

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Flavia Piva Almeida Leite; Irineu Francisco Barreto Junior; Sébastien Kiwonghi Bizawu. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-730-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na cidade de Porto Alegre - Rio Grande do Sul, nos dias 14 a 16 de novembro, elegeu como tema "Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito", e propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho 53 foi coordenado por Prof. Dr Sébastien Kiwonghi Bizawu, Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior.

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Os mandamentos consagrados na Constituição Federal de 1988 e insculpidos nos pactos e acordos internacionais, dos quais o país é signatário, norteiam a abordagem temática dos artigos defendidos no congresso. As pesquisas perpassam temáticas clássicas que abordam desde o direito à morte digna, questões alusivas à cidadania e direitos políticos, políticas públicas focalizadas em idosos, crianças e adolescentes; acesso judicial à medicamentos, exames e tratamentos em saúde, assim como enfoques emergentes que miram a interface entre o fenômeno jurídico e as novas tecnologias de comunicação e informação.

Teóricos modernos e contemporâneos oferecerem o embasamento hermenêutico dos estudos apresentados, dentre os quais destacam-se Hanna Arendt, Robert Alexy e François Ost, entre outros de igual relevo e alcance analítico.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolve o Neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos. Essa mirada, simultaneamente, expande o escopo dos direitos fundamentais e provoca uma série de desafios à sociedade brasileira, especialmente de que forma oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e esgarçamento político e social.

Os coordenadores convidam os juristas a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite. Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho.

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu. Escola Superior Dom Helder Câmara.

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ORTOTANÁSIA E AUTONOMIA PRIVADA: CAMINHO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO PACIENTE TERMINAL

ORTOTANASIA AND PRIVATE AUTONOMY: THE WAY FOR EFFECTIVENESS OF TERMINAL PATIENT RIGHTS

Gracieli Baumgarten Bauer ¹
Riva Sobrado De Freitas ²

Resumo

O presente artigo versa sobre as condições básicas de um paciente terminal em estado de sofrimento intenso, cuja possibilidade de vida já se esvazia devido às consequências trazidas pela respectiva doença. Objetiva-se demonstrar, que todo paciente em estágio terminal, tem o direito constitucional de realizar conscientemente as escolhas relativas ao seu estado existencial e moral, na medida em que os argumentos relativos ao princípio da autonomia da vontade visam a defesa do paciente e permite manifestar sobre as possíveis intervenções ou tratamentos médicos que irá autorizar ou não durante o seu estágio terminal.

Palavras-chave: Paciente terminal, Autonomia privada, Ortotanásia, Cuidados paliativos, Morte digna

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the basic conditions of a terminal patient in a state of intense suffering, whose life possibility is already exhausted due to the consequences of the disease. The objective of this study is to demonstrate that all patients in the terminal stage have the constitutional right to consciously make choices regarding their existential and moral state, insofar as the arguments regarding the principle of autonomy of the will seek to defend the patient and allow about possible medical interventions or treatments that it will authorize or not during its terminal stage.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Terminal patient, Private autonomy, Ortotanásia, Palliative care, Dignified death

¹ Bacharel em Direito (UNOESC), Juíza Leiga (TJSC Comarca Mondai), mestranda em Direito (UNOESC).

² Graduada em Direito Univ. de São Paulo, mestrado e doutorado em Direito Pontifícia Univ. Católica, São Paulo. Pós-Doutorado, Univ. Coimbra Portugal. Professora e Pesquisadora em Direito da UNOESC.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo serão analisadas questões extremas do existencialismo humano e tem como objetivo principal analisar as formas de alcançar ao paciente terminal o máximo de dignidade no seu processo de morte.

Inicialmente tenta-se extrair uma possível releitura das normas contratuais do direito civil e assim, conceituar o princípio da autonomia privada, os seus alicerces constitutivos de autodeterminação, bem como de fazer lei para si mesmo quanto aos assuntos de interesses próprios, substancialmente sobre o ato de escolher o tratamento ou a intervenção médica mais adequada e favorável, preservando o enfermo das consequências que possam ser ainda mais dolorosas.

Nesse sentido, serão analisados os principais fundamentos constitucionais que asseguram ao enfermo, autonomia nas decisões e escolhas quanto aos procedimentos e tratamentos médicos disponíveis para o caso.

Tratará também da postura do Conselho Federal de Medicina, bem como as resoluções criadas para atender o melhor interesse do paciente, determinando o devido respeito consoante ao direito do enfermo agir e decidir com autonomia o seu destino nessa circunstancia, sugerindo-se para tanto, a Ortotanásia como a principal forma de assegurar a dignidade no processo de morte, tendo em vista que uma das reivindicações do instituto da Ortotanásia é a diminuição do uso de procedimentos e tratamentos extraordinários considerados desnecessários para o caso.

