com muito sofrimento do paciente cujo estado não oferece possibilidade de cura. Morte digna”.

E da distanásia, no mesmo título: “[...] *distanásia* = morte lenta, com sofrimento”.

A eutanásia é definida em conceito médico e no dicionário da língua portuguesa como sendo ato de proporcionar morte sem sofrimento a um doente atingido por afecção incurável que produz dores intoleráveis e sofrimentos físicos ou psíquicos. Com o passar do tempo e a sociedade evoluindo o pensamento sobre os temas propriamente ditos, desde a antiguidade é questionado sobre essa prática, como sendo de relevante pensamento e considerado de forma abrangente como direito este absoluto. O cristianismo trouxe consigo esse caráter absoluto e intransigível de determinado ato, justamente por essa “punição” ou forma de “selecionar” da sociedade civil e política daqueles tempos os considerados “aptos” ou “úteis” de alguma forma ao poder controlador daquela época.

Sendo assim, o direito caminhou com esta proteção até os dias atuais, onde de forma clara é defendido o direito absoluto a vida e com a evolução médica de sempre buscar-se uma solução contra a morte. Fato é que tornar-se resistente ao penoso ou a morte tem sido objeto de discussão entre organizações e até mesmo a própria sociedade, por se tratar também de um direito de escolha do paciente ou de seus familiares. As famílias têm mudado o entendimento de aceitação e aceitado a figuração no papel de escolha pelo paciente e de decisão pelo mesmo quanto a permanência em

procedimento de prolongamento da vida ou não. O que, vem crescendo e se tornando normal no meio social. A luz da constituição federal, do conselho de medicina ético que regulam essa prática por parte do médico atuante, o coloca em situação de grande indecisão ou até mesmo de atuação ou não no caso propriamente dito por ser contrários aos atos por ele jurados perante o conselho ético de medicina e ao próprio paciente. Negar ou não o direito a morte ou a sua participação ao ato ora convocado? Respeitar a vontade do paciente ou “manter o procedimento padrão médico”?

A vontade do paciente se torna questionável assim como a postura médica do profissional. Atender ao lado profissional ou lado humano e compreensivo da situação do paciente? E é exatamente esse questionamento não alinhado entre sociedade, conselhos e organizações médicas que geram as controvérsias. Fato existente também é que não há pessoas disponíveis para decidir sobre a vida de um terceiro.

Já a ortotanásia, também chamada de "eutanasia passiva", consiste em aliviar o sofrimento de um doente terminal através da suspensão de tratamentos que prolongam a vida, mas não curam nem melhoram a enfermidade. E ao mencionar a suspensão de um tratamento médico por meio de remédios se tem as vertentes de suspensão de alívio da dor ou do preeminente sofrimento do paciente ou assim como o combate a determinada enfermidade. A luz do direito, deixar de prestar socorro ao mesmo em face de sua necessidade. Compreende-se então, ser, de acordo com a definição, uma forma clara e objetiva de deixar o paciente vulnerável a determinada doença ou enfermidade com o objetivo da mesma por fim a vida. Vale-se ressaltar que na hipótese de ocorrência do mesmo, é válida a avaliação médica, pois de que se digne o paciente a um tratamento indolor e eficaz de forma a ser este protegido quanto ao sofrimento exposto por determinado tratamento.

E na distanásia como sendo o prolongamento do processo da morte através de tratamentos extraordinários que visam apenas prolongar a vida biológica do doente. Quando o paciente se opõe a tal prática ou mesmo o sistema de saúde governamental não tenha “recursos” para execução do mesmo, entram no mesmo paradoxo questionável de respeitar a vontade do paciente ou de seus familiares ou de executar o procedimento visando o prolongamento da vida ao mesmo. É certo o entendimento de

que mesmo com o prolongamento o paciente pode ser submetido a dores e tratamentos.

Genival de França em sua obra “Direito Médico”. aduz em seu conteúdo a seguinte comparação entre os institutos:

A primeira seria uma conduta para promover a morte mais cedo do que se espera, por motivo de compaixão, ante um paciente incurável e em sofrimento insuportável. A ortotanásia, como a suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado em “morte encefálica”, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação. E, finalmente, distanásia, como o tratamento insistente, desnecessário e prolongado de um paciente terminal, que não apenas é insolvável, mas também submetido a tratamento fútil. (FRANÇA, 2017).

