

A POSSIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE DIANTE DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA ORTOTANÁSIA

LA POSSIBILIDAD DE DECLARACIÓN DE ÚLTIMA VOLUNTAD ANTE EL CONFLICTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TRATADOS EN LA ORTOTANÁSIA

Fernanda Menegotto Sironi¹

Neri Tisott²

RESUMO

O testamento vital é uma declaração que expressa o desejo do paciente em estado terminal, para que seja respeitada sua vontade mesmo quando ele estiver impossibilitado de manifestá-la. O Brasil, atualmente, possui uma resolução do Conselho Nacional de Medicina que disciplina a questão, sem qualquer outra lei que aborde o assunto. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, embora a resolução seja a única regulamentação existente, deve-se atentar para o fato de que a ortotanásia já é permitida, e com base no princípio da dignidade humana e da autonomia privada seria possível a manifestação de vontade antecipada do paciente. Dessa forma, defende-se que o testamento vital já é válido no atual ordenamento jurídico, necessitando, contudo, da criação de uma legislação própria que defina as formalidades e garanta a sua eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento vital; Dignidade; Vida; Liberdade; Direitos fundamentais.

RESUMEN

El testamento vital es una expresión de la intención del deseo de los pacientes con enfermedad terminal para que sea respetada su voluntad, incluso cuando no es capaz de expresarlo. Brasil, que actualmente cuenta con una resolución del Consejo Nacional de Medicina, que regula la materia, incluso sin ninguna otra ley que aborde la cuestión. Sin embargo, el sistema legal brasileño, a pesar de que la resolución es la única regulación existente debe ser consciente de que ortotanasia es permitido en Brasil y en base al principio de la dignidad humana y la autonomía, podría ser la manifestación de voluntad de avanzar. Por lo tanto, se argumenta que el testamento vital ya es válido en el ordenamiento jurídico actual, que requiere, sin embargo, la creación de una ley que define por sí mismo los trámites y garantizar su eficacia.

¹Advogada, especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Maringá-PR (CESUMAR), especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá-PR (UEM), mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Maringá-PR (CESUMAR) e professora na Faculdade Integrada de Campo Mourão-PR.

²Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e Especialista em Função Social do Direito: constituição, processo e novos direitos; pela UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina, Mestrando em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá-PR (CESUMAR), Professor – Advogado.

PALABRAS CLAVE: Testamento vital; Dignidad; Vida; Libertad; Derechos Fundamentales.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A EUTANÁSIA. 1.1 EUTANÁSIA ATIVA E PASSIVA. 1.2 A RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 1.3 O TESTAMENTO VITAL. 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA TEMÁTICA. 2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2.2 DIREITO À VIDA. 2.3 DIREITO À LIBERDADE E À AUTODETERMINAÇÃO. 3 A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS E O TESTAMENTO VITAL. 3.1 O PATERNALISMO JURÍDICO. 3.2 O CONFLITO DE DIREITOS. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A vida e a morte sempre foram objeto de preocupação de filósofos, moralistas e cientistas, por isso existem entendimentos diversificados a esse respeito. A dificuldade em definir a morte se fundamenta em seu mistério e, principalmente, no que ocorre após a morte. Contudo, a morte, para o direito, significa a cessação da personalidade civil, que pode gerar diversas consequências jurídicas.

A eutanásia é entendida como o ato que alivia o sofrimento do paciente, com uma morte tranquila. Sua admissibilidade acende discussões polêmicas, justamente por envolver grande conjunto de valores e interesses da sociedade.

Embora a eutanásia seja proibida no Brasil atualmente, com a resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina a eutanásia passiva, também conhecida como ortotanásia, passou a ser permitida, já que não configura nenhum ilícito penal.

A ortotanásia envolve os bens jurídicos: dignidade da pessoa humana, direito à vida, autonomia de vontade, liberdade, entre outros. O direito à vida é protegido pela Constituição Federal, de modo que o indivíduo não pode, em regra, dispor desse direito. Contudo, tratando-se de conflito de direitos fundamentais nenhum deve se sobrepor ao outro. Para a solução do conflito deve ser utilizado o critério da ponderação, buscando a maior efetividade de todos os direitos envolvidos na questão.

A eutanásia passiva pondera os direitos fundamentais, uma vez que preserva a vida, já que não acontece de forma dolorosa e indigna, respeitando também a autonomia de vontade do paciente e a dignidade da pessoa humana.

O testamento vital é a forma de garantir que a vontade do paciente seja respeitada, mesmo quando ele estiver em estado terminal e impossibilitado de manifestar-se.

