

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 - UNIVEM – 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

B615

Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-050-3

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E OS REFLEXOS DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

INCORPORATION OF HUMAN DIRECTORS TREATIES IN BRAZIL AND THE REFLECTIONS OF PROTECTION IN LABOR LAW

**Andreia Ferreira Noronha
Fernanda Fernandes da Silva**

Resumo

O presente artigo visa estudar a incorporação dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento nacional e os reflexos na proteção dos trabalhadores. A metodologia utilizada caracteriza-se pela pesquisa bibliográfica a partir de uma análise geral da incorporação dos tratados de Direitos Humanos utilizando-se do método dedutivo. Verifica-se que houve uma significativa evolução da absorção de direitos humanos com a constituição de 88 e posteriormente formalizada com a emenda constitucional 45. Contudo, ainda requer dos operadores do direito maior persistência na aplicação das normas protetivas, principalmente quando se trata de direitos humanos no âmbito trabalhista.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direito do trabalho, Incorporação dos tratados, Convencionalidade, Relações laborais

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to study the incorporation of Human Rights in the national order and the effects on the protection of workers. The methodology used is characterized by bibliographic research based on a general analysis of the incorporation of human rights using the deductive method. It was seen that there has been a significant evolution in the absorption of human rights with the constitution of 88 and formalized after the constitutional amendment 45. However, operators of the law still require greater persistence in the application of protective rules, especially when it comes to human rights in the scope of labor.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Labor law, Incorporation of treaties, Conventionality, Labor relations

DIREITO À SAÚDE E TRANSPLANTES DIANTE DA TERMINALIDADE DA VIDA EUTANÁSIA, DYSTANÁSIA E MORTE NATURAL

RIGHT TO HEALTH AND TRANSPLANTS BEFORE THE TERMINALITY OF LIFE EUTHANASIA, DYSNASIA AND NATURAL DEATH

Hugo Barroso Uelze ¹

Resumo

As biotecnologias tem se mostrado úteis ao debate da distanásia ou obstinação terapêutica, a eutanásia ou desistência prévia de tratamento e a ortotanásia ou morte natural, como meio de conciliar o direito à vida e a dignidade humana.

Palavras-chave: Vida, Saúde, Eutanásia, Ortotanásia

Abstract/Resumen/Résumé

Biotechnologies have proven useful do identify dysthanasia or medical futility, euthanasia or prior treatment withdrawal and orthothanasia or natural death as a means of reconciling the right to life and human dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Life, Health, Euthanasia, Orthothanasia

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário FMU-SP. Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário FMU-SP. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP. Advogado em São Paulo

INTRODUÇÃO

A maior longevidade propiciada pelos avanços biotecnológicos não afasta o debate acerca dos limites da ciência e, pois, a reflexão sobre temas como a eutanásia – morte provocada para afastar o sofrimento –, a distanásia ou obstinação terapêutica e a ortotanásia, entendida como a aplicação de cuidados paliativos aos pacientes terminais, embora cientes que a terminalidade do ciclo biológico encerra um evento ou fato natural biológico irreversível.

A situação problema reside em verificar os conceitos de eutanásia, distanásia e ortotanásia à luz dos direitos da personalidade, bem como do direito à vida e à saúde que, de um lado, fundamentam a realização de transplantes (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 44) e, de outra parte, a hipótese de que a diferença entre a morte encefálica e morte cardiorrespiratória ofereça subsídios úteis à compreensão das denominadas diretivas antecipadas de vontade ou testamento vital, mas também para a compreensão do que se possa entender como morte natural orientada pela dignidade da pessoa humana (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 54).

Posto isso, procederá à investigação de caráter exploratório através do raciocínio dedutivo, embora cientes de que as conclusões podem remeter a informações apenas implicitamente mencionadas nas premissas (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 22-23), haja vista a complexidade do tema, bem como mediante a pesquisa da documentação indireta, tanto de fontes primárias, quanto através da pesquisa bibliográfica ou de fontes secundárias (MARCONI; LAKATOS, 2012, p. 43).

1. Direito à Vida e à Saúde

O direito à vida suscita acendradas controvérsias, tanto no que diz respeito ao seu início, quanto no que tange ao seu fim e, naquele primeiro sentido, existem autores, como Rocha (2018, p. 179-180), que entendem o começo como o momento da concepção ou fecundação, enquanto outros autores, como Moraes (2018, p. 74), sustentam que o início da vida se verificaria em momentos posteriores diversos, debate que alcança às diferentes visões acerca da terminalidade, consoante se percebe pela diferença entre os conceitos de eutanásia, suicídio assistido, distanásia e a ortotanásia.

Ao tratar do direito à vida Bittar (2015, p. 119) expressa o entendimento de que se trata de valor que ocupa a posição de absoluta primazia junto ao Ordenamento Jurídico, haja vista a originalidade frente a todos os demais e, mesmo, o caráter de dependência daqueles

outros durante o percurso da personalidade humana, tais como o direito à honra, à imagem, o direito de autor, dentre outros.

Para Soares (2019, p. 219) o direito à vida, a despeito das variantes presentes nas diferentes tentativas de conceituação, caracterizaria desdobramento fundamental – além de universal e absoluto, o que explicaria a sua presença na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos atuais –, mas também o princípio do qual defluem todos os demais direitos.

Schreiber (2014, p. 58) sustenta posição diversa, pois entende que a dignidade da pessoa humana seria superior ao direito à vida no contexto da interrupção do tratamento de saúde, daí porque o médico poderia limitar ou, mesmo, suspender o tratamento do doente terminal, pessoa portadora de enfermidade grave e incurável, respeitada a sua vontade ou de seu representante legal.

Para Moraes (2018, p. 74) a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) assegura o direito à vida em dois sentidos diversos, um primeiro, o de continuar vivo – o que remete diretamente ao direito à saúde –, um segundo, relacionado à subsistência com dignidade, aspecto relacionado tanto aos direitos sociais, quanto a sadia qualidade de vida.

Lima e Finco (2020, p. 6-10) asseveram que a vida e a dignidade humana contemplam fórmulas abertas, pois consubstanciam premissas axiológicas capazes de serem adaptadas a novas situações e, mesmo, inter-relacionadas, pois o valor incomparável da vida humana seria reflexo da sua correspondente dignidade, daí a preocupação em delimitar quando iniciada a sua proteção, normalmente, desde a fecundação até “[...] a reivindicação do direito à (boa) morte em face do sofrimento severo e da impossibilidade de cura.”

