

REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

SILVÂNIA AVELINA BAIA

ORTOTANÁSIA E O DIREITO A UMA MORTE DIGNA

CARATINGA

2017

SILVÂNIA AVELINA BAIA

ORTOTANÁSIA E O DIREITO A UMA MORTE DIGNA

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência para aprovação na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora Prof.(a) Alessandra Dias Baião Gomes.

DOCTUM

2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, ao meu pai Raimundo, a minha mãe Jandira, e aos meus irmãos e irmãs. Em especial a minha filha Lívia pela força, incentivo, e o carinho incondicional nas horas das incertezas.

AGRADECIMENTO

À Deus, quem me honrou com a vida, moldou meu caráter, sobretudo, garneou em mim tristezas e alegrias, pousando sobre meus ombros vitórias e derrotas, para que pudesse persuadir o mar de incertezas e florear sobre o oceano de glórias. Minha infinita gratidão, altíssimo lisonjeiro pela chance de ser um instrumento da vossa vontade, sobre tudo pelas palavras de minha vida, as que foram ditas na boca do profeta, os que esperam no Senhor renovarão as suas forças; subirão com asas como águias; correrão, e não se cansarão; andarão, e não se fatigarão” (Isaias 40:31).

À minha família: a vocês que fundamentalmente consolidaram as bases sólidas de valores morais, religiosos, moldando pelo caráter incorruptível, com carinho e amor, sobretudo, preparar me para as armadilhas da vida. No entanto, entre tantas dúvidas que nos assaltam, resta-nos a certeza de que, com fé em Deus e muito amor, estaremos fazendo melhor daquilo que nos ensinaram esteio forte de minha morada, posso de infinito e misericordioso descanso, .

À minha filha: não há palavras para expressar minha gratidão, pois se esta é uma vitória, certamente parte dela é sua, “porque parte de mim sou eu, parte de mim é você”.

Aos professores, inesgotável fonte de saber, incansável dedicação, não há o que se pode dizer para expressar a minha gratidão.

À professora Alessandra Baião, pela paciência e dedicação.

A Secretária do curso de Direito Rosilaine do Nascimento pela atenção e carinho sempre que precisamos meu muito obrigada.

A Erika Rodrigues de oliveira pela força que vem acompanhado minha caminhada, nesses anos.

Aos meus amigos, verdadeiros tesouros que conquistei ao longo desta jornada. Nada seria belo o bastante, se não houvesse vocês para compartilhar, nadar seria tão lindo, se não houvesse alguém para completar, nada é tão perfeito se não dispomos de amigos para compartilhar.

Quando alguém encontra seu caminho precisa ter coragem suficiente para dar passos errados. As decepções, as derrotas e o desânimo são ferramentas que Deus utiliza para mostrar a estrada.

Paulo Coelho

RESUMO

Trata-se de um estudo sobre ortotanásia e o direito á uma morte digna. Seu objetivo foi demonstrar, a partir de uma análise constitucional, a necessidade de se repensar a possibilidade da prática da ortotanásia, na perspectiva do direito de morrer com dignidade, entendendo-se que a dignidade humana deve ser entendida como algo que se tem em vida e no caminho do morrer, bem como quando isto se consuma. Assim, realizou-se um levantamento sobre a morte digna na visão de grandes filósofos e estudiosos, e seus paramentos do significado da morte para cada um deles. Realizou-se ainda, uma distinção sobre a terminologia médica sobre o morrer, e os termos usados em vários processos sobre a morte e entre eles a morte digna, eutanásia, ortotanásia, Distanásia e mistanasia. Para tanto, tratou-se da autonomia sobre o ponto de vista das demências em pessoas portadoras da doença de Alzheimer, e sua autonomia no fim da vida. Este estudo verificou a necessidade da efetivação do direito a autonomia no fim da vida.