Ademais, discute-se ainda acerca dos cuidados paliativos aplicáveis aos pacientes terminais que visam trazer mais qualidade de vida e bem-estar, diminuindo os sintomas causadores do sofrimento e angústia. Dessa forma, com a presente pesquisa, é possível visualizar soluções menos traumáticas e indignas, bem como, trazer a certeza de que a autonomia exercida pelo enfermo proporcionará a ele o melhor em termos de dignidade no caminho da morte.

2. AUTONOMIA PRIVADA: GARANTIA DE CONFORTO DO PACIENTE NO PERCURSO DE MORTE

A história demonstra que o regime governamental nos tempos antigos não possibilitava aos governados usarem da liberdade para autodeterminar suas vontades. Eram

submetidos a um sistema autoritário e tirano. Não se visualizava na época uma liberdade que autorizasse o indivíduo manifestar sua opinião política e religiosa ou até mesmo de escolher a sua atividade ocupacional como nos tempos atuais. Consistia praticamente em se reunir na praça pública para deliberar sobre alguns assuntos apenas, a exemplo de atos administrativos e tratados de interesses gerais. Praticamente todos os atos eram submetidos a fiscalização, limitando inclusive a liberdade individual. Concedia-se o direito de opinar sobre questões coletivas, a exemplo de paz e guerra, mas não se autorizava o exercício da autonomia aos particulares concernente aos próprios interesses. (CONSTANT, 1980).

O termo autonomia remete o seu significado a ideia de um atributo ou capacidade inerente a todo indivíduo, mas que num primeiro momento da história da humanidade foi usado para declarar a independência de um Estado. Posteriormente quando se passou a olhar mais para os integrantes do Estado como seres individuais, é que as mudanças começaram a surgir positivamente, dando vez e voz às pessoas nos seus interesses particulares, que beneficiasse o indivíduo concedendo-lhe autoridade para dar preferencia às próprias necessidades existenciais e não as necessidades do Estado. Foi concedida ao ser humano a liberdade de autodeterminar a realidade da própria existência, conferindo-lhe também o direito de efetivar as suas escolhas livremente. Assim, o entendimento inicial de autonomia com definição restrita e limitada, passou a receber conceituações variadas, tanto pela linguagem comum, como pela filosofia, tendo em vista a análise feita sobre as particularidades do caso concreto. (FREITAS; ZILIO, 2016).

Quando se discute autonomia privada, a ideia primeira realça questões administrativas, patrimoniais e contratuais do sujeito. No presente estudo, o problema se delimita nas questões existenciais do indivíduo em condição de paciente terminal e que em virtude do seu estado de saúde, precisa decidir sobre o tempo que lhe resta até a morte. Nesse caso, o direito de exercer a autonomia se prende ao direito do paciente em escolher o tratamento ou procedimento medicinal mais favorável dentro das condições estabelecidas pelo profissional da saúde que, por sua vez, tem o dever de prestar todas as informações pertinentes ao caso. Sabe-se que existe a possibilidade de prolongar artificialmente a vida, por meio da intervenção procedimental ou medicamentosa, contudo, o enfermo pode não querer prolongar o seu processo terminal e assim, optar pelo caminho mais espontâneo, onde o corpo trabalha e desenvolve as reações no ritmo mais natural possível. Nesse contexto, é oportuno salientar que se abrem as portas para os requisitos da Ortotanásia, sendo que esta, tem como objetivo primordial selar pela qualidade de vida do enfermo e garantir maior dignidade frente ao

sofrimento causado pela doença. Um exemplo nítido e esclarecedor é o caso da amputação dos membros inferiores em situação de perigo de vida, onde o indivíduo prefere a morte ao invés da extirpação das pernas. Do mesmo modo, exercem a plena autonomia os fumantes que mesmo sabendo dos riscos graves oriundos dessa prática, continuam consumindo a substância normalmente. Os respectivos exemplos demonstram que os seres humanos devidamente capazes são detentores de “direitos relativos à personalidade e que, como tal, são ouvidas”, assim como, encontrando-se no estado de desespero e angústia, a decisão tomada nessa circunstância configura uma decisão que visa o melhor para com o próprio indivíduo. (FREIRE DE SÁ; MOREIRA, 2015, p. 138).

Por muito tempo o direito civil deixou a desejar em relação aos direitos existenciais do indivíduo, dando ênfase apenas aos diplomas contratuais e patrimoniais. Entretanto, a Constituinte definiu como valor máximo a dignidade da pessoa humana com o objetivo de resolver a miséria e as desigualdades sociais, incluindo-se nessa esfera as questões de enfermidade em todas as suas formas e estilos. (MEIRELES, 2009).

Nesta pesquisa, o objetivo está em fundamentar o direito de todo ser humano ao próprio corpo e assim cada indivíduo poder se autogovernar e assegurar a própria dignidade, sem é claro, ferir a dignidade do próximo. Já foi demonstrado que atualmente a autonomia opera numa dimensão muito maior no atual modelo constitucional. Existe um conjunto de direitos atrelados às questões físicas, emocionais e sociais dos humanos que já não se aplicam mais apenas abstratamente, mas, estabelecem uma “proteção concreta do indivíduo, mediante a tutela de elementos distintos da sua personalidade”. (RECKZIEGEL; FREITAS, 2016, p. 340).