Para Angeluci (2019, p. 40-41) a intenção do legislador constituinte ao dispor acerca do direito à vida, não se restringiria a sua intangibilidade, pois se trataria de prerrogativa fundamental qualificada pela dignidade da pessoa humana, bem como pelo direito à saúde, o que somadas às políticas públicas voltadas à redução do risco de doença, compreenderia a proteção à “vida humana digna e saudável”, mas também para colocar à disposição os diversos meios constitucionais para alcançá-la no sentido mais abrangente possível, o que abarcaria potenciais diversos – não só jurídicos –, mas também biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, etc., cujo entendimento reclama uma análise multidisciplinar.

Segundo Silva (2012, p. 780-782) o direito à saúde, não se resume ao seu caráter curativo e, pois, a assistência médica, ambulatorial e hospitalar, mas engloba um conjunto de prestações sociais voltados à prevenção de doenças e, dentre elas, medidas de natureza sanitária, como aquelas destinadas a promoção do meio ambiente adequado, políticas públicas

direcionadas à sua realização, mas também a disponibilização de recursos financeiros para o Sistema Único de Saúde (SUS), consoante determinam os arts. 196 e 198 da CF/1988.

Ao discorrer sobre o tema, Diniz (2014, p. 194) salienta importância de a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 22 de julho de 1946, já nos §§s 2º e 3º do Preâmbulo, oferecer uma definição mais ampla ou holística do que seja saúde, isto é, não apenas a ausência de enfermidade ou doença, mas sim um estado de completo bem-estar físico, mental e social, daí se tratar de direito fundamental do ser humano.

Por fim, o reconhecimento do direito à saúde sob um enfoque mais amplo, não só clínico ou terapêutico, mas voltado à assistência integral – o que compreende uma visão interdisciplinar, na qual sejam considerados os elementos psíquicos-sociais, familiares, culturais e espirituais –, além de imprimir um novo paradigma à relação médico paciente, menos centrada no enfoque médico-paternalista e mais orientada à liberdade-autonomia, o que encontra na esfera dos transplantes um contexto fértil a sua realização, além de oferecer critérios bastante úteis à compreensão da terminalidade da vida.

2. Liberdade-Autonomia como contraponto ao Paternalismo Médico

Nunes (2012, p. 250-251) entende a autonomia como o direito à autodeterminação e a auto realização pertinente a cada ser humano, o que no plano da relação médico-paciente – habitualmente na condição de “estranhos morais” –, significaria o respeito à liberdade de decidir, sem qualquer coação externa, ou seja, sem manipulação pelo(a/os) profissional(is) de saúde ou condições deletérias a vontade do paciente.

Todavia, ainda como assevera Nunes (2012, p. 250-251), mesmo uma sociedade democrática e plural, baseada na possibilidade de escolhas livres, a liberdade encontra limites, pois, tal como salienta, o exercício da cidadania responsável não envolve apenas direitos, mas também o cumprimento dos correspondentes deveres.

Para Reale (2011, p. 379) o reconhecimento do homem como ser racional traz como consequência que a conduta – positiva ou negativa –, envolve, sempre e necessariamente, a escolha de um valor, o que, entretanto, não afasta à percepção de que “*Valor e dever implicam-se e exigem-se reciprocamente*”.

Silva (2012, p. 70), no entanto, esclarece que não se deve adotar posições extremadas ou, mesmo, excludentes, acerca da liberdade, como se o espaço de decisão, porque relacionado a determinadas opções, se visse condicionado a tal ponto, que implicasse na inexistência da liberdade ou, então, em reduzida liberdade de escolha.

Nesse sentido, Cohen e Marcolino (2008, p. 84) se posicionam quanto ao inter-relacionamento entre a autonomia e o paternalismo no contexto da relação médico paciente, de tal sorte que ou se verifica uma relação de equilíbrio, caracterizada pelo leve paternalismo ou, então, se aquele se encontrar acentuado, haverá restrições à autonomia ou liberdade.

Diniz (2014, p. 38-39) vê a autonomia como dever do profissional de saúde observar a vontade do paciente – seus valores morais e crenças religiosas –, bem como a capacidade de autodeterminação, o que alcançaria escolha sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade – aspecto intrinsecamente ligado aos direitos da personalidade –, o que reduz a influência externa ou intromissão de terceiros acerca das escolhas sobre o tratamento.

No entanto, como pondera Nunes (2012, p. 251), isso não significa que não existam casos nos quais se afigura atenuada a autonomia do paciente e, mesmo, possa ser invocado o denominado privilégio terapêutico, resquício do viés médico-paternalista e, por isso, aplicado apenas em casos excepcionais, nos quais o consentimento informado, livre e esclarecido, imperativo da ética profissional, restaria prejudicado ou, ao menos, dificultado.

Realmente, como acrescenta Nunes (2012, p. 252), embora o consentimento informado reclame a verificação da presença de seus elementos estruturais – competência, comunicação, compreensão, voluntariedade e consentimento –, pode-se verificar o “consentimento presumido” nas situações de emergência médica hospitalar, pré-hospitalar ou intercorrência em intervenção cirúrgica.

Em casos assim, nos quais o exercício da vontade se vê tolhido, pois ausente a livre escolha, caracterizada pela inexistência de coação ou influência externa presente na hipótese do consentimento livre e informado, se admite a substituição – o que não assumiria uma natureza paternalista, mas uma decorrência da responsabilidade do profissional de saúde –, da livre escolha da pessoa momentaneamente impossibilitada, incompetente ou incapaz (DINIZ, 2014, p. 39), o que, aliás, evidenciaria o campo das diretivas antecipadas ou do testamento vital.

Gozzo e Ligiera (2012, p. 108-109) ao cuidar das exceções ao dever de obtenção do consentimento informado entendem se tratar de assunto relacionado aos direitos de personalidade, razão pela qual não pode o profissional da saúde reduzir o seu conteúdo e alcance, embora o seu exercício possa ser atenuado em situações excepcionais, restritas, como os casos de tratamento compulsório, mas também o estado de absoluta emergência ou estado de necessidade, cuja presença transfere ao médico o poder decidir ou, mais precisamente, o direito de escolha do paciente.