Palavras Chave: Autonomia da vontade - Morte Digna - Ortotanásia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
1. MORTE DIGNA	15
1.1 Filosofia da Morte Digna.....	15
1.2 Terminologia Médica Sobre Morrer	20
1.2.1 <i>Eutanásia</i>	21
1.2.2 <i>Ortotanásia</i>	22
1.2.3 <i>Distanásia</i>	23
1.2.4 <i>Mistanásia</i>	24
2. SOBRE A MORTE E O DIREITO CONSTITUCIONAL	26
2.1 A Constituição de 1988: Direito à Vida e a Morte	26
2.2 Princípios Constitucionais	29
2.3 Direitos Fundamentais da Personalidade	31
3. ORTOTANÁSIA E O DIREITO A UMA MORTE DIGNA	38
3.1 O Problema da Autonomia da Vontade	38
3.2 Estudo Analógico de Decisão.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

A morte é talvez uma das únicas certezas que podemos ter na vida. O sentimento de imortalidade que envolve os seres humanos faz com que muitos relutem em aceitar que há, inexoravelmente, um estágio final e intransponível à vida. A escolha do presente tema dá-se em razão do desafio que se apresenta, pela importância de lidar com a autonomia e a dignidade do bem mais supremo, a vida, quando é chegada ao seu final.

Tendo como metodologia a confecção de pesquisa teórica - dogmática, a partir de doutrinas pertinentes ao tema relacionado de forma complementar, as normas constitucionais que acerca o tema. Como formas de conhecimento a pesquisa baseia na transdisciplinar, considerando o intercruzamento de informações em diferentes ramos do direito , de forma mais enfática o direito constitucional. O problema a cerca do tema é que: Diante dos avanços da medicina moderna e as diversas possibilidades de prolongamento da vida, seria juridicamente possível considerar a autonomia da vontade dos sujeitos de direito diante do processo de morrer?

Se constituição Federal prioriza a dignidade humana e sua autonomia de forma fundamental, durante toda a vida em todas as pessoas, uma vez que o nascer, viver e morrer são processos que não podem ser separados, assegurando ao cidadão esses direitos no decorrer da vida por que não elevá-los para o momento morte, evitando tratamentos desumanos que lhe causam mais sofrimentos e indignidade no momento final da vida uma vez que o direito a vida trada-se de um direito não de um dever.

Como Marco teórico da presente monografia tem se as ideias defendidas por Maria de Fátima Freire e Diogo Luna de Sá¹: “A indisponibilidade da vida precisa ceder à autonomia daquela pessoa que se encontra na fase terminal da sua existência, em meio a agonia, sofrimento e limitações”.

O objetivo desse estudo é fazer uma análise acerca da ortotanásia e a morte digna à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia, tendo como

¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2008. p. 110.

sua aplicabilidade fundamentada na constituição federal de 1988, envolvendo, o cerne filosófico da morte.

O tema em debate é de grande importância para a sociedade, pois aborda um tema antigo, mas ao mesmo tempo atual, por ainda não ter uma legislação específica para regulamentar, além de ampliar o conhecimento e visão da aplicabilidade da ortotanásia em pacientes terminais, conseqüentemente tal pesquisa é de grande relevância para meu crescimento pessoal.

Nessa perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa humana, e sua autonomia, disposto na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, assegurando ao paciente em fim da vida estabelecer parâmetros de como quer ter seu final que tipo de tratamento quer receber.

Observa-se que a ortotanásia é considerada a verdadeira boa morte, morte digna, pois esta irá ocorrer no momento correto, sem encurtar ou prolongar o processo de morte, respeitando o curso de vida normal da pessoa, e a atenção será voltada para o conforto do paciente, visto que a ortotanásia só se aplica aos casos de doenças incuráveis e em pacientes terminais.

Sendo corretamente distinguidos os conceitos de ortotanásia, eutanásia e distanásia. A cuidadosa análise do instituto da ortotanásia não deixa dúvida de que o tratamento de doentes terminais com meios ordinários, proposto por equipes médicas, na resolução 1.805/2006 é lícito e tem amparo legal, para tentar dar a questão da terminabilidade da vida maior plenitude.