A ideia de estudar e pesquisar o tema surgiu pela sua relevância não só para o sistema jurídico, mas para a sociedade como um todo. Diante da temática, buscou-se compreender se existe em nosso ordenamento jurídico, mesmo perante tantos direitos fundamentais para efetivar, a possibilidade de garantir a vontade do paciente através do testamento vital nos casos de ortotanásia.

Para responder à indagação utilizou-se pesquisa bibliográfica exploratória descritiva, baseada em um modelo dedutivo com fundamentos sócio-jurídicos. Para tanto, foram utilizados livros, artigos de doutrinadores e estudiosos, bem como leis e resoluções nacionais.

1 A EUTANÁSIA

Mesmo sendo a eutanásia um ato que alivia o sofrimento, muitos bens jurídicos entram em conflito na sua regulamentação: o direito à vida, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação.

Entretanto, a eutanásia se subdivide em ativa e passiva, sendo necessário compreender esses conceitos para saber qual pode ser levada a cabo no Brasil e qual continua proibida por lei.

1.1 EUTANÁSIA ATIVA E PASSIVA

A eutanásia, de forma geral, é proibida no Brasil. Existem diferenças entre a eutanásia ativa, passiva e ainda a recusa do paciente em receber tratamento, indispensável para a manutenção de sua vida, levando indiretamente à sua morte.

A eutanásia (do grego *eu*, bem ou bom, e *thanatos*, morte) costuma ser definida como boa morte, isto é, a morte que ocorre de forma suave e sem dor. Pode ser perpetrada tanto ativamente (*eutanásia ativa*), como através da mera omissão (*eutanásia passiva*) (CASABONA, 1994, p. 422).

Dessa forma, pode-se distinguir a simples recusa de um paciente, terminal ou gravemente enfermo, a submeter-se a uma terapia vital, da eutanásia passiva ou ativa.

A eutanásia ativa implica em agir provocando a morte do paciente. Trata-se da morte provocada por sentimento de piedade, pois a pessoa em situação de grande sofrimento opta por renunciar à própria vida, e então busca aliviar esse sofrimento. A eutanásia ativa direta

corresponde à diminuição da vida do enfermo por meio de atos positivos, que o auxiliam a morrer (CABETTE, 2011, p. 23).

No ordenamento jurídico vigente, a eutanásia ativa não é autorizada legalmente e a sua prática é tipificada como homicídio, nos termos do artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

Já no que diz respeito à eutanásia passiva, também conhecida como ortotanásia, trata-se de uma morte por processo natural, com intervenção do médico responsável. Nessa situação, o médico se depara com um paciente em estado terminal ou com doença incurável, com perspectiva de curto prazo de vida. Como a morte é certa, cabe ao médico decidir por não prolongar o tratamento da doença com medicamentos, pois isso somente perpetuaria sua enfermidade, causando-lhe mais dor.

Imperioso esclarecer que a ortotanásia é também uma espécie de eutanásia, a chamada eutanásia passiva, destinada precisamente àqueles casos em que o enfermo já não conta com expectativas concretas e objetivas de recuperação e o melhor a fazer, com vistas a evitar o encarniçamento terapêutico (*distanásia*) é interromper ou simplesmente não iniciar um tratamento inútil, que consistiria mais em uma prolongação da morte do que propriamente da vida do paciente (CARVALHO, 2012).

Então, na ortotanásia aquele paciente que não possui expectativa de sobrevivência deve ser submetido a um tratamento ameno, ao invés de ser amparado por métodos médicos mais gravosos, pois esses gerariam mais sofrimento, prolongando a situação de um enfermo que certamente falecerá.

No Brasil a ortotanásia é permitida, contudo, preceitua Ricardo Barbosa Alves:

a ortotanásia pode ser admitida, desde que compreendida num sentido muitíssimo restrito, isto é, desde que não se cogite de antecipar o desfecho letal – tal qual ocorreria com a pura e simples desconexão de aparelhos que mantém a pessoa viva – mas simplesmente de profligar o encarniçamento terapêutico, adotando métodos de amparo ao moribundo menos agressivos que uma cirurgia inútil, ou um tratamento quimioterápico rigorosamente inócuo (ALVES, 2001).

Gisele Mendes de Carvalho (2012) explica que a eutanásia passiva, embora seja eutanásia, é permitida.

A eutanásia passiva ou por omissão consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos cuja manutenção poderia prolongar a vida do enfermo de forma desproporcionada, e cuja ausência acarreta sua morte. É sempre *voluntária* e *direta*, pois não se confunde com as omissões de

tratamentos médicos vitais, que se caracterizam pela expressa recusa do paciente a submeter-se aos cuidados médicos imprescindíveis para sua saúde e que podem levar, *indiretamente*, à morte do enfermo (CARVALHO, 2012).