A autonomia ou liberdade dos pacientes decorre da proibição do tratamento desumano ou degradante estabelecido pelo art. 5º, III da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que se vê ligado aos direitos da personalidade, consoante se observa do art. 13 do Código Civil de 2002 (CC/2002), dispositivo que veda ou proíbe ato de disposição do próprio corpo – o que, pois, impõe limite à autonomia do paciente –, quando importar em diminuição permanente da integridade física, salvo por exigência médica.

Por fim, Bittar (2015, p. 129-130) encarta o direito à integridade física, oponível *erga omnes*, no âmbito dos direitos da personalidade, como desdobramento dos dotes naturais que acompanham o ser humano desde a concepção até a morte – do nascituro ao cadáver –, porém, diferente do direito à vida, contempla certos temperamentos, ditados pelo interesse geral da coletividade, em especial diante dos transplantes, como se verificará na sequência.

3. Transplantes *post mortem*: Critérios da Morte Encefálica e Cardiorrespiratória

De início, parece importante lembrar, tal como aponta Bittar (2015, p. 131), que as intervenções cirúrgicas prescindem da anuência do interessado, salvo no caso das situações de emergência, orientadas pelo estado de necessidade, pois a pessoa pode se opor a tratamento que importe em sofrimento ou a coloque em risco, o que se estende aos transplantes, em especial quando presente a diminuição permanente de partes do corpo, mesmo daquelas que se afigurariam disponíveis, como o cabelo e as unhas.

A busca pelos transplantes, como lembra Diniz (2014, p. 399), não é nova e, nesse sentido, existem relatos da tradição chinesa, já em 300 a.C., sobre a troca de órgãos entre dois irmãos, enquanto estudos arqueológicos realizados no Egito, na Grécia e na América pré-colombiana evidenciariam o transplantes de dentes, enquanto na Idade Média há relato que os santos médicos Cosme e Damião teriam transplantado a perna de um etíope para um branco.

Contudo, ainda segundo a citada autora, somente após longo percurso os transplantes alcançaram o patamar científico, tanto através do desenvolvimento da assepsia, quanto da anestesia, bem como da descoberta da compatibilidade dos tecidos, mas também dos antígenos ou leucócitos HLA [*Human Leucocyte Antigens*] que provocavam a rejeição, problema atenuado através da produção de drogas imunodepressoras e, ainda, mediante o aprimoramento das técnicas de anastomoses vasculares (DINIZ, 2014, p. 399).

O avanço tecnológico, o aumento das probabilidades de cura e, dentre elas, a possibilidade de tratamento eficaz mediante transplante de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, sob o prisma científico, segundo Silva (2008, p. 100-101) teria se verificado pela

primeira vez em 1880 através da implantação de uma córnea, a despeito das dificuldades trazidas pela rejeição, somente ultrapassadas após o transplante de rins realizado, nos Estados Unidos da América, em 1954, depois seguido pelo primeiro transplante de coração havido em 1967 na África do Sul.

A temática dos transplantes, além da necessidade de consentimento livre e informado acerca dos riscos para o doador e receptor, trazem em seu bojo outras questões sensíveis e, dentre elas, consoante estatui o art. 1º da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, que tais procedimentos, em vida ou *post mortem* se verifiquem de forma gratuita.

Outro aspecto importante, tal como apontado no art. 3º do mesmo diploma legal, reside na circunstância de que a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Por fim, Diniz (2014, p. 427-428) salienta a relevante diferença entre os critérios da morte cardiorrespiratória e encefálica no caso dos transplantes *post mortem*, pois em que pese aquela primeira expressar a noção mais difundida da cessação permanente das funções vitais, muitos procedimentos seriam inviabilizados se após o dano encefálico irreversível não se efetivasse a retirada dos órgãos e tecidos do cadáver, enquanto sua irrigação se vê mantida pelos recursos da terapia intensiva para evitar a deterioração celular, salvo quanto às córneas, cuja retirada pode ocorrer após a parada cardiorrespiratória, o que, portanto, se afigura útil e, mesmo, relevante para uma melhor compreensão ético-jurídica da linha tênue que separa a vida da morte.

4. Diretivas Antecipadas ou Testamento Vital frente à Distanásia

Antes de cuidar das *diretivas antecipadas*, é preciso compreender o contexto de sua aplicação e, tal como esclarece Nunes (2012, p. 252), perceber que a evolução tecnológica da medicina, através da ventilação assistida e reanimação cardiopulmonar, o que acabou por modificar o panorama da morte cardiorrespiratória – o que embora útil e, mesmo, indispensável ao campo dos transplantes –, permite uma maior sobrevida aos pacientes com doenças agudas ou letais.

Todavia, tal como ressalta Namba (2009, p. 172-173), a maior sobrevida não significa retorno – ou, mesmo, a possibilidade de retorno –, à saúde, nem tampouco qualidade de vida, o que, em certos casos, pode caracterizar a distanásia – a obstinação terapêutica como denominam os europeus ou o tratamento fútil como o qualificam os norte-americanos, ou seja, o retardamento artificial do término do ciclo vital e, pois, da agonia e sofrimento e que enxerga morte – não como um fato ou evento biológico natural –, mas como uma adversária a ser vencida a todo custo.

Ao se manifestar sobre a questão da distanásia Diniz (2014, p. 507-508) a qualifica como obstinação terapêutica, expressão de origem francesa [*l'acharnement thérapeutique*] ou futilidade médica, proveniente do inglês [*medical futility*] e lembra que os avanços tecnológicos permitiram o prolongamento artificial do paciente em condição de terminalidade e, assim, pondera se devem ser feitos tratamentos inúteis que apenas prolonguem o “processo da morte” – ao suscitar maior tempo de agonia do que de vida –, nos casos em que a cura se mostrasse impossível.

Barroso e Martel (2012, p. 25) entendem a distanásia como a tentativa de adiar a morte ao máximo, o que resulta no emprego de todas as técnicas e procedimentos então disponíveis – razoáveis e proporcionais, ou não –, mesmo que isso implique num prolongamento do processo de morrer, mesmo quando ausente à possibilidade de cura ou de retorno à saúde de pessoa cujo término de vida se afigure próximo e, mesmo, inevitável.

A partir daí, Diniz (2014, p. 481) ao apresentar novas cogitações acerca da morte digna, lembra que os avanços da tecnologia médica evidenciam questões ético-jurídicas complexas acerca do fim da vida, cuja valoração moral-social não se aproxima do consenso nos diversos grupos que compõe uma sociedade pluralista, para cujo esclarecimento não contribui a mídia sensacionalista ao afastar ou, mesmo, impedir um debate mais aprofundado do tema.

