

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E
ESTRATÉGIA**

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-077-0

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do
CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

ORTOTANÁSIA E O DIREITO EXISTENCIAL À AUTODETERMINAÇÃO

ORTHOTHANASIA Y THE EXISTENTIAL RIGHT TO AUTO DETERMINATION

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral
Margareth Vetis Zaganelli

Resumo

RESUMO Ortotanásia é tema atual e polêmico, embora pouco debatido no contexto acadêmico, jurídico e da sociedade. Significa morte no tempo certo, não visando antecipar a morte nem postergá-la. Trata-se de proteger a pessoa no momento mais delicado de sua vida, que é o fim da existência humana. A Ortotanásia pode ser considerada prática lícita desde que haja consentimento do enfermo terminal e adoção de cuidados paliativos capazes de minorar a dor e o sofrimento, não prolongando o doloroso processo de morte. O presente artigo buscou reafirmar o direito existencial à autodeterminação da pessoa que decide morrer em paz, serenamente, sem submissão ao excesso terapêutico outrora praticado, cumprindo os ideais ditados pela dignidade da pessoa humana como valor supremo da vigente Constituição Democrática.

Palavras-chave: Ortotanásia, Autonomia existencial, Doença terminal, Tratamentos paliativos, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT Ortotanasia's current theme and controversial, although little discussed in the academic context, law and society. Means "death at the right time", not in order to anticipate the death or defers it. This is to protect the person in the most delicate moment of his life, which is the end of human existence. The Ortotanasia can be considered lawful practice since there is consent of the sick and adoption of terminal palliative care able to alleviate pain and suffering, not prolonging the painful process of death. This article sought to reaffirm the existential right to self-determination of the person who decides to die alone, quietly, without submission to the therapeutic excessive once practiced, fulfilling the ideals dictated by human dignity as supreme value of current democratic Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ortotanasia, Existential autonomy, Terminal illness, Palliative treatments, Effectiveness

ORTOTANÁSIA E O DIREITO EXISTENCIAL À AUTODETERMINAÇÃO

Orthothanasia y the existential right to auto determination

1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana foi consagrada no texto constitucional, logo no artigo 1º, quando o assopro de constitucionalização descortinou novas fronteiras aos direitos da personalidade, que passaram a ter um tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial mais exigente, visando acompanhar a perspectiva de respeito à pessoa inaugurada pela vigente Constituição Cidadã¹, de 1988.

Os direitos relativos à dignidade da pessoa humana, aqueles inerentes à personalidade, também denominados direitos existenciais, se assentam sobre novo paradigma, alçando a autodeterminação a um *status* até então jamais reconhecido. Na perspectiva civil-constitucional, de mais ampla tutela aos direitos existenciais, a Ortotanásia se mostra discussão relevante e atual para os direitos fundamentais assegurados pela vigente constituição democrática.

Nessa linha de intelecção, tem-se a Ortotanásia como o direito à morte digna, como decorrência natural de uma vida digna; cuida-se de proteger a pessoa e sua dignidade nos seus derradeiros dias, promovendo-lhe consolo, atenuação das dores e angústias emocionais pelas quais passa quando o final da existência se aproxima. A aplicação da Ortotanásia não se dissocia do consentimento do enfermo acometido de doença em estado terminal e da adoção de cuidados paliativos que objetivam minimizar o sofrimento daquele que está prestes a morrer. Na perspectiva dos direitos existenciais, tem-se a Ortotanásia como discussão necessária no que tange ao respeito à autodeterminação da pessoa e à efetividade dos direitos existenciais constitucionalmente tutelados.

O presente artigo visa abordar o respeito à autodeterminação da pessoa no que se refere à sua livre escolha quanto à opção pela Ortotanásia e outras decisões sobre como deseja passar os últimos dias de sua existência. Além disso, é-lhe permitido optar por não se submeter a tratamentos dolorosos e degradantes capazes de lhe ferir a dignidade ou, até mesmo, decidir pela suspensão do suporte vital, se for o caso, tudo isso com vistas à efetividade da tutela dos direitos existenciais.

¹ Alcinha à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atribuída por Ulysses Guimarães, então presidente da Assembléia Constituinte, devido à sua natureza voltada à proteção da pessoa e aos direitos a ela inerentes.

Mediante abordagem qualitativa, foi realizada pesquisa bibliográfica a partir de autores contemporâneos, tais como Anderson Schreiber (2013), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015), Eduardo Luiz Cabette (2012), Leocir Pessini e Christian Barchifontaine (2014), Luciano de Freitas Santoro (2012), Mônica Silveira Vieira (2012), Nelson Rosenvald (2007), Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007) dentre outros, e ainda, de resoluções e pareceres do Conselho Federal de Medicina acerca da ortotanásia e do direito à morte digna.

2 PRINCIPIOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Ao abordar a Ortotanásia, é necessário que seja identificado o viés principiológico que a legitima no ordenamento jurídico, sem o qual seria temerário afirmar a existência de um direito fundamental a ser efetivado. Os princípios constitucionais autorizadores da Ortotanásia são a dignidade da pessoa humana, a liberdade – incluindo-se nela o direito à autodeterminação – e o direito a não submissão a tratamento desumano e degradante.