Em que pese não existir nenhuma lei ordinária que discipline a matéria da eutanásia, cumpre lembrar que a eutanásia ativa é criminalizada pela lei penal no tipo penal de homicídio, já a eutanásia passiva está autorizada pela resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

1.2 A RESOLUÇÃO Nº 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O Conselho Federal de Medicina ao aprovar a Resolução 1.805/2006 passou a permitir a interrupção dos tratamentos médicos de pacientes que não possuem chances de serem curados. De acordo com o texto da resolução, permite-se ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente em estado incurável, respeitando a vontade da pessoa ou de seu representante legal, devendo o médico sempre prestar os devidos esclarecimentos, desde que respeitando o Código de Ética Médica acerca das vedações na atuação dos profissionais em relação aos pacientes e familiares.

A Resolução nº 1.805/2006 engloba tanto a eutanásia passiva como a recusa do paciente por tratamento vital. Essas duas condutas não encontram tipificação penal, ou seja, não podem ser enquadradas como delito.

Nesse sentido, como bem assevera Gisele Mendes de Carvalho (2012) o “conteúdo da Resolução nº 1.805/2006 do CFM em momento algum entra em conflito com o disposto no Código Penal e, portanto, não configura nem pode configurar nenhum tipo delitivo”.

A autora complementa dizendo que do ponto de vista jurídico penal não subsiste o dever de assistência do médico que, como todo dever de agir, encontra-se condicionado à presença de perspectivas reais e objetivas de atuação (CARVALHO, 2012). Assim, “não há cogitar de sua manutenção (*do dever*), e a omissão ou interrupção da terapia não pode acarretar a criminalização do médico” (FRANCO, 1993, p. 4).

Cumpre observar que existe vedação expressa impedindo que o médico abrevie a vida do paciente, mesmo que seja por vontade dele ou de seu representante, exceto no caso de

doença incurável ou terminal, quando a vontade do paciente ou de seu representante será levada em consideração³.

Assim, a Resolução 1.805/2006, que já foi julgada constitucional pelo STF e o Conselho Federal de Medicina, não buscou permitir a eutanásia ativa. O objetivo foi convalidar a eutanásia passiva, que permite aos profissionais a não prorrogação de uma situação irreversível.

Insta ressaltar ainda que a prática não deve ser obedecida estritamente pelo médico, justamente pelo dever da informação ser conferida ao paciente, e mais a necessidade da anuência dele e de seus familiares. Portanto, trata-se de uma escolha, uma faculdade, pressupondo um consenso entre todos os envolvidos. Destarte, não haveria, em tese, qualquer violação de vontade ou liberdade, mas sim o respeito à esses direitos, inclusive a uma vida digna ao paciente.

1.3 O TESTAMENTO VITAL

A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina permite tanto a ortotanásia como a recusa ao tratamento vital que leve o paciente à morte. O texto estabelece tanto a possibilidade do próprio paciente recusar-se à submissão a um determinado tratamento médico, quanto dos seus representantes legais quando o enfermo já não está em condições de manifestar a negativa por si próprio.

Acontece que quando o paciente está consciente e pode manifestar sua vontade, sendo assistido por seu médico que irá lhe informar as implicações de sua escolha, não há grandes perturbações.

O problema reside no fato de estar o paciente impossibilitado de expressar sua vontade. Antes da resolução 1.995 de 2012, o suprimento da vontade deveria se dar por uma decisão do poder judiciário, a pedido dos representantes legais.

A partir do momento que a ortotanásia passou a ser permitida, com a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, passou-se a pensar sobre a possibilidade de antecipar o consentimento do paciente, por meio de uma declaração de vontade: um testamento vital.

³Art. 41. É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico 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 testamento vital pode ser conceituado como

uma declaração de vontades antecipadas, feita por pessoa maior e capaz, em pleno uso de suas capacidades cognitivas e ciente das consequências de suas decisões, que deseja estabelecer as condições de tratamento que pretende receber ou recusar. O documento é elaborado para caso a pessoa seja acometida de alguma doença que a impossibilite de manifestar sua vontade (COSTA; THEBALDI, 2010).

No direito comparado pode ser observada a aplicação da possibilidade do testamento vital nos ordenamentos jurídicos: norte-americano, suíço, holandês e espanhol.

Os Estados Unidos apontam para um testamento que deve ser feito de forma anterior, que obrigatoriamente deve ser juntado ao prontuário médico e seguido fielmente. Com sentenças pioneiras, os EUA afirmaram que o interesse do indivíduo deve vir primeiro que o do Estado (ROHE, 2002).