Aqui, se afiguram oportunas às considerações críticas acerca da ética do talento ou do resultado e, pois, “[...] o impulso à maestria, ao domínio e ao controle [...]”, capazes de afastar a “abertura para o inesperado”, a partir da visão da vida como uma dádiva, mesmo para os pais de filhos doentes – e não só para eles –, já que permite o desenvolvimento da humildade e empatia humana, o que não significa assumir uma atitude passiva diante da enfermidade (SANDEL, 2013, p. 59-60).

Para Sandell (2013, p. 60), portanto, os tratamentos médicos mesmo no caso das “[...] mais extenuantes tentativas de tratar ou curar uma doença [...]” não configuram uma demonstração de maestria e dominação, pois não fechariam as portas para o inesperado –

mesmo que difíceis às possibilidades de recuperação –, contudo, estabelece como limite o “[...] princípio de restaurar e preservar as funções humanas naturais que constituem a saúde”, pois do contrário – salvo no caso dos transplantes –, restaria caracterizada a distanásia, pois desrespeitado o processo biológico do morrer.

A morte ou a terminalidade, como bem ilustra Bauman (2008, p. 44-46) se refere a um daqueles temas a serem evitados, pois retrata um evento incapaz de ser diluído, um “ponto sem retorno”, o “fim de tudo”, “limite intransponível para os vivos”, o que lhe confere um aspecto ainda mais aterrador – inegociável ou impossível de curar –, mesmo porque se trata de fato biológico positivamente demonstrado, daí porque o qualifica como “medo original” ou inato, já que proveniente do instinto de sobrevivência, embora alcance o patamar do “medo secundário”, presente em todas as culturas humanas, para tornar a vida possível a despeito da inevitabilidade da morte.

Kübler-Ross (1991, p. 11-23), por sua vez, apresenta um enfoque totalmente distinto, pois, segundo o entendimento da autora, o “processo de morrer” se desdobraria em três diferentes estágios, o primeiro no qual o casulo— comparado ao corpo humano—, por diferentes fatores ingressa “numa condição irreparável”, o que simbolicamente libertaria a borboleta, para sair do estado puramente físico e alcançar a segunda fase pertinente a energia psíquica mediante a qual a consciência se ampliaria e, enfim, como se verifica na “experiência de quase morte”, ultrapassado esse limite, se adentaria no terceiro estágio, no qual a borboleta liberada do casulo, adquiriria o estágio da consciência plena ou do amor incondicional.

Nesse contexto, com base nas premissas anteriormente apresentadas, tem-se que a distanásia, ainda que por razões jurídico-sociológicas ou, mesmo, socioculturais diversas, revelaria uma inclinação ao domínio, o que – independentemente de suas causas –, parece apontar para a ética de resultado, a visão da morte como inimiga a ser vencida – sem quaisquer considerações alheias a sua inevitabilidade e, mesmo, aos cuidados paliativos, o que pode abranger a assistência religiosa ou espiritual –, o que remeteria para o impulso científico ou tecnológico exacerbado, a já aludida obstinação terapêutica ao invés de se respeitar o ciclo biológico natural ou da morte digna.

Ao tratar das diretivas antecipadas de vontade ou do testamento Dadalto (2013, p. 63) procura esclarecer a questão terminológica e, nesse sentido, menciona que as primeiras corresponderiam ao gênero, enquanto o segundo uma espécie daquela, embora ambos relacionados aos futuros cuidados médicos, quando a pessoa esteja impossibilitada de expressar a sua vontade.

Assim, o substantivo *will* abrigaria três diferentes acepções, vontade, desejo e testamento e *living* como o adjetivo *vivo* ou o verbo *vivendo*, o que se ajustaria melhor a natureza das diretivas antecipadas, como ato de vontade, porém, não um testamento, pois a despeito de semelhanças – como o caráter de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável –, a declaração prévia de vontade do paciente terminal opera os seus efeitos durante a vida e não prescinde de forma solene, enquanto o testamento projeta efeitos *post mortem* e contempla determinadas solenidades (DADALTO, 2013, p. 63-64).

Ao tratar do tema, Schreiber (2014, p. 62) reitera o entendimento de que a expressão testamento vital remete a tradução literal da expressão norte-americana *living will*, que também pode ser compreendida como testamento biológico, isto é, a manifestação antecipada de recusa a certos tratamentos médicos no estado terminal, no caso da impossibilidade de o paciente expressar sua vontade, o que ainda abrigaria outra figura, a das denominadas procurações de saúde [*realth care proxies*], acolhidas em certos países, para que nomeado um representante da pessoa presente aquele contexto de impedimento.

Para Schreiber (2014, p. 63), portanto, seria positiva a edição da Resolução n. 1995, de 31 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), cujo art. 1º, define as diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de cuidados e tratamentos, prévia e expressamente aceitos pelo paciente, caso esse não possa se expressar de forma livre e autônoma suas escolhas, o que, ainda segundo o autor, se sobrepõe tanto a conduta do médico, quanto aos desejos dos familiares, consoante se observa do art. 2º, *caput* e § 3º da regra supra mencionada (SCHREIBER, 2014, p. 63).

Para Dadalto (2013, p. 63-64) a declaração prévia do paciente terminal é um documento escrito por pessoa capaz, com a finalidade de expressar os tratamentos a que deseja se submeter quando impossibilitada de manifestar a sua vontade em situações de terminalidade, enfoque que melhor retrata a origem do testamento vital [*living will*] nos Estados Unidos da América, a despeito de existirem outras legislações estrangeiras que pretendem sua aplicação em quaisquer casos, ou seja, mesmo que não pertinentes ao processo de morte.

De todo modo, a origem do testamento vital teria se verificado a partir das dificuldades experimentadas pelos pacientes oncológicos e seus acompanhantes, nos Estados Unidos, em 1967, quando Luis Kutner, advogado em Chicago, formulou um documento para que nos casos de impossibilidade de reversão do quadro clínico, bem como de recuperação da capacidade física e mental, fossem suspensos os tratamentos, o que englobava os casos de pacientes em estado vegetativo (CAMPOS *et al.*, 2012, p. 254).