Os que são de corrente contrária à prática de tais institutos, não concordam com a prática como forma de carência ou alívio de agonia mesmo dolorosa ou que seja concedido o direito de antecipar a morte como forma de suprir generosamente a dor e o sofrimento. Os defensores se posicionam baseados na inutilidade dos recursos em certos estágios de tratamentos, incurabilidade ou sofrimento insuportável. Mesmo que divergentes em grau elevados, os dois pontos encontram fundamentos que servem de base para defesa. Mas variando de culturas, pensamentos sociais e aceitação nas normas legais tornam-se viável ou não a sua aplicação.

3.2 Técnicas médicas para o fim da vida

A resolução de nº 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina - CRM tem a seguinte redação:

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. (CRM, 2006).

O que, em sua leitura, entende-se estender ao médico o direito ou a faculdade de usar ou não de métodos de tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal. O órgão regulador aplicar estas normas ao ordenamento médico pátrio, pois, o mais seguro é que se faça de forma clara ao paciente, aos familiares e representantes do mesmo. Não só postulando sobre a vontade do paciente, mas também garantindo uma proteção ao executor dessa difícil tarefa.

O que fica a mercê de comentários seria sobre o procedimento propriamente dito e da sua forma de execução, pois ainda que aplicando o método ou não em favor ou desfavor do paciente, assegura-se que seja feito de forma segura e não complicada para não piorar a situação do mesmo.

Na ortotanásia, o paciente tem o tratamento ou medicação suspenso, por este ser ineficiente ou prejudicarem o mesmo, visando o alívio da dor causada pelo medicamento ou até mesmo da proporção de sofrimento com o tratamento a este exposto.

Na distanásia há uma visão de prolongar a vida do paciente terminal. Entende-se não prolongar a vida, mas sim o processo de morte com fim de manter simplesmente o paciente em estado terminal sob cuidados médicos, porém, ineficaz.

4 ATUAL REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Entende-se como crime por definição no Código Penal Brasileiro em seu artigo 121, §1, a prática de qualquer dos meios de prolongamento ou adiantamento da morte do paciente, salvo o segundo, se houver concordância do titular do direito ou de seu representante legal em caso de impossibilidade de decisão, respondendo este na forma do artigo a seguir transcrito:

Art. 121: Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Não obstante a classificação como criminosa, entende-se ser direito do paciente em fase terminal a escolha da forma da sua morte e como de fato uma opção a lhe ser proporcionada ou a sua família.

4.1 O direito de escolha do paciente no art. 15 da Lei 10.406/2002

No Código Civil, tem-se a tratativa, dentro dos direitos da personalidade, do tema propriamente dito garantindo ao paciente ou mesmo ao indivíduo o seguinte: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. (BRASIL, 200).

O que nos remete também a Carta Magna no que tange ao direito à vida. No nosso direito, a proteção à vida é superior e protegida na forma da lei, mas nos dá base para discordar de sermos submetidos a procedimentos ou tratamentos que possam degradar ou mesmo que nos impossibilitem de exercer a nossa dignidade humana. Direito este também previsto na Constituição Federal, conforme indicado no artigo 5º, III, que aduz: “III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. (BRASIL, 1988).

O que, na forma do texto legal abre precedente para a discussão do tema abordado como entendendo ser de direito do paciente a escolha de se submeter ao tratamento ou não, assim como também participar de qualquer decisão relativa à sua vida. Veremos a seguir, em conformidade com o direito médico também a posição abordada e adotada pelo Conselho Federal de Medicina nesses casos.

4.2 Tratamentos da morte pelo Conselho Federal de Medicina

O Código de Ética Médica traz em sua estrutura, mais especificamente nos artigos seguintes, alguns direitos e deveres a serem observados pelo médico em favor do paciente, conforme subscrito abaixo:

É vedado ao médico:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. (FRANCA, 2015).

Tendo em vista que a possibilidade de escolha do paciente, tanto na ótica do Código de Ética como a Carta Magna Brasileira, entende-se que o médico deve garantir ao paciente o pleno exercício de suas vontades, como uma espécie de prestação de serviço através dos seus conhecimentos para sanar tal necessidade ou apresentar um diagnóstico a partir da análise da doença ou do “problema” apresentado pelo paciente.

Temos também uma base no artigo abaixo transcrito: “Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza”.

Como reafirmação das vedações previstas no Código de Ética Médica.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.
Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina. (FRANCA, 2015).