Na Suíça, pode-se observar empresas especializadas em guardar as declarações de última vontade dos pacientes (COSTA; THEBALDI, 2010). Em 1º de janeiro de 2013, entrou em vigor a lei de proteção ao adulto, que também regulamenta uniformemente a forma de lidar com testamentos vitais em todo o país. Na Suíça, como na Holanda, o suicídio assistido constitui prática institucionalizada, pela injeção de uma única dosagem letal (SILVA, 2012). Na Holanda, as disposições de última vontade são realizadas através de um documento que deve ser aplicado mesmo quando o paciente estiver inconsciente.

O Brasil não possui um regulamento ostensivo, no que diz respeito à possibilidade de testamento vital, como ocorre em outros países. Contudo, desde 31 de agosto de 2012, a Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina estabelece critérios para que qualquer indivíduo, maior de idade e plenamente consciente, tenha possibilidade de definir junto ao seu médico os limites terapêuticos a serem adotados em uma fase terminal, por meio do registro expresso do paciente num documento denominado “diretiva antecipada de vontade”, também conhecido como testamento vital.

Entretanto, embora não existam impedimentos em nosso ordenamento jurídico que proíbam diretivas de última vontade, cabe lembrar que a resolução não apresenta critérios, forma ou mesmo quaisquer outras regras que informem como deve ser feito o testamento vital, afirmando inclusive que o testamento poderia ser feito de forma oral e reduzido a termo no prontuário, pelo médico.

Cumpra esclarecer que a resolução não está em desacordo com a Constituição Federal e nem contraria o Código Penal, contudo, existe uma necessidade de ponderação e máxima efetivação dos direitos fundamentais em conflito nos casos de ortotanásia.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA TEMÁTICA

A permissão do testamento vital, pela Resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina, coloca em choque alguns direitos fundamentais e de personalidade.

A tutela dos direitos da personalidade realmente ganhou vulto na metade do século XX, tendo seu marco fixado no pós-guerra, a partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos Estados Democráticos.

Os direitos de personalidade cuidam de bens primordiais à pessoa e são atributos que pertencem ao indivíduo para ele ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições de ambiente, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2004, p. 29).

A Constituição Federal de 1988, acolheu de forma mais ampla os direitos da personalidade, através do primado da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Atendendo aos ditames constitucionais, o Código Civil Brasileiro também abarcou os valores essenciais à pessoa, tutelando os direitos da personalidade.

Atente-se que as normas presentes nos artigos 11 ao 21 não prescrevem determinada conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Elas servem como ponto de referência interpretativo, oferecem critérios axiológicos e limites para a aplicação das demais disposições normativas (TEPEDINO, 2003, p. 29).

No Brasil, o parâmetro de respeito entre o Estado e seus cidadãos é fornecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que está expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo ele o princípio dos princípios, devido à sua fundamentalidade determinada pela lei maior.

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade é um valor inerente a todo e qualquer ser humano e, portanto, deve ter seus valores respeitados por todos, seja pelo Estado ou pelos cidadãos.

O Estado tem um dever de abstenção de praticar ofensas aos direitos de liberdade dos indivíduos, respeitando a dignidade da pessoa humana, buscando sua máxima efetividade.

Além do Estado, todos os cidadãos devem respeito aos direitos fundamentais alheios, pois mesmo as relações particulares devem ser baseadas na dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

A dignidade pode ser entendida ainda como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável de todo estatuto jurídico (MORAES, 2003, p. 51).

De acordo com o que se denota, a eficácia do Estado Democrático de Direito se funda neste princípio: a dignidade da pessoa humana. Viver com dignidade é não estar sujeito aos atos arbitrários do Estado, de modo que a pessoa deixa de ser tratada como objeto, pois está investida de direitos e garantias fundamentais.

Como valor fundante, a dignidade da pessoa humana deve se espalhar e ser um modo de garantir os demais direitos fundamentais como a vida, a liberdade e a autodeterminação.

2.1 DIREITO À VIDA

O termo vida pode apresentar prismas diferenciados. Em um aspecto mais restrito, é possível afirmar que o indivíduo é vivo em razão de um conjunto de fatores fisiológicos; já em um sentido mais amplo, viver é estar apto a usufruir o que o mundo lhe oferece.

A vida corresponde a um direito de personalidade que se manifesta desde a concepção, do nascimento com vida, permanecendo intrínseco à pessoa até o momento de sua morte. Esse direito se estende a todo e qualquer ente concebido pela espécie humana, não importando o modo como nasceu, seu estado físico, psíquico ou a sua condição do ser (BITTAR, 2004, p. 70-71).