Dessa forma, a medicina paliativa apresenta-se como a melhor alternativa nas hipóteses de morte inevitável, de forma a humanizar o tratamento médico, promovendo a dignidade do paciente.

Por derradeiro, a conclusão encerra o presente estudo, consistindo na síntese do que foi desenvolvido durante a elaboração do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A cerca do tema proposto "Ortotanásia e o direito a uma morte digna" faz-se necessário apresentar alguns conceitos importantes para melhor compreensão da temática proposta. São eles: Autonomia da vontade, morte digna - ortotanásia.

Quanto autonomia da vontade seu termo deriva do grego *autos* (próprio) é *nomos* (regra, governo)² inicialmente usada com sentido político de autogestão das cidades-estados independentes gregas.

Com a evolução da sociedade a autonomia ganhou novas dimensões foi intitulada no código civil e se tornou um dos fundamentos basilares do ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, surge inicialmente nas perspectivas das relações contratuais baseado na livre vontade do agente de contratar, acabou tal princípio abrangendo outras dimensões no ordenamento jurídico, tendo em vista que o indivíduo é um ser dotado de moral e personalidade reconhecido pelo sistema constitucional, que este é capaz de fazer suas próprias escolhas e assumir suas incumbências, segundo Maria de Fátima Freire Sá³ "considera-se autonomia, ou direito à autonomia, a capacidade ou aptidão que têm as pessoas de conduzirem suas vidas como melhor convier ao entendimento de cada uma delas."

Considerando a autonomia da vontade um princípio primordial da dignidade da pessoa humana baseada na essência da liberdade de escolha do indivíduo em suas tomadas de decisões, tornando assim tal princípio a grande valoração humana. Para Immanuel Kant (2003)⁴ a autonomia é, portanto, o solo indispensável da dignidade na natureza humana ou de qualquer natureza racional, o que faz crer que, é nato da condição humana a garantia de que sua autonomia será, a qualquer modo, respeitada".

Na sociedade atual, a autonomia é interpretada em um contexto individual, diante do estudo a ser desenvolvido faz jus o seu entendimento, que segundo Leticia Moller.⁵

² SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2008, 87

³ Idem, p. 145.

⁴ KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.84

⁵ MOLLER, Leticia Ludwig. Direito a morte com dignidade e autonomia. Curitiba: ed. Juruá, 2007. 152

O princípio constitucional da liberdade traz implícita a noção de respeito á autonomia dos seres humanos, a aptidão para a autodeterminação naquilo que diz respeito exclusivamente ao próprio individuo (dentro da esfera da liberdade mais íntima) que não lesse a esfera da liberdade dos demais.

Com a concretização da autodeterminação, intitulada sob a autonomia da vontade, que traz a bordo a dignidade para o fim da vida, nas palavras de, Dadalto:

O ser humano, sujeito de situações existências, exercita a sua liberdade para praticar um ato de declaração prévia da vontade, no qual manifesta diretrizes antecipadas de vontade, sobre os tratamentos a que deseja ser submetido caso seja portador de uma doença terminal e não possua nesse instante a consciência para exercitar um ato de autonomia⁶.

Já que vivemos no estado democrático de direito onde os direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade elencados na Constituição Federal 1988 são considerados de grande teor valorativo durante a vida por que não elevar esse direito para o momento morte que segundo, Ronald Dworkin:

[...] A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no morrer com dignidade – mostra como é importante que a vida termine apropriadamente que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido⁷

Faz se necessário a definição de morte e seus conceitos, em Leis e doutrinas vigentes, para melhor compreensão do que seria uma morte digna, a palavra: Morte (do latim *mors*), óbito (do latim *obitu*), falecimento (*falecer+mento*), passamento (*passar+mento*) ou ainda desencarne (*deixar a carne*),⁸

Com o avanço da tecnologia e os novos critérios de definição momento morte na medicina RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97 conceitua a morte clínica como, "Morte Clínica - paralisação das funções cardíaca e respiratória, parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial"⁹.

⁶ DADALTO, Luciana, Testamento Vital. 3º ed. São Paulo, Atlas.