Nesse contexto, os citados autores desenvolveram a pesquisa dirigida aos pacientes oncológicos e seus acompanhantes, pois a despeito de a terminalidade da vida se encontrar presente em todas as especialidades médicas, especularam que entre aqueles primeiros haveria maior preocupação com a escolha de determinados tratamentos, caso impossibilitados de se comunicarem, embora a resposta aos questionários tenha evidenciado uma realidade diversa, pois as expressões “testamento vital”, “testamento biológico” ou “diretivas antecipadas de vontade” eram desconhecidas por parte de 94,5% dos pacientes e 88,7% dos acompanhantes (CAMPOS *et al.*, 2012, p. 257).

De todo modo, tal como destacado por Dadalto (2013, p. 64), o debate acerca das diretivas antecipadas de vontade ou testamento vital normalmente se vê centrado na recusa de tratamentos que visem prolongar a vida – e, pois, referenciados a distanásia –, o que ainda segundo a citada autora encontra eco no modelo de autonomia preconizado por Beauchamp e Childress em que se observa a manifestação de vontade do paciente enquanto esse se encontra apto ou capaz de manifestá-la.

Barroso e Martel (2012, p. 23), por seu turno, enfatizam a preocupação terminológica como forma de melhor circunscrever o que denominam de “morte com intervenção”, o que diferenciaria tal conceito daquele pertinente a “morte natural”, essa como fato, evento ou marco presente no percurso de toda a vida humana e, assim, destinam aquela primeira expressão aos casos mais delicados, que envolvem moléstias graves ou, então, para os pacientes em estado terminal.

Nesse sentido, os citados autores acrescentam que o termo eutanásia já viu utilizado para descrever situações bastante diversas, tanto no que concerne a atitudes omissivas – capazes de configurar a ortotanásia no sentido de propiciar a morte natural ou no tempo certo ou, então, afastar a distanásia –, quanto comissivas, mais estritamente referenciadas a ação médica intencional de acelerar ou, mesmo, provocar a morte, com o intuito de evitar sofrimento ao paciente portador de quadro então considerado como irreversível (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 24).

Para Soares (2019, p. 217) segundo os termos da Resolução CFM 1.805/2006, seria autorizada a ortotanásia, ou seja, a limitação ou suspensão de tratamentos que prolonguem artificialmente a vida do paciente na fase terminal de doenças graves e incuráveis, sem prejuízo dos cuidados paliativos pertinentes a assistência integral para o alívio dos sintomas, bem como observada a vontade manifestada do paciente ou seu representante legal.

Por fim, embora a citada Resolução invoque como fundamentos a dignidade da pessoa humana, bem como a proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante,

Barroso e Martel (2012, p. 35-36) alertam que os mencionados critérios se vêm invocados pelos dois lados do debate, ou seja, tanto para autorizar, quanto para vedar a morte com intervenção, o que deve evidenciar a necessidade de alcançar um significado mais objetivo e preciso daquele cânone constitucional e, assim, afastar as críticas quanto a sua pretendida inutilidade.

5. Eutanásia versus Direito a Morte Digna ou Natural

O debate entre a eutanásia e o direito à morte digna ou a morte natural se mostra logicamente ligada ao direito à vida, porque referenciado a um dos extremos do percurso ou contínuo da existência humana, o que envolve questões sensíveis, que geram controvérsias calorosas e, mesmo, apaixonadas, haja vista a influência de critérios não apenas jurídicos, mas também éticos, morais e religiosos.

Para Namba (2009, p. 171-172) a eutanásia, considerado o seu sentido etimológico, representaria a morte serena e sem sofrimento, daí porque, embora provocada, se justificaria pelo sentimento de compaixão ou piedade dirigida à pessoa portadora de doença considerada incurável, entretanto, importa na antecipação da “morte natural” e, assim, ingressa no campo da “morte com intervenção”, o que parece ainda mais evidenciado nas hipóteses em que sequer iniciado o “processo da morte”, isto é, ausente a terminalidade e irreversibilidade, daí caracterizar o oposto da distanásia.

Ao tratar do significado da palavra eutanásia, Soares (2019, p. 216-217) lembra que sua origem etimológica advém do grego e, por esse motivo, o “eu” corresponderia a bom, enquanto “thanatos” significaria morte, o que numa tradução literal equivaleria a “boa morte”, prática que, segundo a autora, teria sido afastada pela Resolução CFM n. 1.805, de 9 de novembro de 2006, embora concedida abertura para a ortotanásia.

Na sequência, Soares (2019, p. 220) sustenta que a questão da eutanásia, a partir dos direitos de personalidade, poderia receber um enfoque diferente – mais humano e desmitificado –, no intuito de alcançar o patamar da vida com dignidade, o que se veria ausente nos casos em que a existência não encontrasse mais significado, em especial as pessoas em processo perene de dor e sofrimento, o que significaria prolongar a morte, sem, contudo, se transformar em uma prática irresponsável, mas somente aplicável em casos excepcionais, em obséquio a liberdade-autonomia, mas também a dignidade da pessoa humana como atributos fundamentais.

Ao discorrer sobre o tema, Barroso e Martel (2012, p. 21-22) observam que a pessoa não tem controle sobre o início da própria vida, pois tanto a concepção, quanto o nascimento derivariam da vontade de terceiros, porém, no caso do fato ou evento, embora inerente e inexorável à condição de todos os seres biológicos, o indivíduo teria poder, a partir da dignidade da pessoa humana, de orientar as questões pertinentes a sua terminalidade, razão pela qual indagam se não haveria direito a uma morte digna.

Aqui, se afiguram oportunos os questionamentos de Diniz (2014, p. 481) em que medida seria lícito e, mesmo, ético prolongar o processo de morte quando esvaídas as possibilidades de reversão do quadro clínico, poia presente a terminalidade da vida, como priorizar o bem morrer numa sociedade que não propicia bem viver, como conciliar os interesses contrapostos, do paciente, seus familiares, dos profissionais de saúde e, num sentido mais abrangente, da própria humanidade? Como discernir se ao estabelecer condições sobre o tratamento ou não tratamento, em certos casos, não se escolha entre a vida e a morte?

Lima (2018, p. 14) inicia suas cogitações sobre o tema, pela análise do contexto propiciado pelos avanços tecnológicos para o suporte artificial de vida, o que, segundo aponta, em certos casos, pode significar o que denomina de sobrevida e não vida, através da restauração da saúde, o que traria a necessidade de repensar os limites dos tratamentos segundo um enfoque bioético, para que se evitem afrontas aos direitos humanos.