A dignidade da pessoa humana, o primeiro princípio albergado logo no artigo inaugural da Carta Cidadã, não sem razão, confere grande primazia aos atributos da personalidade, elevando-a a valor de extrema grandeza, o que "demonstra sua precedência – não apenas topográfica, mas interpretativa – sobre todos os demais capítulos constitucionais" (ROSENVALD, 2007, p. 35). O legislador lhe deu tamanha preferência com a finalidade de que sejam resguardados os ideais de cidadania que inspiraram a Constituição de 1988. Essa precedência impõe que a dignidade humana, não mais simplesmente entendida como princípio, mas como valor do Estado Democrático de Direito (PERLINGIERI, 2007), seja analisada com primazia sobre qualquer outro princípio, pois ferir a dignidade humana, importaria lesão a toda a principiologia constitucional, e, por via reflexa, feriria todo o ordenamento jurídico. Comenta Perlingieri (2007, p. 155, 156) que "A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela", passando a ser axioma a permear toda conduta no estado democrático de direito.

Explica Anderson Schreiber que "o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução" (SCHREIBER, 2013, p. 90). Salienta ainda que a dignidade humana é a essência dos direitos da personalidade, e não pode se limitar, como cláusula geral, a interesses restritos

(SCHREIBER, 2013). Por esse raciocínio, a ortotanásia traz o ser humano para o centro da discussão sobre vida digna. Valorizar a vida humana é considerar o homem como um ser complexo, formado por dimensões biopsicológica, social e espiritual. Toma como ponto de partida o fato de que por mais que a doença subtraia as faculdades normais do enfermo, não será capaz de tirar-lhe a dignidade, que deverá acompanhá-lo até o último suspiro.

O segundo princípio, a liberdade, no bojo do qual se encontra a autodeterminação ou autonomia existencial – entendida como faculdade de que goza a pessoa capaz de decidir os rumos de sua existência e tomar decisões a respeito de si mesma – faculta à pessoa decidir com lucidez o que ela própria deseja para seu futuro. Trata-se de retirar o foco que tradicionalmente a Medicina colocava sobre a cura, redirecionando-o para a pessoa enferma, ou seja, passa-se a encarar o doente não mais como paciente, mas como agente de suas escolhas livres e conscientes (VIEIRA, 2012, p. 263); a cura passa a estar a serviço do paciente e não o contrário, como ocorria na prática médico-hospitalar.

Ensina Roxana Borges (2007, p. 230) que na dignidade da pessoa humana se insere a faculdade de decidir a respeito de si e da própria vida, sendo lícito ao ser humano escolher o que deseja ou não para sua vida ou seu futuro, no que se refere aos seus direitos existenciais. No mesmo sentido, assinala Diaulas Ribeiro que viver é um direito potestativo, cabendo ao próprio titular da vida exercê-lo ou não sem imposição ou restrição por terceiros, sendo lícito renunciá-lo, senão, deixaria de ser um direito para ser ônus – a obrigação de viver (RIBEIRO, 2006).

Gerson Camata adverte que “Defender o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação” (CAMATA in PEREIRA; MENEZES; BARBOZA, 2010, p. 138). Não se pode confundir o direito à morte digna por meio da Ortotanásia com a aceitação de formas de abreviação da vida. É necessário que se perceba a Ortotanásia como uma forma humanizada de morrer.

Assim, a autodeterminação se constitui expressão da vontade, um direito de escolha, que objetiva privilegiar a liberdade; é o direito a autogovernar-se e assumir todas as consequências decorrentes desse ato. No mesmo sentido, explica Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 98):

Na área da biomedicina, é o interesse, o ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se trata de sua saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experiência científica. A regra expressa o conceito da não instrumentalização do ser humano, significando que este jamais

poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências, sempre sujeito de seu destino e de suas próprias escolhas.

Ademais, comentam Leo Pessini e Christian Barchifontaine que a secularização levou à dessacralização da vida e que a inviolabilidade da vida aponta para uma visão sagrada. Para os referidos autores,

O moderno pensamento teológico defende que o próprio Deus delega o governo da vida à autodeterminação do ser humano e isso não fere e muito menos se traduz numa afronta a sua soberania. Dispor da vida humana e intervir nela não fere o senhorio de Deus, se essa ação não for arbitrária. A perspectiva é responsabilizar o ser humano de uma maneira mais forte diante da qualidade de vida. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012, p. 444).

Obviamente as garantias deferidas aos direitos de personalidade incluem o direito ao não sofrimento. Ninguém em sã consciência elegeria uma morte angustiante, dolorosa, lenta e tardia. Assim, todas as pessoas em condições de exercerem escolhas livres e conscientes optariam por morrer com dignidade. Por esse motivo é que a Ortotanásia vem ganhando expressão na atual perspectiva dos direitos existenciais, pois optando livremente por sua aplicação, a pessoa escolhe autodeterminar-se, a não ser submetida a procedimentos médicos que lhe diminuam a dignidade, como por exemplo, excesso terapêutico, submissão a tratamentos que se mostrem inúteis, como quimioterapia ou radioterapia, quando o quadro de saúde se mostrar irreversível e sem mínima chance de cura.