Em razão disso, no § 2º do art. 5º da CF, a Constituinte prevê ainda, a inclusão de garantias fundamentais não expressas que decorrem dos princípios dispostos na Carta Magna, que abrem o percurso para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tendo em vista as mais diversas possíveis situações objetivas e subjetivas da existência humana. Seguindo no mesmo raciocínio, é fundamental observar o conteúdo e a amplitude do que está disposto no inciso III do artigo 5º da Constituição Federal, consoante ao assunto discutido neste trabalho, este inciso deve ser obrigatoriamente observado, haja vista tratar das vedações ao tratamento desumano e degradante, auxiliando no presente caso, a proteção da dignidade do paciente terminal. (CRFB/1988).

O ser humano possui a aptidão de fazer lei para si mesmo em relação aos próprios interesses conforme surgem ao longo do percurso e vão modificando as suas condições existenciais, no qual, muitas vezes chega ao ponto, onde a autonomia da vontade precisa veemente ser exercida e respeitada. No presente contexto, fala-se da autonomia subjetiva e individual, no qual, as escolhas serão feitas pelo próprio enfermo individualmente, tendo em vista que um diagnóstico extremo de terminalidade nessa circunstância atinge apenas aquele humano, lembrando que os sintomas são vividos apenas por ele mesmo. Assim, mesmo que a autonomia seja um princípio de “direito civil”, cuja principal definição atribui responsabilidades patrimoniais, a doutrina acabou associando o mesmo princípio aos interesses subjetivos. Nota-se que o processo evolutivo do princípio da autonomia da vontade elevou significativamente as “relações jurídicas”, substituindo nesses casos a relação patrimonial pela existencial, conferindo um poder de autodeterminação ao indivíduo que de acordo com os registros históricos, não foram vivenciados nos períodos anteriores ao Estado contemporâneo. É claro que toda essa evolução também trouxe reflexos negativos, como em qualquer área da sociedade, subtraindo-se do Estado a faculdade de regular os interesses dos particulares. Consequentemente notaram-se contradições e conflitos, onde a vontade interna se contrapôs à vontade externa, a exemplo daqueles que não tem capacidade decisória sobre si mesmo e por isso, acaba-se atribuindo condições contrárias a vontade desse ser de direitos. (PONA, 2015, p. 134-136).

Pelas razões acima, nota-se que existe certa dificuldade no ato de conceituar adequadamente a autonomia privada da vontade, considerando os mais variados entendimentos doutrinários, bem como as diversas “concepções que dela podem surgir e dos sucessivos desenvolvimentos críticos”. Trata-se na verdade, “do poder conferido às pessoas para livremente conformarem seus interesses, governando a sua esfera jurídica, já que no exercício cotidiano dos direitos, o que é garantido pela tutela positiva reconhecida pela ordem jurídica”. Tem o poder de estabelecer as próprias regras e exercendo a autonomia, “o titular do direito disciplina as relações concretas do seu cotidiano, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas”. Sendo tais escolhas lícitas e não atingindo nenhum direito de terceiros, elas são devidamente reconhecidas e validadas “pelo ordenamento jurídico”, devendo para tanto também “respeitar o conteúdo mínimo da dignidade humana”. (CANTALI, 2009, p. 202-203).

A intenção inicial demonstrada sobre a autonomia tem relação com as pesquisas científicas onde o sujeito precisava comunicar a sua intenção consentindo espontaneamente a

sua participação nas experiências científicas propostas. Dessa forma, expandiu-se para as demais áreas da “Bioética”, concedendo-se aos pacientes o direito de tutelar pela sua “saúde e vida”. (MENEZES, 2015, p. 38).

Ademais, o princípio da autonomia implica na responsabilidade do indivíduo sobre os próprios atos e sobre as próprias escolhas feitas por ele. Nesse sentido, entende-se que os valores, as crenças e a vontade de cada pessoa devem ser respeitados, tendo em vista, que o princípio da autonomia se refere à capacidade de raciocínio que o ser humano possui para se autogovernar e se autodeterminar no projeto de vida que pretende seguir. Importante ainda, ressaltar que a autonomia é justificada como um princípio democrático, prevalecendo preponderantemente nessa ordem, a vontade e o consentimento do sujeito, lembrando que os laços desse princípio devem enaltecer o princípio da dignidade humana. (FABRIZ, 2003).