Outro ponto destacado pela citada autora reside na possibilidade de aplicação do princípio *pro homine*, surgido após a Segunda Guerra Mundial, o que, seria aplicável no caso de antinomia de normas, mediante o “diálogo das fontes”, como forma de realização dos direitos humanos, sem utilização do critério hierárquico, o que se prestaria tanto a solução de conflitos entre normas “internacionais-nacionais”, quanto “nacionais-nacionais” (LIMA, 2018, p. 18).

Lima (2018, p. 21-23) expressa ainda o entendimento de que o testamento vital caracterizaria instrumento para veiculação das disposições antecipadas de vontade acerca da aceitação ou não de certos tratamentos, caso o paciente não tenha mais condições de decidir, o que encontraria apoio na dignidade da pessoa humana e na proibição do tratamento desumano, mas também do art. 15 do Código Civil de 2002 (CC/2002) que proíbe o que a pessoa seja constrangida a tratamento ou intervenção, sob risco de vida, o que afastaria excessos terapêuticos se ausente a chance de cura, sem causar prejuízo à vida como bem jurídico indisponível e tutelado pelo Estado.

Oliveira (2012, p. 37-40), por seu turno, salienta que a imprecisão terminológica – tal como ocorre com as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) e o Testamento Vital

(DADALTO, 2018, p. 3) –, apenas suscita mais controvérsias, daí a necessidade de se precisar conceitos, como o da ortotanásia, do grego *orthós*, “normal, correta” e *thánatos* “morte”, o que remete a “morte natural” ou a “morte no seu tempo”.

Assim, prossegue o citado autor, a ortotanásia entende a morte como um fato ou evento natural e, por isso, não adentra em atalhos que acelerem o fim do ciclo ou período vital, nem tampouco adiamentos artificiais para o “processo de morrer” – como se dá na eutanásia e na distanásia, respectivamente –, apenas limita os tratamentos inúteis para a reversão do quadro clínico a partir da compreensão mais ampla e humanizada do fenômeno, o que engloba os cuidados paliativos, mas também assistência integral ao paciente (OLIVEIRA, 2012, p. 37-40).

Para Oliveira (2012, p. 40-41) a expressão ortotanásia teria surgido em 1950, durante o Primeiro Congresso Internacional de Gerontologia, quando Jacques Roskam, Professor da Universidade de Liège na Bélgica, a utilizou para diferenciá-la da eutanásia e a distanásia e, pois, das ideias da desistência prematura e do exagero terapêutico, para propiciar o máximo de bem-estar durante o processo de morte mediante a aplicação dos cuidados paliativos, em obséquio à dignidade da pessoa humana.

Conclui, enfim, o citado autor que a ortotanásia e os cuidados paliativos se mostram a solução mais razoável para a terminalidade da vida, porque ao respeitar a morte como fato ou evento natural, sem adiantar o exaurimento do processo vital, nem tampouco prolongá-lo artificialmente, se opera o respeito à dignidade da pessoa humana, o que contribuiria para a mudança de paradigma em tema bastante sensível e que, por essa razão, deve ser amplamente debatido (OLIVEIRA, 2012, p. 54).

Schreiber (2014, p. 64) e Angeluci (2019, p. 50-51), no entanto, mencionam acórdão que emprestou a ortotanásia sentido totalmente diverso, senão vejamos:

“Apelação cível. Assistência à saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. 1 Se o paciente com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo conforme o laudo psicológico, morrer para ‘aliviar o sofrimento’ e, conforme o laudo psiquiátrico, se encontra no pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir o seu corpo e realizar cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que pelo motivo nobre de salvar a sua vida. [...]

“2. O caso se insere no domínio do chamado biodireito, na dimensão da chamada ortotanásia, que vem a ser a morte no 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 humana, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, a vida com dignidade ou razoável qualidade.

“[...] A Constituição institui o direito à vida e 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 mutilatoria. Ademais, 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 para quando salvar a vida a pessoa pode ser constrangida a tal. [...]

“[...] 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo que consta dos autos, fez o testamento vital, que figura na Resolução 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.”¹

Ao comentar o acórdão acima transcrito, Schreiber (2014, p. 64) argumenta que a Resolução 1955, de 31 de agosto de 2012, ao dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente preferiu não impor pressupostos ou requisitos formais à declaração para, assim, conferir maior autonomia ao seu conteúdo, o que se afiguraria útil ao reconhecimento do testamento biológico, bem como para afastar a tipicidade exigida no âmbito patrimonial, razão pela qual se admitiria, até mesmo, a intenção presumida para interromper tratamentos artificiais, que, à luz da personalidade, supostamente seriam indesejáveis aquele indivíduo.

A despeito disso, ao se analisar o caso concreto, o que tem é uma “morte por intervenção”, o que caracterizaria a eutanásia, pois ausente à irreversibilidade do quadro clínico de saúde, bem como a terminalidade, já que sequer iniciado o “processo de morrer”, a medida a ser empregada, embora drástica, não seria inútil à restauração da saúde e a preservação da vida, pois o pé esquerdo necrosado poderia receber uma prótese, sem que o indivíduo, viesse a sofrer qualquer prejuízo à dignidade da pessoa humana.

Antes de tratar do acórdão supramencionado, Angeluci (2019, p. 44-45) revela sua preocupação com a eutanásia, tema que envolveria o “adiantamento da morte” e, por isso, prescindiria de um debate mais profundo acerca da autonomia individual, bem como acerca da terminalidade da vida, o que contempla uma série de dificuldades, a obstinação terapêutica a pouca importância emprestada aos cuidados paliativos – não só pelos pacientes, mas também pelos profissionais de saúde –, aspecto agravado pela omissão legislativa.

Contudo, se eutanásia implica na antecipação da morte – enquanto a ortotanásia caracterizaria a morte natural e a distanásia o prolongamento artificial do ciclo vital –, poder-se-ia argumentar que, embora sob a rubrica da ortotanásia, o acórdão analisado teria autorizado à eutanásia, pois a partir de interpretação *contrario sensu* do art. 15 do Código Civil de 2002 (CC/2002), embora ausente o risco de vida, teria se qualificado a intervenção

¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelação Cível 70054988266. Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator Desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre, 20.11.2013 e DJ de 27.11.2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70054988266&conteudo_busca=documento_text. Acesso em 8 abr. 2020.

cirúrgica como constrangimento indevido ao invés de compreendê-la como exigência médica ou o privilégio médico autorizado pelo art. 13 do mesmo diploma legal, o que se ajustaria à saúde como bem jurídico indisponível, sem menosprezo à dignidade da pessoa humana e a razoável qualidade de vida, o que significaria abreviar o término do ciclo vital.