O terceiro princípio, a vedação ao tratamento desumano e degradante, materializa-se no direito a optar pela Ortotanásia e pelo não sofrimento, que faculta à pessoa decidir não se utilizar de suporte artificial para respirar ou não ser mantida em vida vegetativa com o auxílio de aparelhos que somente são capazes de retardar o processo de morte (distanásia), adiando-a para além do tempo normal, submetendo o enfermo a tratamento desumano – conduta constitucionalmente vedada. Consta-se que, em alguns casos, a utilização de suporte vital pode significar lesão à dignidade do enfermo e ainda à garantia fundamental da vedação *ao tratamento desumano ou degradante* (artigo 5º, III, CF). Além disso, o direito à autodeterminação de que goza a pessoa, conforme já salientado, impõe respeito à sua decisão sobre se deseja ou não se submeter a formas de tratamento reputadas cruéis pela Medicina e pela própria doutrina contemporânea do direito civil-constitucional. Ribeiro analisa a licitude da suspensão do esforço terapêutico com base no citado dispositivo constitucional:

No Brasil, não há autorização legal para a eutanásia nem para o suicídio assistido. Mas, a suspensão de esforço terapêutico, encontra-se na Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 5º, III – que reconhece a dignidade humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido a tortura *nem a tratamento desumano ou degradante* –, no Novo Código Civil (art. 15) – que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos –, na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90, art. 7º, III) que reconhece o direito à autonomia do paciente – e no Código de Ética Médica – que proíbe o médico de realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora de um quadro de *emergência médica de salvação*, o que não é o caso do paciente com quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento (RIBEIRO, in PEREIRA, 2006, p. 281).

Pela exposição do autor, que articula o texto constitucional às disposições do art. 15 do Código Civil, percebe-se que a submissão a tratamentos que submetem o doente a sofrimento, expondo-o a dores desnecessárias, passa a lhe ferir frontalmente a dignidade, desrespeitando sua condição de pessoa, quanto mais se esse tratamento lhe for imposto.

3 ORTOTANÁSIA

A adoção da Ortotanásia ainda é discutida pela doutrina conservadora. Roxana Borges comenta a existência de objeções:

O principal argumento contrário é o de que, com o intenso desenvolvimento do conhecimento médico, a determinação da irreversibilidade de um quadro de saúde pode ser falha. Além disso, há casos em que a determinação da morte como já ocorrida é falha [...] Na verdade, a discussão é muito mais ampla que a licitude ou a ilicitude da ortotanásia. Trata-se da indagação sobre os limites ou possibilidades do conhecimento científico em determinado momento (BORGES, 2007, p. 237).

Cabe aqui distinguir Eutanásia de Ortotanásia. Enquanto na Eutanásia a morte se dá no momento da intervenção, na hora em que age o terceiro movido pela condolência, provocando o processo de falecimento, na Ortotanásia, a intervenção não influenciará o destino do doente terminal, apenas garantirá que a morte seja menos dolorosa e ocorra no seu tempo certo. Em suma, aduz Santoro que “ortotanásia é a supressão de cuidados, a não ser os paliativos, em pacientes que se encontrem em estado terminal, cujo curso da morte já se iniciou. Assim não há uma conduta positiva ou negativa que seja a causa do resultado morte” (SANTORO, 2013, p. 22) O enfermo deve ser considerado incurável quando não há qualquer

chance de recuperação que leve o médico ao dever de agir. Sendo incurável, deve o médico optar pelo máximo de cuidados paliativos.

Relevante pontuar que distanásia é justamente o contrário: trata-se da obstinação terapêutica, da busca pela vida a qualquer custo, valendo-se de tratamento fútil, sem se ponderar o melhor interesse do doente, havendo preterição da dignidade da pessoa humana em detrimento da luta pela infalibilidade da ciência, que levada ao extremo, assemelha-se à tortura, dado o nível de sofrimento e dor a que submete o doente (PESSINI, 2007).

É necessário ainda ponderar que a vida não deve ser entendida como um direito absoluto. No mundo globalizado da segunda década do terceiro milênio, os direitos absolutos e estanques cedem espaço à ponderação de interesses, não havendo mais nenhum direito que seja superior a outro isoladamente considerado (FARIAS; ROSENVALD, 2015). Assim, quando a CF/88 garante que o direito à vida é inviolável (*caput* do artigo 5º), quer protegê-lo contra toda ação ou omissão injusta, e não colocá-lo como um direito intangível. A Ortotanásia apenas ressignifica a relativização do direito à vida, para entendê-lo como uma oportunidade de promover a morte com dignidade, como corolário da vida digna (RIBEIRO in PEREIRA, 2006).

Ortotanásia é uma palavra de etimologia grega, formada pelas expressões *ortos* (certo) e *tanatos* (morte natural, no tempo certo). Estudos realizados pelo professor Jacques Roskam, em 1950, concluíram por um conceito intermediário entre provocar a morte e prolongar o processo de morte (SANTORO, 2012, p. 132). Entre antecipar o fim da vida humana por meio da eutanásia e prolongá-la pela obstinação terapêutica (distanásia), há um instituto intermediário que é a morte na hora correta e natural – a Ortotanásia.

A Ortotanásia somente tem lugar mediante constatação de estado terminal do paciente, caracterizado pela morte inevitável e iminente, configurado pelo início do processo de morte, momento em que qualquer conduta interventiva se mostraria ineficaz para evitar o resultado morte (PESSINI, 2007). O fim altruístico que move a prática da conduta é uma característica que compõe o conceito de Ortotanásia. O enfermo não será deixado à própria sorte, sendo-lhe deferidos cuidados paliativos, já que a Medicina Paliativa desenvolveu-se, mudando o foco de atenção da doença para o paciente e, ao fazê-lo, passou a tratar o enfermo de forma integral (VIEIRA, 2012, p. 263). Visa a aliviar a dor física e sintomas da moléstia, com ênfase em tratar o sofrimento psicológico e espiritual da pessoa acometida de doença grave, evolutiva ou terminal.