Tudo isso se desenvolveu nesse grau de importância para fundamentar na verdade, um princípio basilar da Constituição brasileira, a dignidade da pessoa humana, inserido no artigo 1º, inciso III da Carta Magna, considerando que a sua posição está no degrau mais elevado, como valor maior no ordenamento jurídico, onde a dignidade existencial torna-se a razão da ordem econômica, enquanto provedor da dignidade. Assim alcançando o ápice do ordenamento jurídico, as questões existenciais se sobrepõem aos patrimoniais, tendo em vista a dignidade humana ser um dos principais fundamentos desta República. Por essa razão, há uma necessidade de uma releitura das normas de direito civil sob a ótica dos fundamentos constitucionais, principalmente a dignidade humana e a autonomia privada, mesmo que a situação seja de cunho patrimonial. Desse modo, fala-se da “despatrimonialização” das regras civis privadas, tornando-se o foco primordial do direito civil e o ponto referencial de tutela, com especial atenção para o ser e não o ter. Pontue-se ainda, que a intenção de dignificar a pessoa leva a definir os direitos da personalidade como “direitos subjetivos absolutos” a partir da cláusula geral inserida no artigo 1º, inciso III da CF. Sendo assim, para reforçar a licitude dos atos do paciente terminal, o artigo 5º, II da Carta Magna, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, consagrando “nessa perspectiva, *status* constitucional à liberdade jurídica dos particulares”. Abraçando esse entendimento, o direito subjetivo abrange a faculdade do ser humano agir para o favorecimento próprio. Por isso, a relação jurídica que tem por objeto a coisa, passa para uma compreensão mais ampla, conectando-se ao interesse da pessoa humana de forma concreta e não mais no plano abstrato e geral. Pela mesma razão, nas situações existenciais vislumbrando-se uma tutela positiva, o fundamento para tal está na autonomia privada,

elemento vital no desenvolvimento da personalidade, servindo também de instrumento na resolução dos interesses particulares por meio da “autodeterminação do titular”. (MEIRELES, 2009, p. 13-22-57-65).

3. ORTOTANÁSIA E OS ASPECTOS JURÍDICOS CONFERIDOS AO PACIENTE TERMINAL NA LUTA PELA MORTE DIGNA

Entre todos os princípios regulamentados na Constituição Federal, o mais valorado que se sobrepõe a todos os outros é o princípio fundamental do direito à vida, tanto é que no artigo 5º, *caput* da CF/88, confere-se a inviolabilidade do direito à vida. Um direito considerado personalíssimo, e intransferível trata do bem maior, devendo, portanto, ser respeitado e garantido ao máximo. Contudo, resta saber qual é o exato limite do direito à vida, pode de fato ser considerado como absoluto? Um assunto polêmico, de extrema complexidade e que traz muitos aspectos controvertidos e conflitantes, são princípios que entram em total conflito. O direito penal, por exemplo, tem por objetivo proteger ao máximo o direito a vida, começando pela “vida intrauterina, desde que o feto não ponha em risco a saúde ou a vida da mãe.” O que de igual forma também é problemático, sendo que, está se protegendo uma vida para abrir mão da outra, no caso o feto. A proteção deve-se estender desde a vida individual até ao direito de conviver em sociedade, por meio das garantias constitucionalmente asseguradas para uma vida digna. O Estado tem a incumbência de tutelar aos indivíduos a garantia do acesso aos Direitos Fundamentais que garantem o mínimo existencial, agora, quando um ser humano se encontra em estado de absoluto sofrimento terminal, sem chance de melhoras, parte-se para análise contrária, ou seja, que trata do direito de morrer com dignidade. (FABRIZ, 2003, p. 266-273).

Nessa toada, para favorecer os argumentos do paciente terminal em dor e sofrimento, deve-se elucidar as grandes transformações ocorridas nos meios hospitalares, bem como, todo aparato tecnológico disponibilizado para a Medicina que permite distanciar a morte, mantendo muitas vezes, as pessoas por semanas ligadas em aparelhos o que em alguns casos pode se estender por muitos anos sem qualquer sinal de melhora, mantendo-se apenas em estágio vegetativo. Isso causa uma inquietação alarmante, visto que, para os médicos existe a insegurança por não reconhecer ao exato a extensão da consciência e de todas as funções vitais daquele que se encontra nessa condição. “Cada vez mais, nos damos conta da importância de tomar uma decisão com antecedência: queremos ou não ser tratados desse

modo? Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada.” Que também podem ser chamados por “testamentos de vida”. Trata-se de um documento no qual o indivíduo pode definir de que forma deseja ser tratado caso se encontre nessa circunstância. (DWORKIN, 2003, p. 252).

Por essa razão, o caminho mais favorável para a solução dos princípios ora em conflito, pode ser resolvido pela Ortotanásia, sendo que a sua função principal consiste pelo “não prolongamento do processo da morte além do que seria natural”. Nessa categoria, se fortalece o princípio da beneficência e o ato de solidariedade. Aqui o ser humano recebe o melhor sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e se destaca pelo seu valor máximo atribuído ao seu existencialismo. “Procura-se promover nas suas práticas junto ao paciente terminal a morte digna e humana na hora certa.” Dessa forma, não se aplica tratamentos desproporcionais de prolongamento, muito menos de abreviar o trajeto da morte. (NAMBA, 2009, p. 173-174).