O direito à vida está previsto de forma genérica no artigo 5º da Constituição Federal e abrange o direito de continuar vivo, o direito privado da vida, o direito de se ter uma vida digna e o direito de não ser morto (LENZA, 2009, p. 678).

Cabe, contudo, esclarecer que o Estado não garante a vida em si, mas sim o seu exercício. A vida é algo natural, que está fora do alcance do controle estatal. Tanto que a conduta do suicídio não é considerada um delito, porém o Estado protege o indivíduo de terceiros que possam instigar, auxiliar ou induzir outrem ao cometimento do suicídio.

O Estado deve garantir justamente que o indivíduo possa viver no sentido amplo, de maneira que possa usufruir da vida com dignidade. O poder público deve, em tese, fornecer condições que propiciem uma vida em ambiente saudável, que propicie à sociedade uma vida harmoniosa.

Dentro desse contexto, torna-se relevante a compreensão da morte digna, observando-a em toda a sua complexidade cognitiva, ou seja, a partir da dimensão jurídica, social e ética.

O conceito de vida e de morte sofreu alterações ao longo do tempo partindo do critério de batimentos cardíacos, passando pela cessação da respiração e, posteriormente, pela constatação de que o pulso desapareceu. Há pouco tempo, passou-se a adotar a morte cerebral como critério (ROHE, 2004).

Atualmente, com a promulgação da Constituição de 1988 e devido respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a vida deve ser entendida como vida digna e não apenas como vida.

Sabe-se que o indivíduo possui o direito à vida digna. Contudo, determinar o que é digno passa necessariamente pela autonomia de vontade.

2.3 DIREITO À LIBERDADE E A AUTODETERMINAÇÃO

A autonomia da vontade está ligada à liberdade e é o que permite ao sujeito escolher o que mais lhe convém.

A autonomia da vontade é o corolário da mínima intervenção estatal na esfera individual, partindo do pressuposto de que todos são autônomos e têm condições de se autorregular (PENALVA, 2009).

Explica Rizzatto Nunes que a

 pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Essas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana (NUNES, 2011).

A autonomia de vontade passa necessariamente pela liberdade de escolha. O direito à liberdade na Constituição Federal se apresenta com diversas perspectivas: direito à liberdade de manifestação de pensamento, direito à liberdade de consciência, crença e culto; direito à liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação; direito à liberdade de profissão, de informação e de locomoção.

No que tange à liberdade ou à autodeterminação de dispor sobre a própria vida tem-se um conflito, principalmente, com a liberdade de escolha, de manifestação de pensamento e de consciência, crença e culto. Isso porque é o indivíduo que, em tese, opta entre a vida e a morte, e o faz de acordo com seus valores morais, culturais e religiosos.

A autodeterminação ou a autonomia da vontade decorre do direito à liberdade. Sobre os conceitos de vontade e liberdade, o filósofo Immanuel Kant afirma que “a vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independente de causas estranhas que a determinem” (KANT, 1974, p. 243).

O homem, por ser racional, age por sua vontade, e a liberdade seria decorrente disso. Por fim, insta transcrever a seguinte frase proposta por Kant:

 Todo ser que não pode agir senão sob a ideia da liberdade, é por si mesmo, em sentido prático, verdadeiramente livre, quer dizer para ele valem todas as leis que estão inseparavelmente ligadas a liberdade exatamente como se a sua vontade fosse definida como livre em si mesma. [...] a todo ser racional que têm uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a ideia de liberdade sob a qual ele unicamente pode agir. (KANT, 1974, p. 244).

Portanto, na eutanásia deve-se levar em consideração: os bens jurídicos, vida, liberdade de manifestação, pensamento e crenças, e autodeterminação, que é a própria vontade decorrente da liberdade individual do homem como ser racional.

3 A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS E O TESTAMENTO VITAL

Muitos são os bens jurídicos envolvidos na temática da eutanásia e da ortotanásia. Os bens jurídicos são escolhidos pela sociedade, dentro de uma gama de direitos para serem tutelados pelo Estado. O Direito Penal é a *ultima ratio*.

Assim, pelo princípio da mínima intervenção, o direito penal não pode se ocupar de todos os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, devendo tutelar apenas os bens de maior relevância.

O direito penal proíbe a eutanásia, uma vez que a sua prática configura o crime de homicídio, pois se trata de uma ação que visa à retirada do bem jurídico penalmente tutelado, a vida. Porém, no que diz respeito à ortotanásia não há o que se falar em retirada da vida, pois a morte já é certa restando apenas a possibilidade de amenizar o sofrimento até que a morte aconteça.