Por fim, é indispensável o aspecto do consentimento do enfermo ou, subsidiariamente, a anuência da família. Trata-se do consentimento informado que é o ato

pelo qual o paciente consente em uma intervenção em sua esfera psicofísica após o esclarecimento sobre os detalhes do procedimento a ser realizado (CABRAL, 2011). Farias e Rosenvald acrescentam que “o profissional da Medicina tem de atuar em conjunto com o paciente, orientando sem coagir e sem menosprezar a vontade” (FARIAS; ROSENVOLD, 2015, p.177).

No âmbito do Direito Criminal, o Projeto de Lei nº 236, de 2012, de autoria do Senador José Sarney, que trata da reforma do Código Penal Brasileiro, prevê a inexistência de crime para o médico quando deixar de fazer uso de meios extraordinários, adoção de cuidados paliativos e atestado de morte iminente por dois médicos. Restando clara a atipicidade da conduta do médico, cabe ressaltar a relevância de que o estado de terminalidade (caracterizado pelas expressões morte iminente, inevitável e doença irreversível) seja atestado por dois médicos, o que conduz a uma segurança maior a respeito do quadro clínico do enfermo que se valerá da Ortotanásia.

Já no âmbito do Direito Civil-constitucional, toda a principiologia voltada para a tutela da dignidade da pessoa humana busca proteger os direitos de personalidade e todas as suas emanções, constituindo-se a autodeterminação, o livre arbítrio e a possibilidade de autogovernar-se, a base do direito constitucional à liberdade. Comenta Moraes (2009, p. 93) que a tutela psicofísica das garantias penais é muito mais restrita do que aquela contida na órbita cível², sendo a segunda apta a preservar um âmbito muito maior de hipóteses de interesses existenciais.

Embora sempre houvesse princípios implícitos e disciplina sobre o respeito à vontade humana no que tange aos tratamentos de saúde, o Enunciado Nº 403 do Conselho de Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil, nos dias 8 a 10 de dezembro de 2011, regulamenta o art. 15 do Código Civil, admitindo que a pessoa possa se negar a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue. Determina:

403 – Art. 15: 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

² Comenta a autora: “No princípio da proteção à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade [...]” (MORAES, 2009, p. 93).

livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante (AGUIAR, 2012, p. 61).

Toda a proteção deferida pela Ciência Jurídica à dignidade da pessoa, liberdade de autodeterminação e exercício do livre arbítrio buscam efetivar os direitos fundamentais e dar cumprimento aos anseios que inspiraram o Direito Civil-constitucional.

Por fim, o direito à Ortotanásia chega aos tribunais, havendo sido encontradas somente duas decisões, ambas emanadas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que demonstram a tendência de adoção da ortotanásia e respeito à autodeterminação, cuja apresentação de parte das ementas se faz indispensável colacionar. De ambas as decisões, extraem-se conclusões sobre o respeito à pessoa e sua dignidade e que a pessoa não pode ser obrigada a tratamento ou qualquer procedimento, devendo ter direito a optar pela “morte no tempo certo”, sendo-lhe legítima a escolha por evitar o próprio sofrimento. Observe-se o primeiro julgado:

AJALR Nº 70042509562 2011/CÍVEL.
CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a “morte no seu tempo certo”, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.

O desembargador relator do recurso, em seu voto, declara sobre a petição:

[...] reflete a disputa entre a ortotanásia e a distanásia, corresponde a primeira o assegurar às pessoas uma morte natural, sem interferência da ciência, evitando sofrimentos inúteis, assim como dando respaldo à dignidade do ser humano, ao passo que a segunda implica prolongamento da vida, mediante meios artificiais e desproporcionais, adjetivando-a de “obstinação terapêutica”, na Europa, senão de “futilidade médica”, nos Estados Unidos.

Em relação à segunda decisão, apresentam-se parte da ementa e breve comentário do relatório da Apelação Cível Nº 70054988266 do TJRS. **Desprovida por unanimidade.** Decisão recente, de 20.11.2013. Relator: Des. Irineu Mariani.

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.

[...]

2. O caso se insere no denominado *biodireito*, na dimensão da *ortotanásia*, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.

3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o *direito à vida*, não o *dever à vida*, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constringida a tal. [...]

O relator Irineu Mariani reconheceu que o paciente idoso se encontrava lúcido, vendo a morte como alívio do sofrimento. Salientou se tratar de um caso que se insere na dimensão da Ortotanásia. E se o paciente se recusa ao ato cirúrgico mutilatório, conclui o relator, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana: em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto e nem pode ele ser obrigado a se submeter a cirurgia com risco (art. 15 CCB). Negou provimento à pretensão que era do Ministério Público.

A Ortotanásia vem assumindo seu papel precípuo de tutelar a autodeterminação da pessoa enferma, bastando para isso que tenha capacidade, apresente estado de terminalidade e manifeste vontade de forma livre (consentimento informado). A orientação dessas decisões com certeza servirão como precedente para julgamentos de muitas outras situações concretas em busca de efetividade da autodeterminação da pessoa enferma.

Quanto à disciplina pela deontologia médica, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), em consonância com a atual perspectiva dos direitos da personalidade e da tutela jurídica, apontam que ambas as ciências, Direito e Medicina estão dialogando, traçando uma necessária interdisciplinaridade (CABRAL, 2011, p. 94) com o escopo de garantir a tutela e assegurar a efetividade quanto aos bens jurídicos de maior relevância que ordenamento protege: o direito fundamental à vida, à saúde, à liberdade e à dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, a Lei Orgânica da Saúde, a Lei Federal Nº 8080/90, no seu artigo 7º, inciso III, reconhece o direito à autonomia do paciente. Em relação ao

tratamento e providências que o médico não deve deixar de dispensar ao paciente, determina o vigente Código de Ética Médica³ (artigos 23 a 25), é vedado ao médico: desrespeitar a dignidade e discriminar o paciente, garantir livre decisão. Deixar de denunciar prática de tortura ou procedimentos degradantes.