Como previsto anteriormente, é vedado a prática de qualquer crime ou procedimento, método ou ato que desafiar a integridade do paciente por parte do médico. Ficando restritas a vontade do paciente e a realização do necessário para efetivação do fim a que se destina.

É evidente que a realização da vontade do paciente nem sempre é possível, e nesse caso, supre-se essa necessidade com a anuência dos parentes responsáveis. Ou, no caso de rejeição, o médico não pode colocar em risco e sim executar o procedimento normalmente com o fim de manter a vida do paciente a salvo e com segurança, salvo nas hipóteses legais que o autoriza a fazer o inverso.

Ainda que compreensível e aceitável o posicionamento do paciente baseado na manifestação de vontade antes de realizado os procedimentos ou por representação, a concordância ou não com a prática de determinados atos ou procedimentos que visem o fim da doença não é aceita. Uma vez que o direito de dispor da mesma não é regulamentado no ordenamento pátrio.

De igual forma, menciona Carlos Roberto Gonçalves em sua obra atualizada, o seguinte:

O valor da vida torna extremamente importante a sua defesa contra os riscos de sua destruição, defesa esta que passa pela proibição de matar, de induzir a suicídio, de cometer aborto e eutanásia, envolvendo ainda as práticas científicas da engenharia genética, no tocante principalmente a transplantes de órgãos humanos, transferência de genes, reprodução assistida, esterilização e controle da natalidade, bem como cirurgias plásticas, tratamentos médicos, práticas esportivas perigosas etc. (GONÇALVES, 2019, p. 208).

De tanto discutir-se o tema de forma bem fundamentada de ambos os argumentos, tanto de a vida prevalecer sobre os interesses subjetivos do indivíduo como de legalizar-se a prática pelos médicos em favor da decisão voluntária do indivíduo, Flávio Tartuce (2019, p. 253) traz o seguinte apontamento:

Sendo assim, concluiu-se que o médico tem o direito de renunciar ao atendimento do paciente, “desde que o comunique previamente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao profissional que lhe suceder”. Diante do conflito entre as liberdades de consciência dos envolvidos, médico e paciente, julgou-se que a recusa do médico ao procedimento não evidenciaria ato ilícito a gerar reparação imaterial (TJRS, Apelação Cível 0409666-91.2016.8.21.7000, Porto Alegre, Rel. Juiz Túlio de Oliveira Martins, 10.^a Câmara Cível, julgado em 27.04.2017, *DJRS* 10.05.2017).

O complemento de que:

Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma ‘crença’, apenas que da parte do médico, guiado, em sua conduta, por um entendimento que não deriva das normas jurídicas, mas das suas próprias convicções científicas e filosóficas. [...]. A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro (DIREITOS..., 2011, p. 52).

E o Conselho Nacional de Justiça, em seu enunciado de nº 403, reafirma o direito exposto com a seguinte afirmação:

O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante. (CNJ, 2016).

O que coloca o entendimento da ortotanásia como sendo de critério e avaliação do médico perante a situação do paciente, levando em consideração que nos dois julgados ora apresentados, em um há a manifestação de ser indeferido o pedido de indenização na hipótese de o médico realizar o procedimento de transfusão de sangue sem observar a exigência da observância de crença e no segundo o indeferimento do pedido pelo médico não ter não realizado o procedimento.

Entende-se ter uma proteção jurídica aos médicos conforme a necessidade e prevalência do interesse das partes de postular em favor de tal direito e avaliação e julgamento das provas por parte do judiciário.

Com a demonstração dessa possibilidade de regulamentação na forma legal, visa-se a padronização dos atos e casos de aplicabilidade das hipóteses aqui mencionadas de acordo com a evolução do direito e com os fundamentos expostos.

A presente discussão a se desenvolver pretende mostrar a possibilidade de regulamentação do direito de morte e não somente deste de forma restrita, mas também da sua escolha e opção no ordenamento jurídico.

A evolução do pensamento humano é necessária, por isso, entende-se que exposto o tema de forma clara e objetiva, pode-se estabelecer a linha de entendimento e de melhor compreensão para que possamos formular um pensamento aceitável ou não por parte do direito e de cada indivíduo.

