

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

VULNERABILIDADE, RECONSTRUÇÃO DE VONTADE E MORTE NO TEMPO CERTO: ESTUDO DE CASO JULGADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

VULNERABILITY, RECONSTRUCTION OF WILL AND DEATH AT THE RIGHT TIME: CASE STUDY JUDGED BY THE COURT OF JUSTICE OF RIO GRANDE DO SUL

Manoel Antônio Silva Macêdo

Resumo

O presente artigo tem como finalidade analisar, sob a perspectiva do princípio da autonomia privada, o acórdão referente à Apelação Cível nº 70042509562 da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 01/06/2011, que tratou de demanda envolvendo a realização de ortotanásia de uma paciente, sem condições de manifestar sua vontade, por causa permanente. Por fim, será proposto o uso de métodos consensuais de resolução de conflitos para situações em que já não é mais possível reconstruir a vontade do paciente.

Palavras-chave: Ortotanásia, Reconstrução de vontade, Autonomia privada, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze, from the perspective of the principle of private autonomy, the judgment referring to Civil Appeal No. 70042509562 of the 21st Civil Chamber of the Rio Grande do Sul Court of Justice, judged on 06/01/2011, which dealt with demand involving orthothanasia of a patient, unable to express her will, for a permanent cause. Finally, the use of consensual methods of conflict resolution will be proposed for situations in which it is no longer possible to reconstruct the patient's will.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Orthathanasia, Reconstruction of will, Private autonomy, Mediation

1 Introdução

O termo eutanásia, criado no século XVII pelo filósofo inglês Francis Bacon, deriva do grego, podendo significar morte serena, benéfica ou piedosa, conforme ensinam Sá e Naves (SÁ; NAVES, 2018, p. 371). Pode, assim, ser conceituada a eutanásia como a conduta médica, comissiva ou omissiva, que evita o sofrimento crônico do paciente terminal, em vista da ineficácia de métodos terapêuticos disponíveis.

Historicamente, nota-se que, desde a antiguidade, em regiões como a Grécia e Roma, tal prática era admitida como forma de abreviar o sofrimento dos doentes e feridos em combate, passando a incorporar, somente após, no Direito moderno, um caráter criminoso (SÁ; NAVES, 2018, p. 371-384).

Hoje, entendida como gênero, a eutanásia divide-se nas seguintes espécies: distanásia, ortotanásia e mistanásia. A distanásia se dá quando o sofrimento do paciente é prolongado, a despeito de ser inútil o tratamento médico administrado. De outro lado, a mistanásia ocorre quando o paciente morre pela falta de tratamento médico ou em virtude de erro médico. No centro da temática em estudo, a ortotanásia ou eutanásia passiva ocorre quando é suspenso ou sequer iniciado o tratamento médico, de modo a não interromper o processo de morrer do paciente acometido de doença terminal, em estado de grave sofrimento, aliviando-se apenas a dor e os sintomas.

A eutanásia pode ser classificada, ainda, em ativa direta e indireta, com base em elementos como a intenção e o efeito da ação. Na forma ativa direta, a ação encurta a vida do paciente, sendo essa a intenção da conduta médica; enquanto, na forma ativa indireta, a ação médica aplicada para aliviar a dor ou sintomas sentidos pelo paciente acaba, tendo como efeito a antecipação do processo de morrer.

No âmbito do Direito Penal, esclarecem Sá e Naves que:

A eutanásia, nas suas diversas formas, vem sendo tratada pelo Direito Penal pátrio como homicídio, ainda que privilegiado. Do conteúdo da regra do artigo 121, § 1º, do Código Penal, depreende-se que o ato de tirar a vida de outrem que se encontre em grande sofrimento pode ser considerado motivo de relevante valor moral e, por isso, o agente que praticar o delito terá sua pena reduzida de um sexto a um terço. (SÁ; NAVES, 2018, p. 384)

Assim, no Brasil, a eutanásia, nas formas ativa direta e indireta, é punida pelo Código Penal como homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, § 1º, cuja pena tem por base seis a vinte anos de reclusão, com redução pelo juiz de um sexto a um terço. Para

configuração do homicídio privilegiado, não se exige do agente a qualidade de médico, importando saber se foi praticado por relevante valor social ou moral.