⁷ MOLLER, Leticia Ludwig. Direito a morte com dignidade e autonomia. Curitiba: ed. Juruá, 2007. 93

⁸ <https://dicionariodoaurelio.com/morte>. Acesso em 03/11/2017.

⁹ PEDROSA NETO, Antônio. RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Brasília, 08 de agosto de 1997. Disponível em: https://www.hc.unicamp.br/servicos/cco/formularios/02_form.pdf Cons. Acessado em 19/09/2017.

Nas palavras de António Pazin: “A definição mais aceita, em termos médicos, é o término das funções vitais. Amplamente difundida essa definição não é exclusiva da medicina e é utilizada igualmente por leigos”.¹⁰

A doutrina coloca a morte como a desintegração da personalidade adquirida desde seu nascimento, e os aspectos morfofisiológicos. Como ensina Carvalho:

Morte é a desintegração *irreversível* da personalidade em seus aspectos fundamentais morfofisiológicos, fazendo cessar a unidade biopsicológica como um todo funcional e orgânico, definidor daquela personalidade que assim se extinguiu¹¹

A evolução da medicina trouxe ganhos para a espécie humana, com relação ao prolongamento da vida, mas uma perda imensurável na dignidade humana com tais avanços o processo morte acaba sendo prolongado por tempo indeterminado, e na maioria das vezes com muito sofrimento e dores, diante de tal contexto e muito se questiona o que é uma morte digna o direito a vida assegurado pela constituição de 1988 não impõe a cidadão que resista a morte, nem a tratamentos que prolongue no fim da vida, que se tenha uma morte digna, segundo Dadalto :

O direito de um doente em estagio terminal (cuja é inevitável e iminente) de recusa receber tratamento médico, bem como de interrompê-lo, buscando a limitação terapêutica no período final de sua vida de modo a morrer de uma forma que lhe parece digna, de acordo com suas convicções e crenças pessoais no exercício de sua autonomia, encontra-se plenamente amparado e reconhecido pela nossa constituição¹².

Nesse entendimento a morte digna origina do sujeito que faz suas escolha de como deseja morrer, se com prolongamento ou de acordo com suas convicções, assim entende que a morte digna segue as vontades do paciente, de que modo que ele considera mais pertinente sua morte, no entendimento de Adeline Garcia Matias: “Logo, morrer com dignidade é morrer da maneira e no momento que se considera mais adequado para si, preservando sua personalidade e dando uma correta e coerente continuidade, ou melhor, um coerente término para sua vida, de acordo com o modo como sempre foi conduzida”¹³.

¹⁰ PÁZIN-FILHO, Antônio, Medicina (Ribeirão Preto) Simpósio: MORTE: VALORES E DIMENSÕES, 2005;38(1): 20-25 Capítulo II, MORTE: CONSIDERAÇÕES PARA A PRÁTICA MÉDICA

¹¹ CARVALHO, Hilário Veiga de, Apud, MARREY NETO, José Adriano. A morte e seu diagnóstico (aspectos legais). Revista de Julgados e Doutrina do TACrim, SP. n. 2, abr./junh., 1989, p. 9.

¹² DADALTO, Luciana, Testamento Vital. 3º ed. São Paulo, Atlas. Pg 47.

¹³ MATIAS, Adeline Garcia. A eutanásia e o direito à morte dignam à luz da Constituição, p.39

Tal direito reconhece que a vida deve ser vivida e respeitada de maneira digna, de um cidadão para que ele possa exercer todos os outros direitos a ele inerentes. A morte digna está mais voltada para a prática da Ortotanásia. Neste sentido:

A ortotanásia, também chamada de "eutanásia passiva", consiste em aliviar o sofrimento de um doente terminal através da suspensão de tratamentos que prolongam a vida, mas não curam nem melhoram a enfermidade. Etimologicamente, a palavra "ortotanásia" significa "morte correta", onde *orto* = certo e *thanatos* = morte.¹⁴

Ortotanásia pode ser definida como o não prolongamento artificial do processo natural de morte, onde o médico, sem provocar diretamente a morte do indivíduo, suspende os tratamentos extraordinários que apenas trariam mais desconforto e sofrimento ao doente, sem melhorias práticas.