4.3 Direito a uma morte digna?

Quando falam da morte, muitas das vezes há espanto. Por ser um tema delicado e que traz profunda reflexão sobre o viver e o dom da vida propriamente dito. Sem adentrar na religião e no que concerne a este tema, mas mantendo o viés jurídico, não se pode deixar de tratar a luz dos fundamentos já arguidos anteriormente sobre a mesma sem falar da sua dignidade.

A dignidade da pessoa humana, um dos princípios norteadores dos direitos e deveres e que ocupa lugar de tamanha importância por servir de fundamento e direção no ordenamento jurídico, traz consigo uma mistura de valores, com princípios e o que realmente merece, por assim dizer, o ser humano como indivíduo. Podem-se relatar

aqui diversas fases em que se encontra o mesmo, mas seguindo o tema abordado neste capítulo, como pode ser a morte digna? Talvez sem sofrimento? Sem dores físicas? Sem o constrangimento da dependência de parentes, amigos ou os próprios agentes da saúde que se comprometem com o mesmo? É tarefa difícil falar objetivamente por se tratar de um direito individual, antes de coletivo.

Cada indivíduo tem a sua dignidade e cada um carrega consigo a ideia do que podemos entender como digno. Para uns a morte digna seria sem dor, mas para outros com um velório e um enterro com todos os familiares.

O que se vê a luz do direito é que o respeito a opinião, a vontade do paciente terminal, onde a medicina já não tem mais recursos para finalizar, é uma manifestação de dignidade. Executa-se todos os dias esses parâmetros, pois médicos, enfermeiros e até mesmo os familiares se colocam na posição do mesmo e praticam a empatia de tentar se imaginar em tal situação para decidir. Morrer de forma digna, respeitando a minha vontade, o meu interesse ou manter sobre os cuidados humanos para que possa prolongar?

Como já mencionado, é difícil, pois para cada indivíduo há um interesse. E o que se entende a partir desse entendimento é como sendo, não de responsabilidade, mas como dever do médico ou dos responsáveis legais de atender a vontade do paciente. Uma morte digna pode ser resumida em cumprimento da vontade da pessoa humana e não simplesmente o manter acordado sob efeito dos remédios ou mesmo de máquinas.

Mas assim como a vida é regulamentada pelo direito, a morte também está amparada, não objetivamente na letra da lei, mas de forma indireta e subjetiva por interesse das partes. E encontramos respaldo para menção do mesmo quando, na forma da lei e dos direitos de personalidade e coletivos elencados nos capítulos anteriores, podemos entender como sendo um direito e até mesmo garantia social, por analogia, o direito a uma morte digna. Visando garantir ao indivíduo o poder de escolha em um momento tão importante quanto o fim da vida.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou o esclarecimento do tema abordado de forma ao entendimento de como é aplicado e como está baseado o direito à morte no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, fez conexão do direito civil material com direito médico e a constituição federal, gerando mais entendimento sobre o mesmo.

Dada a importância do tema, como elucidado no decorrer do trabalho, torna-se necessária a exploração o tema em referência para que possam embasar discussões no ambiente acadêmico e em debates sobre o direito à morte. Sobre a sua forma de tratamento no direito material e no entendimento dos juristas brasileiros.

Nesse sentido, entende-se como sendo de direito de cada indivíduo a manifestação de seu interesse para a prática de tais atos que se direcionam sobre o tema. Sobre a possibilidade de escolha e manifestação de vontade, mediante análise jurídica, médica e social sobre prática da eutanásia, a ortotanásia e da distanásia no Brasil.

Não havendo em nosso ordenamento jurídico previsão legal para eutanásia, podendo ser esta classificada como homicídio qualificado ou auxílio ao suicídio em se tratando de sofrimento, doença incurável, ou em estado terminal e desde que o paciente solicite por tal procedimento.

Já quanto a prática da ortotanásia, esta vem regulamentada na resolução nº 1.805/2006 do CFM (Conselho Federal de Medicina), como sendo permitido ao médico, no caso de enfermidades graves e incuráveis a limitação ou suspensão dos procedimentos ou tratamentos que prolonguem a vida, garantindo os devidos cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal, visando o cumprimento do procedimento de morte mas com limitação ou suspensão a execução do mesmo.

Quanto à distanásia, não há previsão legal no CFM (Conselho Federal de Medicina) de manifestação à prática do mesmo e nem a devida regulamentação no ordenamento pátrio.