Distinta da eutanásia, há também a figura do suicídio assistido, que consiste na ação do paciente de tirar a própria vida, após ter sido orientado, auxiliado ou instigado por outra pessoa. Apenas o terceiro tem sua participação punida pelo Código Penal, no art. 122, com pena de reclusão de seis meses a dois anos.

O julgado em análise envolve um caso classificado na ementa como ortotanásia ou eutanásia passiva de paciente em estado de inconsciência sobre seu desejo de ter a "morte no seu tempo certo". A particularidade da decisão consiste no fato de a vontade da paciente ter sido, supostamente, transmitida por seu filho ao corpo médico responsável, que tomou daquele uma declaração autenticada de não submeter sua mãe a tratamento que prolongasse desnecessariamente sua vida.

A despeito de a paciente encontrar-se internada, desde 05/12/2010, por quadro de uremia e pré-edema agudo de pulmão, filho e neto divergiam sobre a manutenção dos tratamentos médicos. Por isso, a entidade mantenedora do Hospital ajuizou ação cautelar de suprimento de vontade em face de filho e neto da paciente, objetivando que fosse suprida a vontade da paciente, através de quem fosse declarado o responsável por autorizar os médicos a procederem com o tratamento indispensável.

No decorrer do processo, foi proferida pelo juízo de 1º grau sentença de indeferimento da petição inicial, por ilegitimidade ativa, seguida de apelação interposta pela parte autora, que sustentou sua legitimidade ativa, frente à divergência familiar no tocante a aderência ou não da paciente ao tratamento proposto. Apesar de ter sido o neto responsável pela internação da paciente, aquele teria manifestado vontade diversa e conflitante com a do filho, para quem, supostamente, teria sido transmitido o desejo da paciente de não se submeter à hemodiálise.

A sentença, que reconheceu a reconstrução da vontade da paciente externada pela declaração de seu filho, foi confirmada, à unanimidade, pela 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), negando provimento à apelação interposta pelo Hospital.

Em seu voto, o Relator ponderou que o processo refletia a disputa entre a ortotanásia e a distanásia, bem como considerou o disposto na Resolução CFM nº 1.805/2006, notadamente naquilo em que remete à preservação da dignidade da pessoa humana. Desse modo, entendendo pela resolução do impasse levado ao Hospital, o acórdão atribuiu, em primeiro lugar, a condição de responsável legal ao descendente mais próximo, no caso o filho,

cuja vontade da paciente, alegadamente transmitida, acabou por ser acolhida para não iniciar o tratamento de hemodiálise.

2 A perspectiva jurídica da ortotanásia no Brasil e sua relação com o princípio da autonomia privada

A vida humana é o mais importante bem jurídico de um indivíduo, mas não é algo que se possa dispor por mero arbítrio individual, o que não implica dizer que corresponda a um dever, sendo perfeitamente legítimo que a pessoa recuse tratamentos médicos que lhe tragam riscos conflitantes com sua construção histórico-social, como o de morrer em agonia. Por isso, o art. 15 do Código Civil admite a renúncia a tratamento médico.

No teor do acórdão foi lembrado o caso da americana Terri Schiavo, que ficou em estado vegetativo por 15 anos, em razão de uma séria lesão em seu córtex cerebral causada por uma parada cardíaca. Depois de muitos anos cuidando de Terri, seu marido Michael Schiavo iniciou uma luta nos tribunais contra os pais dela acerca da realização de eutanásia. Michael afirmou que Terri lhe transmitiu, na época em que ainda era consciente, o desejo de não ser mantida viva em estado vegetativo, caso algo lhe acontecesse. Inicialmente, o juiz do Condado de Pinellas atendeu ao pedido formulado por Michael, ordenando a retirada dos tubos de alimentação e hidratação que mantinham Terri viva, porém os pais dela se colocaram contra a vontade manifestada por Michael. Após 14 apelações e petições legais, o caso de Terri foi federalizado, devido à grande repercussão nacional e internacional, chegando à Suprema Corte, que manteve a primeira decisão judicial determinando a retirada dos tubos de Terri.

Nesse cenário, com a preocupação de aplicar ao desenvolvimento tecnológico um viés mais pautado pelo humanismo, a bioética surgiu como disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da biologia, fornecendo subsídios para formulação e aplicação do Direito às situações jurídicas existenciais (SÁ; NAVES, 2018, p. 8).