Diante dessa constatação, cumpre saber se o direito deve intervir ou não na ortotanásia a fim de prolongar a vida do paciente incurável, mesmo contra a sua vontade.

3.1 O PATERNALISMO JURÍDICO

Sabe-se que atualmente com os recursos médicos existentes é possível prolongar ao máximo o funcionamento de um organismo já debilitado, mesmo contrariando a vontade do paciente e a sua dignidade.

Sobre o tema Dworkin disserta:

Os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas – as vezes por semanas e em outros casos por anos – pessoas que já estão a beira da morte ou terrivelmente incapacitadas [...], ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais, exploradas por dezenas de médicos que não são capazes de reconhecer e para os quais já deixaram de ser pacientes e se tornaram verdadeiros campos de batalha (DWORKIN, 2003, p.252).

Muitos se opõem às escolhas dos pacientes por uma razão paternalista, acreditando que mesmo quando as pessoas decidem de forma clara e consciente, e preferem abster-se de determinados tratamentos, as demais pessoas da sociedade tendem a acreditar que esse que

optou pelo não tratamento desconhece seus próprios interesses, necessitando da interferência do Estado.

A escolha do Estado de exercer determinadas restrições à liberdade de seus cidadãos para protegê-los deles mesmos é uma forma de expressar o paternalismo.

Conforme a teoria clássica de Gerald Dworkin (CARVALHO, 2010, p. 179/180), um comportamento paternalista, em sentido amplo, é a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida.

Assim, o Estado promove restrições aos seus, para assegurar o seu próprio bem ou para proteger determinado bem jurídico, que nesse caso é a vida do paciente.

O conceito de paternalismo está diretamente relacionado à ideia de que a interferência na liberdade de ação de uma pessoa é justificada por razões de bem estar, felicidade, necessidade, interesse ou valores da pessoa coagida, conforme já citado.

Segundo Gisele Mendes de Carvalho (2010, p. 180), "de modo geral, portanto, é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém, com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada, de acordo com o seu próprio ponto de vista. Do ponto de vista da filosofia moral, o termo, 'paternalismo' é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. Contudo, essa limitação da liberdade individual não acontece de forma injustificada, mas se fundamenta precisamente na promoção do bem do sujeito cuja autonomia é restringida".

Como características do paternalismo, extraídas do próprio conceito, podemos apontar: "(1) a intervenção na liberdade de seleção de alguém; (2) quem interfere quer o bem da pessoa que sofreu a interferência; (3) aquele que interfere age contra a vontade do suposto beneficiado" (MARTINELLI, 2011, p. 02).

Assim, duas são as partes da relação paternalista. A primeira é aquela que age paternalisticamente e a segunda é aquela que tem sua liberdade restringida pela ação paternalista. O que age de forma paternalística assim o faz porque deseja exclusivamente o bem daquele que tem sua liberdade limitada, o que se busca é garantir a obtenção de um benefício ou evitar um prejuízo (ARCHARD, 1990, p. 37).

No que diz respeito à eutanásia, o direito penal tutela o bem jurídico da vida, protegendo-o, inclusive no Código Penal. Contudo, no que concerne à ortotanásia, o direito à vida não chega a ser violado, pelo contrário, a vida digna é preservada, não existindo qualquer

necessidade do Estado agir de forma paternalista, uma vez que a própria ortotanásia quer preservar a vida digna do paciente.

3.2 A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE DIREITOS

Em decorrência do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, está o direito à vida, liberdade, igualdade, entre outros. Esse fundamento do direito pátrio, a dignidade da pessoa humana, pode se relacionar com todos esses direitos, justamente por seu caráter universal, atendendo às pessoas e suas peculiaridades enquanto seres humanos (MORAES, 2003. p. 164).

Os direitos fundamentais e de personalidade são direitos que por suas características são oponíveis *erga omnes*, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, de caráter universal, entre outros (MORAES, 2003. p. 163-164).

No entanto, é importante ressaltar que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. Caso contrário, esses direitos poderiam ser utilizados para sustentar a prática de atividades ilícitas ou para justificar a diminuição de responsabilidade civil ou penal.

Como direitos não absolutos, passíveis de mitigação em caso de conflitos, os direitos fundamentais devem ser ponderados para a solução do conflito. Tanto que, sobre o direito à vida, a própria Constituição Federal dispõe a hipótese da pena de morte no caso de guerra declarada, conforme artigo 5º, XLVII, alínea “a” da Constituição Federal.