Entretanto, o grande avanço quanto ao reconhecimento do direito à Ortotanásia, no que tange à Medicina se refere à Resolução nº 1805, de 09 de novembro de 2006, que trata da Ortotanásia e regulamenta a implementação de cuidados paliativos. Essa resolução traz como esteios o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a garantia fundamental da vedação à tortura e a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III, da Constituição). Autoriza o médico à limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos destinados a manter a vida, ressaltando os cuidados necessários a aliviar o sofrimento, para buscar a assistência integral – o homem como ser biológico, psíquico, social e espiritual. Frisa ainda que essa decisão deve respeitar a vontade do paciente e de seus familiares.

O artigo 1º prevê limitação ou suspensão de tratamento ao doente terminal, ou com doença grave e incurável, respeitada sua vontade, devendo ser fundamentada e registrada no prontuário médico, podendo o doente requerer uma segunda opinião médica. No artigo 2º ressalta a adoção de cuidados paliativos como uma normativa da Medicina, que protege a pessoa nessa fase final de vida, na qual já se encontra debilitada, diminuindo-lhe as dores e proporcionando bem estar (será tratada em tópico autônomo).

4 REQUISITOS AUTORIZADORES DA ORTOTANÁSIA

A Ortotanásia somente poderá ser implementada de acordo com o consentimento do paciente, em face da existência de doença grave em estado terminal, caracterizada pela iminência da morte, a partir do momento em que qualquer conduta interventiva seria inútil para a cura do enfermo ou evitaria a morte.

O primeiro requisito, questão fundamental da aplicação da Ortotanásia reside no aspecto do consentimento, que deve ocorrer mediante explicação mais clara e completa, fornecida pelo profissional da saúde à pessoa – que é alçada de paciente a agente de suas decisões – e, em pleno gozo da capacidade, decide a que tratamento prefere se submeter (ou não), restringindo-se à decisão da família somente os casos em que o próprio doente apresente ausência ou redução de discernimento. Em consonância com essa posição do direito, a

³ Resolução Nº 1.931 do Conselho Federal de Medicina, de 17 de setembro de 2009, publicado no Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 2009 em vigor a partir de 13/04/2010.

medicina inaugura uma era permeada pela humanização, que passa a valorizar mais a pessoa e os direitos inerentes à personalidade como o direito à informação, ao consentimento e à autodeterminação – o exercício de escolhas livres e conscientes.

O Código de Ética Médica (Resolução Nº 1931 do CFM) dispõe sobre o respeito à vontade e o consentimento da pessoa em vários artigos, fato esse que ratifica a importância dos direitos de personalidade a partir da concepção do enfermo como agente ou sujeito de suas escolhas, e não mais como paciente ou objeto da medicina. É o que se constatou, em outra oportunidade:

O vigente CEM (Código e Ética Médica), que é a deontologia da Medicina, espelha os valores éticos do exercício dessa atividade de relevante valor social, demonstra sua preocupação com a proteção aos direitos da personalidade, com a vontade da pessoa e principalmente no que tange ao seu consentimento para intervenções em sua própria esfera psicofísica, exigindo respeito à livre decisão do *paciente*, agora *agente* consciente de suas escolhas e decisões (CABRAL, 2011, p. 56).

O artigo 22 do vigente Código de Ética Médica (CEM) preconiza: “É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. Sobre esse artigo, comentou-se:

Observe-se que o artigo 22 do Código de Ética supramencionado veda ao médico efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de morte. Seria despidendo alargar comentários no sentido de que em caso de emergência, estará o médico livre para proceder consoante seu prudente arbítrio e a consciência do dever profissional, estando desobrigado de consentimento para agir. Não resta dúvida de que da interpretação dos artigos em comento, infere-se que o CEM prestigia o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o da Boa-fé Objetiva, estando em plena sintonia com as exigências impostas pelo ordenamento jurídico no que tange ao respeito à pessoa (CABRAL, 2011, p. 58).

Além desse, o art. 31 prevê uma importante vedação: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”. Significa dizer que o médico somente poderá agir sem consentimento se houver risco de morte, do contrário, deverão prevalecer a autonomia e a decisão do paciente.

Para a prática da Ortotanásia, é indispensável a conjugação de alguns requisitos como a constatação do estado de terminalidade, o consentimento do enfermo e a adoção de cuidados paliativos. A atual perspectiva do Direito e da Medicina faz ruir a clássica interpretação do juramento hipocrático que mantinha o médico refém da obrigação de “salvar a vida” em qualquer circunstância. Agora, várias disposições legais enunciam a liberdade de a pessoa somente se submeter a certos tratamentos se optar por eles, devendo o médico, pelas razões insculpidas no Código de Ética Médica, respeitar a vontade e a decisão da pessoa. No mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro (CCB), no art. 15 prevê a inexigibilidade de alguém ser submetido a tratamento ou cirurgia com risco de vida. Há que se considerar, nesse contexto, o cumprimento do dever de informação pelo médico, que nada mais é do que o consentimento informado (uma questão de Biodireito). Explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que

O profissional da medicina tem de atuar em conjunto com o paciente, orientando sem coagir e sem menosprezar a vontade. É o chamado consentimento informado – que por sinal, traz a reboque a necessidade de o médico advertir, expressamente, o seu paciente para todo e qualquer efeito conhecido previamente do procedimento a ser adotado, permitindo-lhe exercer, com amplitude, a sua autonomia. Até porque o paciente é sujeito e não objeto do tratamento médico (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 214).