No âmbito dogmático, o biodireito busca oferecer respostas para os conflitos de questões biojurídicas, constituindo um microssistema jurídico dotado de princípios e fundamentos próprios. O biodireito se distingue da bioética por sua força cogente, apesar de ambos possuírem prescritividade. Para Carlos María Romeo-Casabona a delimitação do Biodireito com a Bioética dá-se nos seguintes termos:

Tanto a Bioética como Direito Biomédico e sua incidência têm em comum o ser humano, mas o fazem a partir de uma ótica diferente: a primeira, da reflexão ética, e o segundo, da jurídica. (ROMEO-CASABONA, 2005, p. 23)

No Brasil, não há norma jurídica positivada que estabeleça um tratamento sobre conflitos da mesma natureza que a tratada pelo acórdão em análise. Em que pese a anomia normativa, o Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução CFM nº 1.805, autoriza o médico a limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, desde que respeitada a sua vontade ou a de seu representante legal, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, garantindo ao doente os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento.

Dessa maneira, ao disciplinar o desempenho ético da Medicina, a Resolução CFM nº 1.805/2006 regulamenta uma prática corriqueira em hospitais, reportando-se ao art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Percebe-se assim a preocupação da Resolução CFM nº 1.805/2006 em reconhecer a autonomia privada do paciente, por meio de um consentimento livre e esclarecido. A autonomia privada consiste em poder jurídico conferido pelo Estado aos particulares para dispor dos seus interesses, definindo a forma, conteúdo e efeitos dos atos da vida civil. Para Carlos María Romeo-Casabona a autonomia privada deve ser respeitada, sobretudo quando não está assegurado o êxito de um tratamento:

“[...] é condição da legitimidade da ação de um terceiro na medida em que possa afetar um bem jurídico penalmente protegido, com relação ao qual se reconhece a faculdade de disposição por parte de seu titular (integridade corporal e saúde), ou a própria liberdade de movimentos e de deslocamento (liberdade ambulatoria) e até mesmo de formação ou manifestação da vontade daquele (detenções ilegais, ameaças, coações, tratamento médico-arbitrário). (ROMEO-CASABONA, 2005, p. 129)

Em virtude de hoje o paciente protagonizar decisões acerca de seu tratamento médico, a relação médico-paciente foi reconstruída sob o viés dialógico, consoante se verifica no parágrafo único do art. 41 da Resolução CFM nº 1.931/2009 (Código de Ética Médica). O referido dispositivo deontológico aderiu à vertente horizontal, estabelecendo, nos casos de doença incurável e terminal, o dever médico de oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

O CFM também prestigiou a autonomia privada do indivíduo, através da Resolução CFM nº 1.995/2012, que regulamenta as diretivas antecipadas, também conhecidas como *living wills*, consistentes no conjunto de desejos, prévia e expressamente, manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (art. 1º).

A autonomia privada, sob a forma de consentimento livre e esclarecido, figura como um dos direitos do paciente, e remonta, segundo Carlos María Romeo-Casabona, ao Código de Nuremberg de 1947. O referido conjunto de princípios éticos extraído dos processos de guerra de Nuremberg estabeleceu critérios para obtenção do consentimento voluntário na pesquisa com seres humanos. Tais princípios obtiveram força legal, passando a integrar a relação médico-paciente, apenas a partir da Declaração de Helsinque, realizada, em 1964, na Finlândia (ROMEO-CASABONA, 2005, p. 133).

Recentemente, em 2019, o CFM estabeleceu a Resolução CFM nº 2.232, com a finalidade de disciplinar a recusa terapêutica por pacientes, e a objeção de consciência na relação médico-paciente. Com base nela, foi imposto ao médico o dever de não aceitar, em situações de risco relevante à saúde, a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros, inclusive quando restar caracterizado abuso de direito, ou quando houver risco de contaminação a saúde de terceiros, no caso de doença transmissível.

Talvez se o TJRS tivesse julgado a Apelação Cível Nº 70042509562, na vigência da Resolução CFM nº 2.232/2019, o resultado poderia ter sido diferente, com a procedência da ação movida pelo Hospital em face dos descendentes da paciente, e assim não teria sido afirmada a possibilidade de reconstrução judicial da vontade de uma pessoa em estado de inconsciência.

O recurso às normas citadas decorre, é claro, da falta de regulamentação legal acerca de tema tão sensível a questões éticas e morais, que remontam à Hipócrates (460-377 a.C.), cujo juramento, apesar de não ter sido por ele escrito, como esclarecem Sá e Naves, enfatiza os deveres de sigilo médico e beneficência (SÁ; NAVES, 2018, p. 4).