Ademais, insta lembrar que a inviolabilidade do direito à vida poderá ser afastada nos casos de colisão com o mesmo bem titularizado por terceiros, como nos casos de legítima defesa ou estado de necessidade, ou nas hipóteses da permissividade do aborto, assegurando os direitos fundamentais de uma gestante (NOVELINO, 2010. p. 388).

No que tange à ortotanásia percebe-se o conflito entre a vida e a autonomia de vontade do paciente.

Sabe-se, que a forma de solução dos conflitos entre direitos fundamentais é a ponderação, que deve ocorrer no que diz respeito ao direito à vida e à autonomia de vontade, tendo a dignidade humana, que permeia os dois direitos fundamentais, como parâmetro de interpretação, já que esta não pode ser afastada.

Segundo ensina Daniel Sarmiento

a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove (SARMENTO, 2006, p. 74).

Nesse raciocínio, importa destacar que os direitos em conflito na ortotanásia são direitos fundamentais, possuindo algumas características conforme apontado por Pedro Lenza.

Conforme sustentado, os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. Em razão disso, esses direitos possuem a característica da limitabilidade, pois leva-se em consideração a hipótese de haver conflito de interesses, cabendo ao interpreto ou ao magistrado no caso concreto conjugar esses direitos envolvidos para decidir qual deverá prevalecer. [...] Sobre o caractere da concorrência, significa que dois ou mais direitos e garantias podem ser exercidos ao mesmo tempo (LENZA, 2009, p. 672).

Conforme aduzido, o doutrinador sustenta que os direitos e garantias não são absolutos, podendo sofrer limitações quando ponderados.

No que diz respeito ao caráter de irrenunciabilidade dos direitos e garantias fundamentais, pressupõe-se que esses direitos não poderiam ser objeto de renúncia; na ortotanásia não há renúncia ao direito à vida, e sim o direito de viver com dignidade e escolher se submeter a tratamentos ou não.

Assevera Gisele Mendes de Carvalho que no caso da ortotanásia

A manutenção de terapias que não oferecem quaisquer expectativas reais de recuperação para o paciente (mormente nos casos de pacientes em estado vegetativo crônico, cuja sobrevivência poderia ser artificialmente protraída durante meses ou até anos) implicaria grave atentado à dignidade da pessoa humana, em tudo contrário à proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes (CARVALHO, 2012).

No que tange ao direito à vida é importante que, além da proteção estatal, o indivíduo deve possuir capacidade de aproveitá-la. O conceito de vida é totalmente subjetivo, de modo que transcende o aspecto biológico, envolvendo a liberdade, autonomia e a vida digna.

Para muitos ter uma vida plena significa uma rotina pacífica e digna, sem quaisquer sofrimentos, físicos ou psicológicos. O conceito de vida está intimamente ligado à felicidade e ética, que são igualmente subjetivos e peculiares para cada indivíduo.

Para isso, o direito fundamental à vida deve ser entendido como direito, e a oportunidade de usufruir um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.

O Estado garante os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento e dirimindo as desigualdades.

Portanto, em que pese na ortotanásia existir o conflito entre a vida e a autonomia de vontade, pela ponderação os bens jurídicos podem ganhar máxima efetividade.

A vida continua respeitada, uma vez que a ortotanásia consiste apenas em abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos, cuja manutenção poderia prolongar a vida do enfermo de forma desproporcionada e não na sua morte. E a autonomia da vontade é respeitada quando da escolha do tratamento ou mesmo de não utilizar medicamentos que não podem curar e só prolongarão o sofrimento. A dignidade também é respeitada, pois todos possuem direito à vida digna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eutanásia suscita discussões, justamente por envolver conjunto variado de valores e interesses da sociedade. Acontece que existem duas modalidades de eutanásia, uma permitida e outra proibida no Brasil.

A eutanásia ativa não pode ser praticada em nosso país, pois impõe uma ação positiva, no sentido de subtrair a vida de um paciente. O Código Penal tipifica a conduta da eutanásia em seu art. 121, que dispõe sobre o homicídio.

Contudo, a eutanásia passiva, mais conhecida como ortotanásia é permitida no Brasil, pois não importa em lesão ao direito à vida. A ortotanásia permite ao paciente, que não possui expectativa de sobrevivência, a possibilidade de ser submetido a um tratamento ameno, ao invés de ser amparado por métodos médicos mais gravosos, pois estes gerariam mais sofrimento, prolongando a situação de um enfermo que certamente falecerá.

A Resolução nº 1.805/2006, que regulamenta a ortotanásia, é um marco importante para a efetivação da dignidade da pessoa humana, pelo direito à morte digna. No sentido de

que é assegurada a dignidade, como princípio geral do Estado Democrático de Direito, e que ninguém será submetido a tratamentos desumanos e degradantes.