O que se pode entender a partir da evolução histórica é que se tende a possibilidade de abrangência dos temas abordados para uma compreensão e controle

de possibilidade da prática do mesmo. Posicionamento este que pode ser alterado com o passar dos anos e com a evolução do direito material brasileiro a ponto de se eleger novas regras de regulamentação e fundamentação de tais direito como estendidos não somente ao paciente, mas a seus familiares, visando a diminuição do sofrimento de ambas as partes e o real cumprimento do respeito e inviolabilidade da dignidade da pessoa humana.

Caminha-se ao entendimento de controle de mortes por estas práticas por meio de estipulação de um regramento de análise e até mesmo de direção para a sua real execução de forma efetiva. Um controle que deverá ser feito pelo estado e atenderá a ambos os pensamentos, não como obrigação, mas como um direito aos que tiverem determinado interesse.

Restando fundamentado a vedação da prática da eutanásia e da distanásia no ordenamento jurídico brasileiro de forma a proteção do direito à vida como sendo este absoluto ao indivíduo e aplicando a este as penalidades na forma da lei criminal. Quanto à ortotanásia o entendimento é de sua prática nas formalidades esclarecidas no texto legal do regulamento do Código de ética médica, ficando facultado ao médico a execução mediante as hipóteses legais e as condições do paciente, devendo este notificar aos responsáveis legais e documentar no prontuário a sua decisão.

Visando trazer a luz ao entendimento do tema, encontram-se fundamentos para gerar uma defesa não só ao direito a uma morte digna, mas também a escolha por parte do paciente terminal de como proceder no tratamento médico a que se submeterá. E ficando claro que não se defende o direito de matar, mas sim o direito a uma morte digna e uma escolha ou participação do paciente, em caso de possibilidade, de decidir sobre a forma como quer dispor da sua vida, no seu conforto e abrindo precedente para a evolução deste pensamento. Motivando não somente sua análise, mas o pensamento por cada indivíduo, cada jurista, cada acadêmico das áreas envolvidas, e sempre visando não somente o interesse coletivo, mas principalmente o do paciente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

CATÓLICOS divergem da igreja em relação a divórcio, segundo casamento e uso de camisinha. **Data Folha**, 08 maio 2007. Disponível em: <http://datafolha.folha.com.br/opiniaopublica/1226735-catolicos-divergem-da-igreja-em-relacao-a-divorcio-segundo-casamento-e-uso-de-camisinha.shtml>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CONSELHO DA JUSTICA FEDERAL. **Enunciado 274**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 0 nov. 2019.

CONSELHO DA JUSTICA FEDERAL. **Enunciado 403**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/207>. Acesso em: 0 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 10 nov. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRANCISCO, Susete. **Eutanásia**: número de pedidos aumenta todos os anos. 3 dez. 2017. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/eutanasia-numero-de-pedidos-aumenta-todos-os-anos-8959542.html>. Acesso em: 02 jan. 2020.

FRANCISCO, Susete. Os países que permitem a eutanásia. **Diário de Notícias**. 3 dez. 2017. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/os-paises-que-permitem-a-eutanasia-8959570.html>. Acesso em: 29 abr. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro, v. 1**: parte geral. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608461/>. Acesso em: 02 jan. 2020.

LUZ, Valdemar P. da; SOUZA, Sylvio Capanema de. **Dicionário enciclopédico de Direito**. São Paulo: Manole, 2015.

AO MENOS 5 países permitem o suicídio assistido ou eutanásia; veja quais são. **G1. Globo**, 03 nov. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia//11/ao-menos-5-paises-permitem-suicidio-assistido-ou-eutanasia-veja-quais-sao.html>. Acesso em: 29 abr. 2019.

MOLINARI, Mario. **Eutanásia**: análise dos países que permitem. maio 2014. Disponível em: <https://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>. Acesso em: 08 mar. 2019.

PÍCOLO, Guilherme Gouvêa. O direito de morrer: eutanásia, ortotanásia e distanásia no direito comparado. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis, 21 mar. 2012. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direitoconstitucional/232395-o-direito-de-morrer-eutanasia-ortotanasia-e-distanasia-nodireito-comparado. Acesso em: 03 maio 2019.

SEVILLANO, Elena G. Número de doentes que vão à Suíça para se suicidar dobra em quatro anos. **El País**, 21 ago. 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/20/sociedad/1408561734_989413.html. Acesso em: 03 maio 2019.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: v.1**: lei de introdução: parte geral. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984052/>. Acesso em: 03 jan. 2020.