Inobstante isso, o Código Civil reconhece, em seu artigo 15, o direito de o indivíduo não ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, abrangendo o direito do paciente terminal, sem perspectiva de cura, de optar pela não iniciação ou interrupção dos procedimentos médicos, provavelmente prolongadores de um sofrimento inútil.

O problema da lacuna é assim uma constante, e as poucas regras que temos sobre as questões relacionadas ao Biodireito vêm sendo, de modo geral, elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina, no campo deontológico, considerando que é impossível a imediata regulamentação legal de toda a variedade de comportamentos, que se modificam rapidamente com o progresso tecnológico humano. Por esse motivo, a principal vantagem da interpretação principiológica é acompanhar, mais rapidamente, a permanente evolução científica e tecnológica, facilitando a construção hermenêutica a partir do caso concreto.

Além disso, a aplicação de princípios, como o da autonomia privada, para o preenchimento de lacunas legais, confere respeito ao consentimento livre e esclarecido do paciente.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz afirma que:

Ante a dinamicidade do direito, as lacunas são uma realidade inquestionável, devido às próprias e naturais limitações da condição humana que impedem, como já dissemos, ao legislador a possibilidade de prever todas as situações presentes e futuras que podem cair sob a égide da norma. (DINIZ, 2000, p. 107)

Sob o prisma filosófico, comentando a perspectiva de Hegel e Mead quanto ao reconhecimento do indivíduo pelo Direito, Axel Honneth afirma que:

Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um “outro generalizado”, que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões. (HONNETH, 2009, p. 179)

Em sua tese de livre-docência, Axel Honneth objetiva a reconstrução sistemática das linhas argumentativas de Hegel, que contêm em si o potencial para uma motivação de conflitos morais. Para tanto, atribui à ideia hegeliana uma inflexão empírica, lançando mão da psicologia social de George Herbert Mead, a fim de delinear uma crítica da sociedade na qual os processos de mudanças devem ser explicados com referências às pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco, tornando possível o conhecimento acerca do significado histórico das experiências de desrespeito, a ponto de deixar clara a lógica moral dos conflitos sociais ou lutas por reconhecimento (HONNETH, 2009, p. 23-26).

Como na doutrina do reconhecimento do jovem Hegel, o conflito em si não é algo negativo, pois ele representa uma espécie de mecanismo de comunitarização social, que força os sujeitos a se reconhecerem mutuamente no respectivo outro, a ponto de tornar a consciência individual uma consciência universal, em meio a um processo social que leva a um aumento da comunitarização e a emancipação dos sujeitos individuais (HONNETH, 2009, p. 64). Mas, para tanto, conforme o pensamento hegeliano, só com o estabelecimento da "pessoa de direito", quando todos os membros da sociedade respeitam mutuamente suas pretensões legítimas, eles podem se relacionar socialmente de maneira isenta de conflitos, que é necessária para a solução cooperativa das tarefas sociais (HONNETH, 2009, p. 96)

Assim, Hegel teoriza que tanto o sujeito coagido pela lei como também quando quebra um contrato sofre por um sentimento de indignação às medidas coercitivas da sociedade, ou de não ser reconhecido na particularidade da "própria vontade" pelo emprego da coerção jurídica (HONNETH, 2009, p. 100-101). Ainda conforme Hegel, um respeito da vontade da pessoa individual deve se realizar só na relação de reconhecimento acompanhada dos sentimentos de participação social, o que não se dá no direito, por isso expôs a necessidade de integrar a vida social na esfera da eticidade (HONNETH, 2009, p. 106).

Consoante observa Honneth, Mead relaciona a dignidade pela concessão de direitos, correspondendo à experiência de reconhecimento em que o indivíduo pode estar seguro do valor social de sua identidade (HONNETH, 2009, p. 137). Contudo, com relação às questões que o processo de autorrealização individual levanta, Honneth critica a solução encontrada por Mead, que é a de um vínculo entre a autorrealização e a experiência do trabalho socialmente útil, pois esse modelo vai ao encontro da tendência histórica de individualização, apresentando as mesmas dificuldades que tinha por fim evitar, já que equipara as finalidades éticas de uma coletividade pós-tradicional com as exigências objetivas da divisão funcional do trabalho (HONNETH, 2009, p. 149-152).