Ao tratar da eutanásia segundo as legislações belga e holandesa, Adams e Nys (2012, p. 310) principiam suas considerações pelas diferentes origens de cada uma delas, a primeira mais casuística, porque proveniente de debate legislativo – curto, porém, intenso –, mas à míngua de um maior debate, jurisprudencial; enquanto a segunda, mais sintética, resultaria da consolidação da jurisprudência oriunda de cerca de trinta anos de debate entre médicos, organizações de defesa de pacientes, Ministério Público, dentre outros órgãos e entidades.

A partir daí, os citados autores pretendem cuidar das semelhanças e dissemelhanças entre as leis belga e holandesa e, sob esse enfoque, expressam o entendimento de que a primeira oferece uma definição, segundo a qual a eutanásia consistiria na “[...] ação intencional de terminação da vida por alguém que não a pessoa em causa, a pedido deste último [...]”, enquanto a legislação dos Países Baixos não se preocupa em apresentar um conceito, mas apenas trazer a contexto que se trata de pedido para “terminação da vida” (ADAMS; NYS, 2012, p. 310).

Ao tratar das diferenças entre a eutanásia e o suicídio assistido, Adams e Nys (2012, p. 311) lembram que a legislação belga não contempla expressamente aquela última espécie, enquanto para a legislação holandesa haveria eutanásia quando morte deriva direta e imediatamente da conduta de um terceiro, em regra, um médico, porém, se o resultado for obtido de modo indireto ou mediato, através do fornecimento de meios ou equipamentos, aí se terá como presente o suicídio assistido.

A partir daí, discorrem os citados autores acerca dos diferentes critérios adotados pela legislação daqueles países acerca da posição do médico, pois nos termos da Lei de Eutanásia belga inexistiria crime quando a prática adotada se verificar de acordo com os procedimentos previamente autorizados, enquanto o Código Criminal holandês mantém a previsão do tipo penal “[...] terminar com a vida de alguém a seu pedido [...]”, porém, se o médico observar os parâmetros enunciados pela Lei de Eutanásia holandesa seria afastada a punição com base naquele primeiro estatuto (ADAMS; NYS, 2012, p. 311).

Para Adams e Nys (2012, p. 314-315) a eutanásia reclama a presença de requisitos formais e materiais que, no caso da Bélgica, compreende pedido “convicto”, “considerado” e “repetido, atestado por médico(a), bem como “redigido, datado e assinado” pelo próprio paciente ou, então, por pessoa adulta sem interesse material na sua morte, enquanto na

Holanda, embora *a priori* a exigência formal se veja reduzida apenas um pedido “voluntário e bem considerado”, na prática, implica em exigências mais rigorosas, pois depende da demonstração de inexistência de qualquer pressão externa, mas também da reiteração dentro de certo período.

Na sequência, os citados autores mencionam outras restrições presentes tanto na legislação belga, quanto na jurisprudência holandesa e, sob esse enfoque, lembram a exigência de situação médica sem esperança – o que parece contrastar com a interpretação encetada pelo acórdão supratranscrito –, que demonstre “uma grave e incurável condição causada por acidente ou doença”, o que reflete a intenção de afastar ocorrências desproporcionais ou desarrazoadas – as denominadas “[...] situações *Brongersma* [...]”, *tal como se verificou nos Países Baixos* (ADAMS; NYS, 2012, p. 318).

Enfim, Adams e Nys (2012, p. 318-319) relatam o julgamento do caso do “Sr. Brongersma”, cujo isolamento e dificuldade de locomoção agravados pela idade avançada nele produziram um estado de “cansaço da vida”, considerado apto pelo seu médico para legitimar o pedido de eutanásia – daí ter se verificado a prestação de assistência para o suicídio assistido, embora ausente doença “cl clinicamente classificável” –, o que levou a Suprema Corte a considerar ultrapassada a autorização conferida pela Lei de Eutanásia holandesa, o que, todavia, se vê contrastado pelos citados autores, sob o argumento, de que a maioria dos médicos sempre encontra no pedido de eutanásia um motivo passível de “[...] ser (parcialmente) reduzido a uma causa somática e clinicamente classificada.”

Ao tratar da eutanásia e do suicídio assistido, lembra Diniz (2014, p. 492) que o Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana, a despeito da existência de posicionamentos favoráveis, proíbe que os médicos tomem parte daqueles procedimentos mesmo diante da irreversibilidade do quadro clínico, haja vista o evidente conflito de interesses, pois o profissional de saúde antes voltado à beneficência e a não maleficência seria então transformado em carrasco e, assim, indaga: “Será que o paciente que reclama a morte estaria na plena posse de suas faculdades mentais? A vontade de suicidar-se não seria uma razão mais do que suficiente para duvidar de sua saúde mental?”.

Nesse passo, se afigura oportuno invocar as considerações de Rocha (2018, p. 71-72) quanto aos dilemas éticos presentes no contexto da terminalidade da vida, o que remete aos conceitos da eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia, mas também as relacionadas às diretivas antecipadas de vontade, aspectos que apontam para o desenvolvimento de um novo ramo do Direito, cujos princípios e regras não se restringem a

enunciar diretivas – conquanto importantes como os referenciais da Bioética –, mas sim limites intransponíveis, para que se evitem danos à espécie humana: o Biodireito.

A criação do Biodireito, portanto, se justificaria como instrumento para a construção de critérios jurídicos mais definidos nesse campo de conduta e, mesmo, para a correspondente responsabilização nos casos de abuso, o que, entretanto, não importa em prejuízo à contínua construção da ética da responsabilidade – a capacidade de juízo moral ínsita ao desenvolvimento da personalidade, tal como preconiza Garcia (2004, p. 255) –, porém, não de um sistema hermético, que dificulte ou, mesmo, impossibilite o desenvolvimento médico-científico.

Por fim, no contexto delicado da terminalidade da vida, se afiguram oportunas às reflexões trazidas por Gleiser (2014, p. 21-23) acerca dos limites do próprio conhecimento científico, pois tal como ressalta a metodologia utilizada para investigar a natureza se baseia em meios restritos ou, mesmo, insuficientes, o que não permite demonstrar ou afastar hipóteses sobre a realidade última, o que faz recuar o próprio conhecimento quando parâmetros antes tidos como aceitáveis se vejam superados, daí a cautela em perceber que o conhecimento, mesmo o filosófico, se apoia em curiosidade e miopia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate quanto aos limites dos limites ético-jurídicos da ciência frente a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia não podem prescindir dos subsídios pertinentes à assistência médica integral, como aquelas decorrentes da aplicação de cuidados paliativos aos pacientes terminais nos casos de doenças graves ou terminais – e, mesmo, de idade avançada –, embora cientes de que a terminalidade do ciclo biológico encerra um evento ou fato natural biológico irreversível.