O objetivo da ortotanásia é contribuir para que o processo natural de morte desenvolva o seu curso natural.

Melhor exposição sobre o tema:

Ortotanásia é o termo utilizado pelos médicos para definir a morte natural, sem interferência da ciência, permitindo ao paciente morte digna, sem sofrimento, deixando a evolução e percurso da doença. Portanto, evitam-se métodos extraordinários de suporte de vida, como medicamentos e aparelhos, em pacientes irrecuperáveis e que já foram submetidos a suporte avançado de vida¹¹. A persistência terapêutica em paciente irrecuperável pode estar associada a distanásia, considerada morte com sofrimento¹⁵.

Entende-se que a ortotanasia é o oposto da distanásia sendo a distanasia o prolongamento da vida com tratamentos paliativos e sofrimentos para o prolongamento de uma doença sem cura que não vai ter uma cura para a doença, para melhor entendimento as palavras de Roxana Brasileiro Borges.

Etimologicamente, significa morte correta: *orto*: certo; *thanatos*: morte. Isto é, morte no tempo certo. Assim, a ortotanásia tem por objetivo respeitar a dignidade humana na hora da morte, de modo que o doente não seja submetido a tratamentos fúteis e carregados de sofrimentos. Em outros termos, a ortotanásia visa evitar a distanásia¹⁶.

¹⁴ <https://www.dicio.com.br/ortotanasia/> cons. Em 03/11/2017

¹⁵ <https://www.dicio.com.br/ortotanasia/> cons. Em 03/11/2017

¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

A ortonásia mesmo sendo a prática de melhor morte ainda é um tema em evolução no direito brasileiro, ressaltando a necessidade de estudos mais aprofundados.

Enfim, diante de todo o exposto, os conceitos apresentados serão importantes para a compreensão dos capítulos que a seguir passaremos a expor.

1. MORTE DIGNA

Neste capítulo vamos abordar o viés filosófico e médico do morrer. Ao iniciarmos a escrita pretendemos trazer a abordagem a morte como extensão da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III da Constituição de 1988. Neste sentido, parte da personalidade do ser humana que deve ser respeitada para além vida.

No item 1.1 abordaremos a visão filosófica de uma morte digna. Apresentaremos o pensamento de alguns filósofos com o intuito de conduzir o leitor a reflexão que já se faz a muitos anos sobre vida e morte.

No item 1.2 trataremos da morte sob o viés médico trazendo ao leitor a perspectiva de quando ela acontece para a medicina e os conceitos relativos a morte que podem contribuir para o estudo da morte digna. Assim, abordaremos os conceitos de eutanásia, ortotanásia, distanásia e mistanásia.

1.1 Filosofia da Morte Digna

Desde a criação do mundo e sua civilização, o ser humano já nasce com a certeza que um dia a morte é certa, e sempre foi uma fonte inesgotável de inspiração para os grandes filósofos, a morte é vista como a musa da filosofia, por Schopenhauer (1788-1860), um dos mais ilustres pensadores alemães do século 19, chega ao ponto de afirmar que "a morte é a musa da filosofia" ao extremo.¹⁷. Mesmo com seu pessimismo ele era um defensor da vida e da vontade, defende que:

Um homem, enfim, que possuísse suficientemente o ardor da vida para pagar-lhe as alegrias ao preço das moléstias e dos tormentos aos quais está sujeita, esse "*pousaria com pé seguro sobre o solo bem batido da eterna máquina rotunda*" e não teria coisa alguma a temer: munido da consciência que lhe infundimos, com vista indiferente veria chegar a morte sobre as asas do tempo; fitá-la-ia qual miragem mentirosa, qual impotente fantasma, feito para espantar os débeis, mas que não tem poder sobre quem sabe que é aquela mesma vontade de que o mundo inteiro é a objetivação ou a cópia, sobre quem sabe que para sempre lhe foi assegurada a vida, como também o presente, forma real e única do fenômeno da vontade; nenhum passado e nenhum futuro infinito em que ele não existisse poderia intimidá-lo, pois que