Honneth descreve a experiência de privação de direitos como uma perda de autorrespeito na interação com todos os próximos, daí esse experiência de desrespeito estar inserida também como a privação de direitos, num processo de modificações históricas, que pode representar de maneira exata a base motivacional afetiva na qual está ancorada a luta por reconhecimento, responsável por promover desenvolvimentos e progressos na realidade da vida social do ser humano (HONNETH, 2009, p. 217-227).

Desse modo, Honneth propõe que o engajamento individual na luta política oferece a possibilidade de restituir ao indivíduo um pouco de seu autorrespeito perdido, ao demonstrar em público seu desrespeito experienciado como uma vexação, pois as lutas e os conflitos

históricos desempenham a função na evolução social de progresso moral na dimensão do reconhecimento, visto que a liberdade da autorrealização só pode ser adquirida pelo sujeito humano com a ajuda do seu parceiro de interação (HONNETH, 2009, p. 260-273).

Por fim, salienta Honneth que, apesar de não terem se dado conta, tanto Hegel quanto Mead incluíram em seus projetos de uma eticidade pós-tradicional como central a importância dos direitos de liberdade individual para os fins da autorrealização humana em que o sujeito é capaz de se conceber como uma pessoa autônoma, na medida em que um direito assim concebido é capaz de exercer um efeito de limitação tanto sobre a relação do amor quanto sobre as condições, ainda não esclarecidas, da solidariedade (HONNETH, 2009, p. 277).

A tese de Honneth (2009) nos permite inferir que a falta de reconhecimento pelo direito do paciente terminal como pessoa autônoma, ao perder sua consciência, a despeito de qualquer peculiaridade, implica, claramente, a situação de desrespeito, que impede a evolução social de progresso moral na dimensão do reconhecimento, notadamente quando é desconsiderada a vontade manifestada pelo doente quanto aos tratamentos que deseja ou não receber.

Por outro lado, havendo lacunas no ordenamento jurídico, não se permite ao juiz deixar de julgar, conforme dicção do art. 140 do Código de Processo Civil, incumbindo-lhe a obrigação de colmatá-la. Por isso, a importância dos princípios bioéticos da beneficência, autonomia, justiça e dignidade humana, resultantes do Relatório Belmont, para tratar dos conflitos que emergem de questões biojurídicas, conforme ensinam Sá e Naves (SÁ; NAVES, 2018, p. 36). Do mesmo modo, são importantes os princípios biojurídicos da precaução, autonomia privada, responsabilidade e dignidade humana (SÁ; NAVES, 2018, p. 40).

Previsto como princípio fundamental (Capítulo I, VI) no Código de Ética Médica, o princípio da beneficência é voltado para a ação de fazer o bem e subordinado ao consentimento do paciente (SÁ; NAVES, 2018, p. 36).

Já a autonomia tem por fundamento a vontade do paciente livre e esclarecida na tomada de decisões sobre a própria vida, enquanto o princípio da justiça diz respeito ao direito de igual acesso aos recursos médicos para efetivação do direito à saúde pelo Estado.

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana tem em vista o reconhecimento do homem como destinatário final dos avanços das ciências médicas.

Ao confirmar a sentença da 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, vê-se que o acórdão da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do

Sul sopesa o benefício esperado da conduta médica de suspender o tratamento médico que mantinha a paciente viva como menor que os inconvenientes previsíveis.

Contudo, o resultado da intervenção médica avaliado como benéfico ao paciente só existe se houver o reconhecimento de seus interesses como prioritários em relação ao tratamento médico, sem olvidar que o consentimento não autoriza o reconhecimento da vontade, pura e simples, de pôr fim à própria vida, em razão de não mais prevalecer a ideia de autonomia da vontade, de caráter predominantemente psicológico.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri conceitua “autonomia privada”, em geral, como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos” (PERLINGIERI, 2002, p. 17).

Quanto aos princípios do biodireito, o princípio da precaução tem por fim evitar danos resultantes de pesquisas e tratamentos cujos resultados não são conhecidos nem esperados, atuando de forma mais ampla que o princípio da prevenção. O princípio da autonomia privada consiste em assegurar respeito ao poder estatal conferido ao sujeito de determinar as vicissitudes jurídicas de seus comportamentos e escolhas existenciais, sobretudo no campo médico, por meio do consentimento livre e esclarecido. O princípio da responsabilidade prevê que qualquer conduta biomédica causadora de danos é passível de responsabilização, a fim de coibir abusos. Por fim, o princípio da dignidade humana decorre do dever de respeito ao ser humano, sempre tido como fim de qualquer tratamento ou pesquisa médica.