No mesmo sentido, esclareceu-se, em outra oportunidade:

O Consentimento Informado, então, reveste-se de capital importância, já que se torna o canal em que se estabelece um diálogo, através do qual, o médico científica a pessoa sobre detalhes do tratamento a ser realizado, vantagens, possíveis desvantagens, eventuais consequências e, principalmente, os riscos aos quais irá se submeter (CABRAL, 2011, p. 26).

Esse diálogo é exatamente o ponto de convergência entre a Ética, a Medicina e o Direito: a Medicina no que diz respeito aos procedimentos a serem adotados e suas consequências (uma passagem da teoria à prática que aproxima médico e paciente); o Biodireito (direito do paciente) no que tange ao cumprimento do dever de informação; a Bioética quanto às condutas morais que devem ser praticadas em relação ao enfermo, respeitando-o como pessoa. Para qualquer atuação na esfera psicofísica do enfermo, é indispensável o seu consentimento ou, subsidiariamente, o da família. Por isso se diz que os direitos de personalidade ou existenciais (aqueles decorrentes da dignidade da pessoa humana) são fundamentais a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como axioma, o valor fundamental do ordenamento jurídico.

É importante frisar que o consentimento deve advir diretamente do enfermo, pois é ele o sujeito de direitos, o titular da vida, que deve autorizar qualquer intervenção ou procedimento no seu próprio corpo, em respeito à sua qualidade de pessoa, à sua dignidade e ao direito de autodeterminar-se; e, somente subsidiariamente, conforme se mencionou, como por exemplo na hipótese de incapacidade do enfermo, deve o direito de consentir ser deferido à sua família ou ao seu representante legal.

O segundo requisito autorizador da Ortotanásia é o estado de terminalidade, segundo Suzana Braga, apresenta-se através das seguintes características identificadoras:

- a) presença de uma doença em fase avançada, progressiva e incurável;
- b) falta de possibilidades razoáveis de resposta ao tratamento específico;
- c) grande impacto emocional relacionado à presença ou possibilidade incontestável da morte;
- d) prognóstico de vida reduzido em dias e no máximo alguns meses (BRAGA, 2008, p. 159).

No estado terminal há expressivo progresso da doença e a resposta aos tratamentos não é razoável, provocando instabilidade emocional devido à aproximação da morte (que pode ser inclusive medo), restando ao paciente alguns dias ou meses de vida. Por fim, Leo Pessini e Christian Barchifontaine explicam que o paradigma de curar se tornou refém do domínio tecnológico; já o paradigma do cuidado aceita “o declínio e a morte como parte da condição do ser humano, uma vez que todos sofremos de uma condição que não pode ser ‘curada’, isto é, somos criaturas mortais” (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014). Essa é a perspectiva dos denominados cuidados paliativos: entendendo que a finitude se aproxima, evitar a dor e promover o bem-estar, produzindo morte serena.

Por fim, a Ortotanásia somente poderá ser implementada mediante atendimento ao terceiro requisito, qual seja, a adoção de cuidados paliativos, dispensado ao enfermo terminal, no contexto da Ortotanásia, visa trazer benefícios físicos, bem estar para o corpo, fortalecer o emocional para vencer os momentos finais, encorajar para o enfrentamento dos desafios da doença e proporcionar ao paciente que cada momento seja vivido com a família e amigos, evitando assim a morte social, distante do seio daqueles a quem ama, primando pelo fortalecimento dos laços com os entes queridos, evitando que se sinta como um fardo a ser suportado pelos outros.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (CUIDADO PALIATIVO. CREMESP, 2008):

Cuidado Paliativo é a abordagem que promove qualidade de vida do paciente e seus familiares diante de doenças que ameaçam a continuidade da vida, através da prevenção e alívio do sofrimento. Requer a identificação precoce, avaliação e tratamento impecável da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual.

O Estado de São Paulo é pioneiro com a Lei Estadual 10.241 /1999, que regula direitos dos usuários dos serviços de saúde, assegurando ao paciente terminal o direito de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. Mário Covas, governador do Estado à época, disse que sancionava a lei como político e como paciente (com câncer já diagnosticado). Dois anos depois, estando em fase terminal, dela se valeu para recusar legitimamente o prolongamento artificial da vida (AGUIAR apud CABETTE, 2013, p. 36). O foco da intervenção deixa de ser a doença para atender ao doente, entendido com um ser único, ativo, com direito à informação e à autodeterminação (autonomia plena para decisões a respeito de seu tratamento). A prática correta dos cuidados paliativos prioriza a atenção individualizada ao doente e à sua família, buscando sucesso no controle e prevenção do sofrimento.

O termo paliativo se origina da expressão *pallium* que em latim, significa manto, entendendo-se que o objetivo dos cuidados paliativos é envolver com um “manto” de cuidados o enfermo em fase avançada da doença, a fim de lhe proporcionar alívio da dor, conforto e qualidade de vida. Há uma sadia convergência de condutas entre a Ortotanásia e a adoção de cuidados paliativos com a finalidade de que a morte ocorra de forma natural (CUIDADO PALIATIVO. CREMESP, 2008).