Por óbvio, a aplicação da Ortotanásia pode evitar o uso exagerado de tratamentos causadores dos reflexos degradantes e desumanos, bem como de medicamentos agressivos, que por sua vez, acabam trazendo apenas mais sofrimento, desespero e angústia, conduzindo o percurso da morte abarrotado de amargura, dor e indignidade. A consequência lógica para os pacientes que optam pelos procedimentos terapêuticos, se resume no aprisionamento “ao maquinário médico, isolados nos hospitais, e geralmente enfrentando muitas dores.” (MENEZES, 2015, p. 71).

Dessa forma, “a manutenção vitalícia de pacientes terminais em estado vegetativo apenas acalenta as esperanças de alguns familiares, que, por meio de uma atitude egoísta, preferem atacar o que deveria ser intangível, a dignidade da pessoa humana”. Diante disto, uma preocupação substancial aponta para a integridade física e moral que também são atacadas severamente, deixando o paciente numa condição ainda mais vulnerável, o que é incongruente com os princípios que defendem a qualidade de vida do indivíduo. Enaltecendo as particularidades esmagadoras contidas na relação médico-paciente ou familiares e paciente no estágio terminal, será que é possível sentir a dor quando não se está na condição do respectivo enfermo? É um questionamento importante que deve ser feito, a fim de que se possa destacar sobre a importância da “instrução por meio do consentimento esclarecido, dado aos pacientes pelos médicos, assim como no valor e na necessidade de o enfermo externar seu posicionamento que define os tratamentos a serem aplicados em seu corpo.” (MENEZES, 2015, p. 72-73).

A não observância da vontade manifestada pelo enfermo leva ao cumprimento da

Distanásia que nada mais é, que o prolongamento artificial, de forma demasiada da vida do paciente com recursos medicinais que deixam a sua morte lenta e extremamente sofrida, no qual, visualiza-se a morte como uma verdadeira inimiga. Uma obstinação terapêutica alimentada pela tecnologia da Medicina, supervalorizada ao nível que deixa cego os profissionais, limitando-se apenas aos desafios da patologia. Aqueles que defendem a prática da distanásia justificam o ato no valor absoluto do direito fundamental da vida humana, no qual, entende-se como superior a qualquer outro princípio e esquece-se dos cuidados e da dignidade do portador da doença. (NAMBA, 2009).

Por essa razão, a Ortotanásia nesses casos torna-se o caminho mais viável e justo para com o paciente, fortalecendo-se nesse caso, os cuidados que favorecem o condicionamento físico e emocional, garantindo-se desse modo, bem-estar e conforto ao doente e não aos familiares ou demais responsáveis. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina vem criando resoluções em favor do paciente, no qual, estabelece regras que tem como base a dignidade e o respeito à autonomia do enfermo. Assim, cuida-se da instrução adequada dos profissionais no exercício da medicina a partir das normas instituídas pela resolução, com devida fiscalização atrelada a formação e orientação para uma boa prática na área. Dessa forma, a resolução traz definida como objetivo o “respeito e a dignidade da categoria, buscando proteger a sociedade de equívocos da assistência decorrentes da precarização do sistema de saúde.” Além disso, tem como um dos principais valores, atuar com ética na profissão e cumprir com lealdade os compromissos institucionais, bem como o comprometimento com a justiça. (CFM, 2016 [s.p.]).

Diante de toda realidade vivenciada nos hospitais e clínicas com elevado número de diagnósticos considerados incuráveis e que inevitavelmente submetem a vítima ao sofrimento extenso e prolongado, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.805/2006, que permite ao médico limitar ou suspender o tratamento medicinal quando restar comprovado por exames clínicos, à enfermidade incurável com sinais evidentes da desnecessidade de intervir com qualquer procedimento que seja. Objetiva-se com a resolução, aliviar os sintomas responsáveis pelo sofrimento, respeitando-se acima de tudo a vontade do enfermo e prestando-lhe uma assistência integral que visa o seu devido refrigério, consolação e alento. (CFM, 2006).

Na primeira fase da evolução tecnológica vivenciada nos meios hospitalares, a medicina operou com certo grau de superioridade sobre os tratamentos de saúde, sendo que aquele que se encontrava na qualidade de paciente não conseguia exercer a sua autonomia individualmente. Por conta disso, sugeriram motivações da parte daqueles que estavam sob os

comandos dos profissionais da medicina, para então assumir as coordenadas da própria vida e com isso determinar para que toda pessoa usufrua o direito constitucional e fundamental da autonomia privada nas questões existenciais, ou seja, que todos estão fadados com o poder de decidir sobre os respectivos recursos terapêuticos. (PONA, 2015).