Mas e quanto aos pacientes incapazes de expressar a própria vontade, que não deixaram diretivas antecipadas? Como avaliar que sua autonomia privada será levada em consideração em relação ao tratamento médico que desejam ou não receber, ou que atenda aos seus interesses, evitando-se a ocorrência da obstinação terapêutica¹?

Infere-se, portanto, que a demanda tratada no acórdão em análise sinaliza a existência de uma luta por reconhecimento intersubjetivo da autonomia privada para morrer com dignidade, que, segundo Axel Honneth, contribui para o processo de formação para a reprodução do elemento espiritual da sociedade civil, influenciando sobre a configuração interna dela, mediante uma pressão normativa para o desenvolvimento do direito (HONNETH, 2009, p. 95).

¹Conduta médica voltada à intervenção incapaz de proporcionar qualquer benefício ao paciente, muito frequente na realização da distanásia.

3 A problemática da reconstrução da vontade do relativamente incapaz e a mediação em ambiente hospitalar como alternativa interdisciplinar

Atualmente, é tolerada pela ética médica a eutanásia passiva (ortotanásia), considerando a regulamentação deontológica contida nas Resoluções CFM nº 1.805/2006 e nº 1.931/2009 (Código de Ética Médica). A Resolução CFM nº 1.805 permite ao médico a suspensão de procedimentos ineficazes que prolonguem a vida do doente terminal, após o devido consentimento informado (art. 1º); enquanto a Resolução CFM nº 1.931 estabelece o dever médico de oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (art. 40, parágrafo único).

No tópico anterior também foi mencionada a Resolução CFM nº 2.232/2019, que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes, e sobre a objeção de consciência na relação médico-paciente. A pertinência temática do referido dispositivo deontológico com o assunto ora discutido fica clara com a leitura do seu artigo 1º:

Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

Verifica-se, pois, um alinhamento das normas deontológicas com o disposto pelo art. 15 do Código Civil, que estabelece o direito de recusa terapêutica, para os casos em que há risco para a vida do paciente, senão vejamos:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

O dilema se coloca, como na hipótese fática tratada pelo julgado, quando o(a) paciente, em estado de inconsciência, não é capaz de exprimir sua vontade, por causa permanente ou transitória, encontrando-se enquadrado(a) pelo Código Civil como relativamente incapaz, nos termos do art. 4º, inciso III, com nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13. 146/2015).

Pereira *et al.* chamam atenção para o tratamento legal dado aos relativamente incapazes que não têm efetivamente a possibilidade de exprimir qualquer vontade (PEREIRA *et al.*, 2018, p. 102-107). Asseveram os mencionados autores que:

Além disso, apenas os sujeitos que não possam exprimir qualquer vontade devem ser enquadrados como relativamente incapazes (art. 4º, III, do Código Civil). Tal situação se justifica para pessoas em coma e para aqueles deficientes mentais ou intelectuais que não apresentam possibilidade de comunicação com seus interlocutores, como um indivíduo que possui severa paralisia cerebral ou alguém que padeça de mal de Alzheimer em estágio avançado. A incapacidade relativa é tradicionalmente acompanhada do instituto da assistência, pelo qual o incapaz participa de alguns atos da vida civil em conjunto com seu assistente. Todavia, uma vez que a pessoa com deficiência mental ou intelectual não pode exprimir sua vontade, a assistência se mostra inadequada, tendo em consideração que os atos não poderão ser praticados em conjunto. Estaria justificada a representação para relativamente incapazes, tendo em vista que esse sempre foi o modelo destinado aos absolutamente incapazes? (PEREIRA *et al*, 2018, p. 113)

De fato, hoje temos um sistema de incapacidades que não está atento a todos os diferentes graus de discernimento, terminando por desproteger pessoas com deficiências e vulnerabilidades distintas, hoje consideradas portadoras de capacidade civil.

Não foi possível acessar a íntegra da sentença de 1º grau, em razão do segredo de justiça. No entanto, depreende-se do trecho transcrito no acórdão pelo Relator que a reconstrução da vontade da paciente se deu apenas através da declaração prestada pelo seu filho ao corpo médico do Hospital, em virtude de ter sido observada uma ordem preferencial, com base no procedimento previsto para a curatela referente aos interditos, em que os descendentes mais próximos precedem aos mais remotos, conforme § 2º, do art. 1.775 do Código Civil.