Nesse contexto, se afigura importante a contribuição trazida pelos transplantes como meios ou instrumentos que possibilitam – ou, pelo menos, traduzem novas chances –, de retorno à saúde, o que, aliás, remete aos avanços tecnológicos relacionados ao suporte à da função cardiopulmonar, cuja evolução propiciou a mudança de paradigma, pois o critério da morte cardiorrespiratória viu-se substituído pela morte encefálica, inclusive para que afastada a autólise ou deterioração de órgãos e tecidos, para que possível a sua oportuna doação.

A distanásia pode se verificar por razões socioculturais diversas, desde a inclinação ao domínio até a prevalência da ética de resultado, o que parece relegar para um indesejável segundo plano a prática dos cuidados paliativos, o que compreende a assistência integral, não

apenas do ponto de vista clínico-fisiológico, mas também do ponto de vista da assistência religiosa ou espiritual, o que se presta a afastar o impulso científico ou tecnológico exacerbado, bem como a visão da morte como inimiga, o que, muitas vezes, acarreta a indesejável obstinação terapêutica ao invés de observar o término do ciclo biológico natural.

As diretivas antecipadas de vontade ou o testamento vital, expressão originada do direito norte-americano [*living will*], segundo a opinião majoritária dos autores pesquisados, se volta, exatamente, a evitar as situações de distanásia ou obstinação terapêutica, representadas por medidas extraordinárias e, mesmo, desproporcionais ao estado de saúde terminal e irreversível do paciente e que não justificam o prolongamento artificial característico da “sobrevida”, pois o “processo de morrer” já alcançou a inevitabilidade própria de seu estágio último.

Por outro lado, a *eutanásia* ou *suicídio assistido*, merecem ser devidamente refletidas ou sopesadas, aliás, tal como se observa nos poucos países do mundo que admitem tais práticas, embora cercadas de requisitos formais e materiais – na presente pesquisa se viram consideraras as experiências belga e holandesa –, para que se evite que interferências externas ou interesses materiais espúrios possam vir a sustentar tais pedidos.

Sob esse enfoque, parece importante mencionar situações como aquela analisada pela Suprema Corte holandesa na qual se considerou que o médico teria excedido os limites da legislação ao prestar assistência ao suicídio à pessoa do “Sr. Brongersma”, cujo isolamento social e dificuldade de locomoção, agravados pela idade avançada, produziram um estado de “cansaço da vida”, estranho a qualquer doença “clinicamente classificável”, embora passível de ser resolvido por outros meios.

Por fim, é preciso referir as dificuldades terminológicas também presentes no tema e que, muitas vezes, equiparam situações distintas, como a da *ortotanásia* à eutanásia, a primeira estranha a atalhos que pretendam acelerar o término do percurso vital, mas também sem os exageros ocasionados por prolongamentos artificiais ao “processo de morrer”, esses próprios da distanásia, daí a limitação aos tratamentos inúteis à reversão do quadro clínico de saúde, para buscar uma compreensão mais holística do fenômeno a partir dos cuidados paliativos, bem como da assistência integral – psicossocial, familiar e espiritual –, como meio de conciliar o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e a “morte natural”.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, Maurice; NYS, Herman. Legislando sobre eutanásia: as leis de eutanásia belga e holandesa do ponto de vista legal e ético. *In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo* (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 309-324.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas de vontade e a morte digna. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/464/307>. Acesso em: 8 abr. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo* (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21-62.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAMPOS, Marcela Oliveira *et. al.* Testamento vital: percepção de pacientes oncológicos e acompanhantes. *Revista Centro Universitário São Camilo*. 2012, ano 6, n. 3, p. 253-259. Disponível em: <https://saocamilo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/96/1.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2020.
- COHEN, Cláudio; MARCOLINO, José Álvaro Marques. Relação médico-paciente: autonomia & paternalismo. *In: SEGRE, Marco; COHEN, Cláudio* (orgs.). **Bioética**. 3. ed., São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 83-94.
- DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 7. n. 2. maio-ago. 2018, p. 1-16. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/363/303>. Acesso em: 8 abr. 2020.
- DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Revista de Bioética y Derecho*, n. 28, mayo 2013, p. 61-71. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7492/9399>. Acesso em: 8 abr. 2020.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARCIA, Maria. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.
- GLEISER, Marcelo. **A ilha do conhecimento**: os limites da ciência e a busca por sentido. Rio de Janeiro: Record, 2014.
- GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito de personalidade. *In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo* (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93-113.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed., 3ª tiragem, Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **A morte**: um amanhecer, tradução de Maria de Lourdes Lanzellotti. São Paulo: Pensamento, 1991.

- LIMA, Fernando Rister de Sousa; FINCO, Matteo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 36, n. 1: 1-15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/conteudo/artigos/5f43a5b9fd84c4b7e673fc88a431e6a1.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2020.
- LIMA, Meiriany Arruda. O testamento vital à luz do ordenamento jurídico brasileiro e o princípio *pro homine*. *Cadernos Ibero-Americana de Direito Sanitário*, Brasília, Volume 7, Número 1, jan./mar, 2018, p. 12-28. . Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/422/514>. Acesso em: 8 abr. 2020.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto, relatório, publicações e trabalhos científicos. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2018.
- NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.
- NUNES, Rui. Testamento Vital. *Nascer e Crescer [online]*: Revista de Pediatria do Centro Hospitalar do Porto, 2012, vol. 21, n. 4, p.250-255.
- OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. Dignidade da Pessoa Humana, Cuidados Paliativos e Ortotanásia: a Visão de um Juiz. *Revista Amagis Jurídica*, Belo Horizonte, ano IV, n. 7, jan./ jun. 2012, p. 33-56.
- ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed., 11ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- SOARES, Luísa Silva. A Eutanásia: O Direito à Morte Digna? **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 04, n. 03, p.213-226, jul./set. 2019. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3297/504>. Acesso em: 8 abr. 2020.
- SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Pillares, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.