A sociedade e a medicina atualmente contam o auxílio da Bioética para esclarecer e elucidar todas as particularidades dessa penúria que é definir os rumos de um ser humano com enfermidade incurável. Ela traz a exata reflexão ética em cada evento clínico sob a ótica do princípio da dignidade humana quando a vida já não se desenvolve naturalmente. A Bioética trata de forma muito especial o devido cuidado com os acamados e em estado de coma, onde na maioria das vezes a situação vegetativa abre vários questionamentos, de modo se adianta manter a vida quando a pessoa já não se sente mais viva. Muitos são os casos, onde o sujeito permanece por vários anos simplesmente vegetando, sem qualquer sinal de uma possível melhora. (VIEIRA, 2006).

Dessa forma, questiona-se, portanto, o direito conferido para o livre desenvolvimento da personalidade na sua forma individual para o pleno exercício de uma vida com dignidade, assim como no processo de enfermidade e de morte, devendo ser assegurado nessa mesma condição. Muitas dúvidas são apresentadas e discutidas sobre a tutela do sujeito e os limites interpretativos sobre as normas estabelecidas nesse contexto. Desse modo, aquele que tem a função de interpretar as regras, deve ampliar o entendimento relativo às particularidades dos fatos, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico se confrontar diretamente com os aspectos de proteção da personalidade individual do indivíduo. (PONA, 2015).

Isso se convalida substancialmente para os acamados a partir dos progressos tecnológicos que permitem ao profissional da medicina prolongar a vida consideravelmente ao nível de possuir o controle sobre o tempo e a “forma de morrer”. São muitos os casos onde o profissional responsável precisar decidir como vai proceder com o enfermo, a dúvida se vai ou não aplicar todas as formas para evitar a morte, considerando nesse sentido, a respectiva obrigatoriedade imposta sobre os profissionais em defender a vida em qualquer circunstância, fazendo uso de todo aparato tecnológico disponível para o caso. (CARVALHO, 2001, p. 61).

Entretanto, com os estudos desenvolvidos e aprofundados na esfera do sistema biológico humano, bem como a compreensão estabelecida acerca das consequências causadas com as intervenções, entendeu-se necessário quebrar a “postura paternalista na relação médico-paciente”, priorizando a autonomia deste. Foi com base nesse entendimento que se passou a valorizar os “cuidados paliativos e a permissibilidade da ortotanásia”. (MENEZES, 2015, p. 92).

4. CUIDADOS PALIATIVOS E OS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM A DEFESA DA ORTOTANÁSIA

Nesse contexto, torna-se imprescindível o entendimento pleno dos princípios bioéticos defensores das causas que são passíveis de tutela no cuidado da integridade física e psicológica do enfermo. Este, por sua vez, é detentor do direito constitucional de ser tratado com igualdade e assim, o devido respeito ao “princípio bioético da autonomia do paciente, levando em consideração as suas manifestações de vontade”, que definem o percurso a ser feito no tempo que resta ainda. A preocupação está na proteção da integridade física do enfermo debilitado justamente para que seu último estágio não seja barrado com mais sofrimento, visto que a aplicação do conhecimento medicinal e científico não pode ser usada para aumentar as angústias físicas e morais, isso seria um atentado a dignidade da pessoa humana. (MENEZES, 2015, p. 93).

Outra questão problemática está em atualizar o paciente das pioras visualizadas no seu quadro clínico, sendo que esses momentos são marcados por muita dor da parte de quem está submetido a vivê-las. Por isso, a equipe médica deve estar preparada para as diversas reações que o paciente apresenta na hora de noticiar o seu diagnóstico, visto que ele “poderá responder com choro, com blasfêmias, com irritação, com agressão ou placidamente”. Esse momento requer um preparo com uma “assistência psicológica” que atuará posteriormente a notícia, haja vista, a responsabilidade daquele que comunicou sobre o quadro da doença ao enfermo é de apoio e benevolência. (D’ASSUMPÇÃO, 1998, p. 103).

Sabe-se que os médicos têm a sua disposição inúmeras opções que possibilitam o retardamento do processo natural da morte e por essa razão, decidiu-se sobre a melhor conduta médica a ser adotada nos meios clínicos de terminalidade. Critérios esses, foram criados nas formas ordinárias e extraordinárias da manutenção da vida, excluindo-se medidas fúteis que apenas cumpriam a função de evitar a morte, sem qualquer possibilidade de melhoras ou alívio na saúde da vítima. (GODINHO, 2016).

A Bioética trabalha com os princípios éticos que servem justamente para orientar a equipe médica durante a fase de sobrevivência artificial do enfermo, tendo em vista que, para a medicina aplicam-se muito os tratamentos de forma objetiva o que acaba transformando numa “obstinação terapêutica”, mesmo sabendo não resolver o caso. Por isso, uma avaliação deve ser feita sobre a efetiva eficácia da terapia a ser usada, os riscos, os custos e a possibilidade de aplicação, lembrando também que a principal entre elas, será avaliar se terá

resultados positivos. O desafio está em buscar o equilíbrio e a ponderação, a fim de tomar uma decisão que seja justa e condizente com o respectivo quadro clínico. Nesse sentido, a beneficência do médico é relevante e deverá auxiliar o enfermo a suportar a dor e o sofrimento com dignidade. Ou seja, nesse caso, a escolha está com o médico que dará o caminho e o suporte a fim de diminuir as consequências trazidas pela doença. (FELIPOV; HERTWIG, 1999).