Por fim, cabe ressaltar alguns princípios norteadores dos cuidados paliativos enunciados pela Organização Mundial de Saúde em 2002 e apontados por Pessini; Bertachini (2005): alívio de dor e estresse; vida como processo natural; não antecipa, nem posterga a morte; oferece suporte e auxílio ao paciente e à família até a morte; deve ser iniciado o mais rápido possível.

O Projeto de Lei nº 524/2009, do Senado Federal, traz oportunas definições de procedimentos paliativos, cuidados básicos, tratamentos desproporcionais e extraordinários, nos incisos II a VI do seu artigo 3º. Entendido o cuidado paliativo como tratamento proporcional ao estado terminal, cabe à equipe médica diagnosticar as condições de sobrevivência, optar pelos tratamentos que minimizem o sofrimento e promovam a dignidade humana, sem deixar de suprir o paciente e a sua família de todas as informações e ferramentas para que continue decidindo os rumos de sua própria vida.

5 EFETIVIDADE DOS DIREITOS EXISTENCIAIS E ORTOTANÁSIA

É relevante destacar o papel das diretivas antecipadas de vontade para a efetividade de do cumprimento da vontade do paciente que opta pela Ortotanásia. Trata-se de um instrumento no qual a pessoa manifesta sua vontade sobre adoção ou não de determinados procedimentos médicos ou decisões sobre as circunstâncias de sua morte. É realizado quando a pessoa possui plena capacidade, porém com vistas à produção de efeitos em data futura quando da superveniência de incapacidade (coma, alienação mental, estado vegetativo). Alguns doutrinadores e o Enunciado Nº 403 do Conselho de Justiça Federal preferem utilizar a expressão testamento vital para designar essas diretivas de vontade antecipadas.

Para realizar uma diretiva antecipada de vontade válida o agente deve ser capaz (art. 104 do CCB), para que a vontade seja manifestada de forma livre e consciente. Não necessita de forma especial (art. 107 do CCB), podendo ser realizado por documento particular ou por escritura pública, sem que a forma comprometa sua validade, produção de efeitos e efetividade. Borges (2007, p. 240) a conceitua como “documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade”.

Assim, pode-se dizer que tem-se nas diretivas antecipadas de vontade um instrumento no qual a pessoa expressa decisões a serem tomadas a respeito de si mesma ou de sua saúde com produção de efeitos futuros, para o momento de inconsciência, sendo que a grande questão a ser enfrentada, reside na efetividade quanto ao cumprimento das declarações nele contidas. Deve ser escrito, datado e assinado de próprio punho ou digitado. Pode ser ainda registrado em cartório, sob forma de escritura pública, cujo principal escopo é limitar a atuação médica e da própria família no momento em que o titular da vida e da saúde já não possui capacidade para decisão. O autor deve avisar ao médico e à família da existência desse documento, podendo solicitar que seja anexado ao prontuário (se físico) ou digitalizado (se virtual) a fim de garantir efetividade.

O ordenamento jurídico reconhece a importância da vontade e disciplina formas de fazê-la valer em várias leis internas, além de tratados e convenções internacionais que vinculam vários Estados, como é o caso dos Tratados de Direitos Humanos. Inclusive a Declaração Universal dos Direitos Humanos protege a dignidade e os direitos da pessoa logo no seu 1º artigo. Mais tarde, o texto da vigente Constituição Federal, a Constituição Democrática por excelência, elenca a dignidade da pessoa como “fundamento da República

Federativa do Brasil”, o que significa dizer que a dignidade é a base, o alicerce sobre o qual se edifica a construção do Estão Democrático de Direito.

Além dessas razões, o vigente Código Civil Brasileiro (CCB), no seu art. 15 determina: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” – razão primeira para se afirmar que a lei interna oferece uma tutela bastante cuidadosa à pessoa e suas decisões, permitindo-lhe o direito a não sofrer, conforme já comentado em tópico anterior. Um direito que transcende todas as tendências anteriores da Medicina cuja obstinação terapêutica (ou distanásia) era um compromisso do médico, inafastável pela vontade do paciente.

A atual perspectiva do Direito e da Medicina faz ruir a clássica interpretação do juramento hipocrático que fazia o médico refém da obrigação de “salvar a vida” em qualquer circunstância. Agora, por várias disposições legais, a pessoa somente se submete a certos tratamentos se optar por eles, devendo o médico, pelas razões insculpidas no Código de Ética e já apresentadas nesta breve reflexão, respeitar a vontade e a decisão da pessoa. Mediante consentimento informado.

A adoção de cuidados paliativos, a observância do testamento vital e proteção pelo Judiciário, conforme se verificou no julgado supra, são medidas capazes de imprimir efetividade ao direito do enfermo que deseja se valer da Ortotanásia, sem prejuízo da legislação específica que se faz necessária no âmbito Civil. Enfim, a efetividade dos direitos existenciais depende ainda de atuação consciente do Judiciário, como foi possível constatar no acórdão proferido na Apelação Cível interposta pelo Ministério Público no TJRS. Enquanto não há lei específica, cabe ao Judiciário agir em consonância com a doutrina, princípios constitucionais e livre convencimento motivado em defesa da autodeterminação do enfermo.

Em boa doutrina, analisa Barroso o significado da expressão *efetividade*: “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2009, p. 83). Assim, um direito somente se efetiva quando se torna real no mundo sensível, fazendo-se respeitar. Mas, em relação ao objeto em análise, como assegurar a efetividade da vontade do titular do bem jurídico “vida”? Como assegurar-lhe que não será submetido a tratamentos, a seu ver, desumanos, inúteis e cruéis?