A eutanásia passiva, mesmo permitida, coloca em conflito direitos fundamentais como: a dignidade da pessoa humana, a vida, a liberdade e a autodeterminação. Todos esses direitos conflitantes são direitos fundamentais e direitos de personalidade.

Os direitos fundamentais são protegidos pela Constituição Federal, devendo ser efetivados pelo Estado e respeitados por todos os cidadãos nas relações privadas.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado Democrático de Direito, o que implica no fato de que esse primado não pode ser desatendido. Contudo é sabido que existe a possibilidade de dispor ou mitigar mesmo dos direitos fundamentais, quando estes entrem em conflito.

Os direitos em conflito, na questão da ortotanásia, são a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito à liberdade e a autodeterminação. Para resolver esse conflito deve ser utilizada a ponderação, mantendo-se a máxima efetivação de todos os princípios envolvidos na temática, como verifica-se no tema.

Na ortotanásia, o direito à vida continua sendo respeitado, pois ocorre apenas a abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos, cuja manutenção poderia prolongar a vida do enfermo de forma desproporcionada e não a sua morte.

A autonomia da vontade também é respeitada quando da escolha do tratamento, ou mesmo de não utilizar medicamentos que não podem curar e só prolongarão o sofrimento.

A dignidade também é respeitada, pois não basta a garantia da vida, o que se almeja é a uma vida digna, na qual o paciente possa manter o pouco de dignidade que lhe resta até sua morte.

Assim, percebe-se que pela ponderação dos direitos fundamentais envolvidos possibilita-se sua máxima efetivação, respeitando e atendendo a todos os direitos envolvidos na temática, permitindo, em nosso ordenamento jurídico, a prática da ortotanásia.

A opção pela ortotanásia não gera tantos problemas práticos quando o paciente está consciente e toma a decisão. Acontece que quando o paciente já não pode mais escolher, pois não conta com sua capacidade plena, a decisão cabe aos familiares.

O testamento vital seria a solução para evitar que a família tenha que recorrer ao judiciário para fazer valer a vontade de um indivíduo que já havia demonstrado que, caso viesse a se encontrar em uma situação sem reversão, gostaria de não ser submetido a tratamentos extraordinários de manutenção da vida na fase final de doenças como: demência, insuficiência cardíaca, doença pulmonar obstrutiva crônica ou câncer, entre outras.

A resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina apresenta algumas diretrizes sobre o testamento vital, sob a ótica médica, no intuito de resguardar o médico que entende por bem não prolongar mais a vida de um paciente incurável que já havia expressado essa vontade.

Atualmente, com a legislação existente, podemos admitir, sim, o testamento vital, mesmo com tantos direitos conflitantes envolvidos. Contudo, ainda existe a demanda por uma legislação que estabeleça quem pode testar, qual será a forma do testamento, entre outros.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia Bioética e Vidas Sucessivas*. 1º ed. São Paulo Brazilian Books, 2001.

ARCHARD, David. Paternalism defined. in *Analysis*, vol. 50, nº 01, Janeiro de 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL, Terra | Saúde. Disponível em: <http://saude.terra.com.br/pacientes-poderao-decidir-por-morte-digna-em-caso-de-situacao-terminal,cb02a11969979310VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>. Acesso em 31 de ago. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.865/06 CFM*. Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO, Gisele Mendes. Delitos relativos à prostituição no Código Penal Brasileiro: Proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?, *Ciências Penais*, Vol. 12, jan-jun. 2010, p. 179/180.

_____. Ortotanásia é eutanásia, mas não é crime (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código Penal) IBCCRIM. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9699, acessado em 20 de maio de 2012.

CASABONA, Carlos M. Romeo. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madri: CERA, 1994.

COSTA, Caroline Amorim; THEBALDI, Isabela Maria Marques. O testamento vital e a possível validade no direito Brasileiro. *Revista Eletrônica Jurídica da FUPACTO*. Teófilo Otoni, v.1, n. 1, p. 109-119, ago/dez. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

FRANCO, Alberto Silva. A eutanásia no novo Código Penal. *Boletim IBCCRIM*, nº 5, jun. 1993.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo. Abril Cultural, 1974.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. *Revista das Liberdades*. IBCCRIM. Disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=15, acessado em 20 de maio de 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 2ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 13ª Ed. Ed. Atlas. São Paulo, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49/50. Disponível em http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=5647, acessado em 20 de maio de 2011.

PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

ROHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Aula ministrada em 20/10/2012. Curso de Mestrado no Centro Universitário de Maringá, PR.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica Notadez*. Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.