Nessas circunstâncias quando o doente apresenta um estado vegetativo persistente com a ausência do ato de mastigação e deglutição, surge a obrigatoriedade de fazer uso de procedimentos artificiais para alimentá-lo, sendo estes o uso de “dispositivos de nutrição e hidratação”, considerados fundamentais para manter a vida desse paciente. Esse procedimento é considerado “ordinário e proporcional de conservação da vida”. Tal procedimento garante ao paciente o mínimo de dignidade, por isso, é vedado a sua interrupção durante a permanência do paciente nesse estado vegetativo. (AUMA, 2016, p. 270).

Os pacientes em estado vegetativo continuam respirando de forma espontânea e digerindo normalmente o alimento, além de outras funções do metabolismo. O que o enfermo não consegue realizar nessa situação, é se alimentar sozinho, por isso, deve ser administrado integralmente à água e o alimento, tendo em vista que, a falta da nutrição e do líquido levará o paciente a “desidratação e a inanição”. Assim, o enfermo não morrerá em função da doença ou do seu estado vegetativo, mas, pelo seu extremo enfraquecimento causado pela falta do alimento. Não será “uma terapia resolutiva, mas uma cura ordinária para conservação da vida”. (CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 2007, [s.p.]).

Nesses termos, o princípio bioético da beneficência requer substancialmente a proximidade da equipe médica com o enfermo por meio do diálogo, conforme já mencionado anteriormente, com o propósito de compartilhar a sua experiência numa visão mais ampla do que o “próprio sofrimento, vez que o diálogo funciona como um paliativo contra o sentimento de solidão e abandono”. (CARVALHO, 2001, p. 91).

Diante disto, verifica-se que os cuidados paliativos têm por objetivo principal aliviar as dores e o sofrimento, bem como prevenir outros problemas que podem surgir durante a incapacidade, além do mais, recomenda-se oportunizar ao paciente uma experiência menos traumática, promovendo na verdade, todo o conforto possível, que pode ser físico e espiritual. Para tanto, a equipe deverá ser formada por “médicos, enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, nutricionistas, capelães e voluntários que sejam habilitados em todos os aspectos do processo de cuidar”. Os respectivos cuidados não se destinam apenas ao paciente e sim, também aos seus familiares,

que devem ser atendidos principalmente por meio do diálogo o que acaba favorecendo também o paciente. (AZEVEDO, 2015, p. 14-20).

É oportuno salientar que vive-se num país democrático e para tanto, não poderá ser “desconsiderado a pluralidade”, sendo que, esta não existirá se forem excluídos “os rasgos de diferença”. Nessa compreensão, “a atividade hermenêutica” e o princípio da autonomia privada devem alcançar um nível muito além da “mera subsunção do fato à norma”. (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 203).

“A Medicina paliativa é tratada na atualidade como um novo paradigma das Ciências Médicas que se alia à Medicina curativa na efetivação do cuidado com o paciente”. Primeiramente se favorece as condições de saúde do paciente e, não havendo nenhuma possibilidade de cura, parte-se para o alívio do sofrimento do paciente e uma atenção especial aos cuidadores, considerando que o seu estado emocional influencia diretamente no estado emocional do enfermo. (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 186).

É importante ressaltar sobre os cuidadores justamente porque desempenhar essa tarefa gera uma sobrecarga física e emocional que pode comprometer o “potencial de cuidar”, com risco de não atender as necessidades do enfermo. Além do mais, “a forma como as pessoas vivenciam a morte de um ente querido influencia a maneira como elas, algum dia vão encarar sua própria finitude”. (AZEVEDO, 2015, p. 21).

Todo esse processo inspira também uma atenção voltada para as condições psicológicas e espirituais, consoante ao abalo causado pelo simples fato de saber que o tempo de vida que lhe resta está limitado, sabendo inclusive a data prevista da sua morte.

Esse ponto torna ainda mais angustiante a jornada daquele que está na margem do fim. A partir de uma experiência vivida, as dúvidas e os questionamentos arguidos no caso levaram exatamente a seguinte reflexão: como se sente o enfermo, sabendo que dentro de algumas horas ou dias seu corpo estará parando e que morte estará a sua frente? Outro detalhe observado foi o aumento significativo da dor durante a madrugada. O que acontece com o organismo do ser humano que durante a noite os sintomas são muito mais intensos? Bom, essas questões serão analisadas em uma futura pesquisa.