No entanto, consoante alertam Sá e Naves, o estabelecimento por lei de uma ordem de preferência na tomada de decisão, em prol do paciente impossibilitado de se manifestar, impede a construção hermenêutica do caso concreto (SÁ; NAVES, 2018, p. 386).

Não fosse isso bastante, o acórdão suscita a seguinte questão: é admissível construir a vontade de alguém impossibilitado de se manifestar, através do depoimento de apenas um familiar, ausentes outros elementos de convicção que corroborem o suposto desejo externado pelo paciente?

Ainda de acordo com a fundamentação acolhida pelo juízo *ad quem*, pesou sobretudo o teor do documento de fls. 238, no qual os médicos responsáveis atestaram que o tratamento possuía risco de levar a paciente a óbito, considerando, além disso, que consistia a hemodiálise em ação terapêutica inútil. Desse modo, reconheceu-se, tacitamente, o direito legítimo à morte digna em detrimento da manutenção de uma vida vegetativa.

Mas como lidar com esse e muitos outros casos parecidos, nos quais há conflitos entre os envolvidos, se a produção de decisões judiciais pode levar anos? E como garantir

autonomia privada, através de uma metodologia segura, em prol de quem não é capaz de exprimir sua vontade?

Do ponto de vista de Soalheiro e Saraiva.:

Essa percepção negativa do conflito acontece em razão de uma cultura adversarial para solução das controvérsias que, em muitos casos, leva os envolvidos a resolverem a questão judicialmente, o que, por vezes, é incapaz de pacificar e resolver de fato a situação, vez que a complexidade inerente às relações pode envolver questões subjacentes que, muitas vezes, não são trazidas à tona e não são tratadas no curso do processo. (SÁ *et al.*, 2018, p. 274)

Mais do que assegurar a vontade externada pelo representante legal de paciente em estado de inconsciência, o escopo da Resolução CFM nº 1.805/2006 é respeitar a condição de vulnerabilidade do sujeito e garantir uma morte digna sem sofrimento, no interesse superior deste, sobretudo se houver a possibilidade de reconhecimento de sua autonomia de vontade para morrer dignamente, uma vez atendidas as condicionantes da normativa médica.

A par desses problemas, como alternativa jurídica Soalheiro e Saraiva sugerem o uso da ferramenta da mediação, a fim de promover relacionamentos cooperativos entre os interesses subjacentes ao conflito, em situações de enfermidade quando a comunicação entre médico, paciente e familiares sofre com a carga emotiva envolvida (Sá *et al.*, 2018, p. 274-278).

Assim, conforme explicam Soalheiro e Saraiva, a mediação propiciaria uma boa comunicação entre os envolvidos, conduzindo a um ambiente favorável à tomada de decisão, que ocorreria de maneira consolidada após um processo de colocação esclarecida de questões, escuta ativa, reflexão e *brainstorming* (pelo qual as partes são chamadas a pensar em soluções possíveis para a situação), sem olvidar as peculiaridades do quadro do(a) paciente e sua vontade como ser autônomo e único (Sá *et al.*, 2018, p. 278).

Ainda que inovadora a possibilidade de aplicação da técnica de mediação de conflitos em ambiente hospitalar, entende-se que a solução, marcadamente interdisciplinar, que dela resulta, é mais benéfica para todos os envolvidos, sobretudo para o doente, sujeito de direito na relação médico-paciente, sendo assim preferencial em relação à judicialização do conflito marcado pelo desgaste de um processo. Além disso, por meio da mediação confere-se uma atenção, prevalentemente, voltada aos interesses do paciente, mitigando-se a postura paternalista tanto do médico quanto dos familiares, de modo a se priorizar a melhor decisão consensual para o indivíduo acometido de doença terminal, e, transitória ou permanentemente, incapaz de exprimir sua vontade.

Outrossim, existe a possibilidade de que, com a aplicação da mediação, seja humanizada a relação médico-paciente, assim como fortalecidos os laços de solidariedade familiar entre o enfermo e seus entes mais próximos.