Tanto a Medicina (Resoluções do CFM e atuação ética dos profissionais) como o Direito (leis, doutrina e jurisprudência) são ciências que traçam uma necessária

interdisciplinaridade no sentido de proteção da pessoa: “ambas as ciências são corresponsáveis pela efetividade da tutela dos direitos existenciais” (CABRAL, 2011, p. 94).

Acrescenta Barroso (2009, p. 287) sobre a atuação do Estado para a efetividade das normas: “são imprescindíveis instituições, atitude e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando abstrato da norma”. Então, em relação à Ortotanásia, somente haverá efetividade quando a autodeterminação da pessoa enferma for respeitada e seus desejos para os últimos dias de existência forem cumpridos pelo Poder Público, por médicos, família e amigos, que possuem o poder-dever de cumprirem as determinações verbais ou expressas em testamento vital, imprimindo efetividade ao direito fundamental à liberdade, manifestados pela autodeterminação, livre arbítrio e em respeito à dignidade da pessoa que deseja realizar a Ortotanásia, por entender que certos tratamentos absolutamente desnecessários e degradantes podem se tornar verdadeira tortura para a fase terminal de sua vida que é tão importante quanto à inicial, a merecer tantos cuidados e respeito, já que a pessoa se vê completamente fragilizada. Seria desarrazoado na fase terminal ceifar da pessoa o direito de morrer dignamente, sem dor e sofrimentos que podem e devem ser evitados.

5 CONCLUSÃO

Os direitos existenciais firmados na perspectiva do Direito Civil-constitucional alça a autodeterminação a um valor intrínseco à dignidade humana, valor supremo, fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, se a pessoa capaz não deseja suportar tratamentos desumanos e inúteis, que pela intensidade da dor se tornem desumanos e degradantes, pode optar pela Ortotanásia, a fim de aliviar suas dores e encontrar refrigério para atravessar a fase mais delicada de sua vida, que são os derradeiros momentos da existência humana.

Tanto o Direito Criminal como o Civil-constitucional parecem caminhar no sentido de tutelar o direito à autodeterminação, reconhecendo na Ortotanásia uma conduta lícita e em consonância com a dignidade da pessoa humana, oferecendo a mais ampla tutela aos direitos existenciais. Além disso, a Medicina, no mesmo sentido, vem protegendo a pessoa, sua autodeterminação e a prática da Ortotanásia, que conta com uma disciplina contida no Código de Ética Médica (protegendo direitos, consentimento e respeito ao paciente) e outras resoluções importantes do Conselho Federal.

Delineou-se a tendente aceitação da aplicação da Ortotanásia pelo Direito, pela Medicina, inclusive apresentando-se julgados de vanguarda do Tribunal do Rio Grande do Sul, que garantiram o livre arbítrio aos enfermos, com base no direito de decidir lucidamente sobre sua saúde, invocando inclusive o art. 15 do CCB que desobriga a pessoa a se submeter a

intervenções contrárias à sua vontade. É relevante ressaltar ainda que a prática ética da ortotanásia pressupõe o consentimento, mas que além desse critério, é preciso que seja constatado o estado de terminalidade da doença do paciente e que sejam implementado os cuidados paliativos capaz de trazer alento e consolo ao enfermo.

Como o direito sem efetividade não se realiza, é necessário buscar imprimir efetividade aos direitos existenciais, o que paulatinamente vem ocorrendo, seja através do atuar ético do médico, seja por meio de uma sentença justa como a do juiz monocrático que decidiu pelo direito à autodeterminação, no mesmo sentido que o tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, seja ainda na conduta da própria família em se posicionar respeitando os desejos do doente em sua vontade, ainda que manifestada de forma verbal. Vale destacar a importância das diretivas antecipadas de vontade, que devem ser fomentadas, a fim de que se aumente a efetividade da prática lícita e ética da Ortotanásia, conforme já se salientou, isto sem prejuízo de uma necessária disciplina jurídica capaz de fornecer segurança para esta prática, em relação a todos os sujeitos envolvidos, como enfermos, familiares, médicos e operadores do direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de (Coordenador Científico). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** Rio de Janeiro: Renovar, 9ed, 2009.

BRAGA, Suzana de Souza Montenegro. Pacientes terminais e a qualidade de morte. In: ESCUDEIRO, Aroldo (coord.). **Tanatologia:** conceitos, relatos, reflexões. Fortaleza: LC, 2008.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** AJALR N° 70042509562 2011/CÍVEL. CONSTITUCIONAL, Relator Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 01 de junho de 2011.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível n° 70054988266 (N° CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000), Desprovida por unanimidade. Relator: Des. Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 de novembro de 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2007.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais** – uma visão interdisciplinar: Direito e Medicina. Itaperuna: Editora Hoffmann, 2011.

CAMATA, Gerson. Em defesa da Ortotanásia. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana** - uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 4 tir. 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** - introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

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

_____; BARCHIFONTAINE, Christian. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 2014.

_____; BERTACHINI, Luciane. Novas perspectivas em cuidados paliativos: ética, geriatria, gerontologia, comunicação e espiritualidade. **O mundo da saúde**, v. 29, n. 4, p. 491-509, 2005.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia**: viver a própria vida e morrer a própria morte. Artigo. 2006, não paginado. Acesso em: 28/08/2014. Disponível em: <http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/6194338.html>.

_____. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

SCHREIDER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia**: humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2012.