Nesse contexto, os cuidados paliativos, envolvem e exigem muito conhecimento, habilidade e atitude, tendo em vista que na terminalidade o paciente constantemente recebe más notícias sobre o seu estado e sabendo que tais notícias são sempre dolorosas, a questão é como transmitir essas informações sem aumentar ainda mais a angústia do próprio doente e dos cuidadores. Por esse motivo, requer-se da equipe médica que seja oferecido um caminho de “adaptação dos pacientes e das famílias à situação em que se encontram”. Isso contribui na

diminuição dos impactos da doença sobre o paciente e sobre os familiares diante de tantas incertezas. (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 190).

5. CONCLUSÃO

Diante dos conflitos principiológicos aqui discutidos, nota-se que a pesquisa nos apresentou um cenário conflituoso e torturante da vida humana, por isso, considerando as fragilidades constituídas, destacou-se a relevância das resoluções do Conselho Federal de Medicina ao priorizar a autonomia do paciente e sobrepor as necessidades pessoais do paciente frente ao poder intervencionista da medicina nas causas patológicas, sendo que, passou-se do poder paternalista da medicina para dar voz ao enfermo terminal.

Desse modo, analisou-se o princípio da autonomia decisória permite que o indivíduo se manifeste de acordo com os seus desejos e convicções. Abordou-se também os motivos que levaram a classe médica mudar a sua opinião sobre as decisões relativas ao diagnóstico do enfermo, sendo uma delas o aumento substancial de todo aparato tecnológico desenvolvido no contexto medicinal. A fundamentação exata para os argumentos favoráveis no exercício da autonomia está no fato de que os direitos fundamentais tem aplicação imediata, convalidam nesse sentido as escolhas realizadas pelos enfermos terminais.

Na sequencia, tratou-se dos meios mais viáveis para garantir a dignidade do indivíduo em fase terminal, é disponibilizar uma estrutura que proporcione conforto e qualidade, bem como um quadro de profissionais devidamente preparados para cuidar e aliviar os sintomas.

Restou provado que a Constituição Federal de 1988, veda qualquer tratamento desumano e degradante, trazendo nesse sentido também as garantias ao paciente terminal no uso da sua autodeterminação ao tomar conhecimento da patologia diagnosticada.

Analisou-se também sobre os cuidados paliativos disponíveis no cuidado de um paciente terminal, que indicou como objetivo, aliviar o sofrimento. De fato, entendeu-se que seguindo todos os requisitos da Ortotanásia, o enfermo tem assegurado o direito constitucional da escolha livre e espontânea ao que diz respeito aos procedimentos medicinais. Restaram algumas dúvidas quanto ao sistema biológico do ser humano, visto as mudanças observadas em um caso particular que será estudado num momento futuro.

Ademais, concluiu-se que, garantido o direito de livre manifestação do doente, o melhor será exercido sobre ele e assim o processo de morte poderá ser menos doloroso.

6. REFERENCIAS

AZEVEDO, Daniel. et. al. **Vamos falar de cuidados paliativos**. Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia. Brasil: SBGG. ORG. 2015. Disponível em: <http://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/11/vamos-falar-de-cuidados-paliativos-vers--o-online.pdf>. Acesso em: 09 de mai. 2017.

AUMA, Paul Okoth. **Tratamento e cuidados dos pacientes em estado vegetativo persistente**: um debate de vida e de morte. Revista Eletrônica Espaço Teológico, Vol. 10, n. 17, p. 267-276, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleto/article/viewFile/28596/20088>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1.805/2006**. Brasília, 9 nov. 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm > Acesso em: 21 nov. 2016.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. **Respostas e perguntas da Conferência Episcopal dos Estados Unidos sobre a alimentação e hidratação artificiais**. Roma 2007 (03459). Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleto/article/viewFile/28596/20088>>. Acesso em: 09 de mai. 2017.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

D'ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. **Comportar-se fazendo Bioética para quem se interessa pela ética**. Petrópolis: Vozes, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Fabriz, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FELIPOV, Adriana; HERTWIG, Rose S. Von. **Bioética – Fator imperativo no processo de humanização da terminalidade**. Terra e Cultura, nº 30, jun/dez. 1999, p. 86-91, Londrina.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para Morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

FREITAS, Riva Sobrado de; ZILIO, Daniela. **O direito à morte digna sob a perspectiva do direito à autonomia do paciente terminal**. Disponível em: http://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/281/pdf_1>. Acesso em: 29 jul. 2018.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade**. Curitiba: Juruá, 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Ortotanásia: o direito à morte digna**. Curitiba: Juruá, 2015.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

PONA, Éverton Willian. **Testamento Vital e Autonomia Privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2015.

RECKZIEGEL, Janaína; FREITAS, Riva Sobrado. **A AUTONOMIA DECISÓRIA E OS BENEFÍCIOS DA CLONAGEM TERAPÊUTICA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: um estudo de caso – adi n. 3.150**. Espaço Jurídico Journal of Law, v. 17, n. 1, jan./abr. 2016, p. 331-350, Joaçaba. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8622/pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos**. Brasília: Editora Consulex, 2006.