4 A mediação no âmbito do Poder Judiciário

O Código de Processo Civil (CPC) estabelece, como norma fundamental, no artigo 3º, § 3º, que conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No mesmo sentido, o art. 175 do CPC ressalva que não ficam excluídas outras formas de conciliação e mediação, em especial extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Percebendo esse giro repersonalizante, que tem a autonomia privada como eixo para desenvolvimento da dignidade humana, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, com a finalidade conferir tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Nesse passo, a referida normativa estabelece a incumbência de se oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, chamados meios consensuais, antes da resolução por sentença, já que a apropriada disciplina da mediação e conciliação em programas já implementados no País vem reduzindo a excessiva judicialização dos conflitos de interesses (GAYA, 2016).

Desse modo, a hipótese que consiste na possibilidade de aplicação da mediação, com vistas à humanização da relação médico-paciente, encontra forte respaldo na própria legislação que trata dos conflitos de interesses judicializados.

Considerações finais

A solução jurídica encontrada no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul denota ser informada pela preocupação de assegurar a autonomia privada da paciente em estado de inconsciência, embora não atente, suficientemente, para a implementação de uma metodologia segura acerca do que se entende por reconstrução da vontade do indivíduo relativamente incapaz, porque, ao tomar emprestada a racionalidade jurídica da ordem de preferência prevista no § 2º do art. 1.775 do Código Civil, deixa dúvidas quanto ao efetivo

reconhecimento da autonomia privada de pessoa em situação de extrema vulnerabilidade, além de ser uma resposta demasiada simplista para uma questão complexa.

Ademais, o acórdão estudado ignora as narrativas de outros familiares, por entender que a reconstrução judicial da vontade por intermédio de uma única fonte, ausentes outros elementos de convicção, é suficiente para assegurar a autonomia privada do paciente, mesmo em situação de desacordo entre familiares e responsáveis legais, mormente quando não se tem certeza sobre a eficácia de tratamento médico disponível, o que gera mais incertezas do que respostas, além de contribuir para a estagnação das relações humanas.

Nesse âmbito, a despeito da ausência de regulamentação legal sobre formas de se assegurar o exercício da autonomia privada de paciente relativamente incapaz, verifica-se a tendência atual de reconhecimento do espaço de liberdade na relação médico-paciente, em especial no campo deontológico, em função do princípio bioético da autonomia, que, por meio de um consentimento livre e esclarecido, permite ao paciente a tomada de decisões sobre a própria vida.

Na impossibilidade de manifestação da vontade pelo próprio paciente, por encontrar-se, temporária ou permanentemente, sem o domínio de suas faculdades mentais, a reconstrução da vontade surge como possibilidade de respeito à construção histórico-social do indivíduo, porém esbarra em obstáculos como a falta de elementos suficientes para se conferir legitimidade ao resultado da declaração produzida.

Desse modo, entendemos que, quando se torna inviável a reconstrução da vontade do paciente inconsciente, a proposta de mediar os conflitos de interesses entre este, médicos e familiares pode conduzir a um resultado que prioriza os interesses do enfermo, com atenção para os princípios bioéticos, fortalecendo os laços de solidariedade familiar. Assim, a possibilidade de aplicação da mediação, com vistas à humanização da relação médico-paciente, reafirma a tendência de oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, ao mesmo tempo em que se reduz a excessiva judicialização dos conflitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). Resolução CFM nº 1.805/06. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931/2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). Resolução CFM nº 2.232/2019. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GAYA, Edir. Cejuscs evitam 270 mil processos judiciais. Belém, 8 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/119686-Cejuscs-evitam-270-mil-processos-judiciais.xhtml>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. 2ª ed. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. – São Paulo: Editora 34, 2009.
NAMBA, Edison Tetsuzo. Manual de bioética e biodireito. 2. ed. ampl., atual. e rev. São Paulo, SP: Atlas, 2015.

PEREIRA, Fabio Queiroz *et al.* A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência. 2a ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROMEO-CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70020868162. Processo nº 70042509562. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 1 jun. 2011. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justiça%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70042509562&codEmenta=7706337&temIntTeor=tru>. Acesso em: 15 jul. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. 4. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2018.

SOALHEIRO, Luiz Helena Messias; SARAIVA, Mariana de Souza. A utilização da mediação para a tomada de decisões adequadas em tratamentos médico-hospitalares. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de *et al.* Direito e medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018.

TERRI SCHIAVO. *In*: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2017]. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Terri_Schiavo>. Acesso em: 17 mar. 2020.