¹⁷ <https://novaescola.org.br/conteudo/263/a-morte-na-visao-de-seis-filosofos>. Cons. Em 26/09/2017 12:00h

ele os consideraria como vazia miragem, como o tecido de Maya; a morte será tanto por ele temida, quanto a noite pelo Sol.¹⁸

Nesse entendimento Schopenhauer defende que a morte e sequencia da vida, que ela deve ser natural sem temor e no momento certo sem prolongar o sofrimento, mas sendo à vontade o princípio de todo fenômeno, repousa na essência da virtude, tendo como base o cristianismo, que o doente devera colocar em ordem sua vida, e arrumar sua casa para se ter uma passagem para outra vida tranquila e sem sofrimento.

Epicuro, filosofo materialista grego em sua filosofia defende os prazeres intelectuais e espirituais, podendo identificar esse pensamento na vida contemporânea através do consumismo é o que traz sentido a vida como por exemplo, onde: O TER passa a ser mais importante do que o SER. O indivíduo esquece de alimentar aquilo que sustenta sua alma e mente, que a morte não deve ser temida que ela não deve ser vista como os maiores dos males, não a vantagem alguma em viver eternamente que mais vale a vida ser vivida da “maneira pela qual escolhemos viver á que ter uma vida imortal. Afirma ele que a morte nada significa porque ela não existe para os vivos e os mortos não estão aqui para explica-las”¹⁹

A representação da morte para EPICURO:

A Morte Não É Nada Para Nós

Habitua-te a pensar que a morte não é nada para nós, pois que o bem e o mal só existem na sensação. Donde se segue que um conhecimento exato do facto de a morte não ser nada para nós permite-nos usufruir esta vida mortal, evitando que lhe atribuamos uma ideia de duração eterna e poupando-nos o pesar da imortalidade. Pois nada há de temível na vida para quem compreendeu nada haver de temível no facto de não viver. É pois, tolo quem afirma temer a morte, não porque sua vinda seja temível, mas porque é temível esperá-la.

Nesse poema Epicuro aborda que a morte nada significa, se vivemos não existe morte e se morremos a vida deixa de existir, que devemos viver sem se temer a morte, expressando que tudo é no seu devido tempo.

Tolice afligir-se com a espera da morte, pois trata-se de algo que, uma vez vindo, não causa mal. Assim, o mais espantoso de todos os males, a morte, não é nada para nós, pois enquanto vivemos, ela não existe, e quando chega,

¹⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. (1788-1860) O Mundo como vontade e representação – Livro IV, Tradução: Heraldo Barbuy. Edição ACRÓPOLIS. Versão para e Book e Books Brasil.org. Fonte Digital: br.egroups.com/group/acropolis/Copyright: Domínio Público. Cons. Em 27/02/2017.

¹⁹ ARANHA, Maria Lucia. Maria Helena Pires Martins. Filosofando: Introdução a Filosofia. 4º ed. .rev. São Paulo, Moderna, 2009. Pag.97.

não existimos mais. Não há morte, então, nem para os vivos nem para os mortos, porquanto para uns não existe, e os outros não existem mais. Mas o vulgo, ou a teme como o pior dos males, ou a deseja como termo para os males da vida. O sábio não teme a morte, a vida não lhe é nenhum fardo, nem ele crê que seja um mal não mais existir. Assim como não é a abundância dos manjares, mas a sua qualidade, que nos delicia, assim também não é a longa duração da vida, mas seu encanto, que nos apraz. Quanto aos que aconselham os jovens a viverem bem, e os velhos a bem morrerem, são uns ingênuos, não apenas porque a vida tem encanto mesmo para os velhos, como porque o cuidado de viver bem e o de bem morrer constituem um único e mesmo cuidado.²⁰

Segundo Epicuro: “existir humano consiste no lançar se continuamente as possibilidades entre as quais justamente a situação limite é a morte, fato inescapável do “ser- para – a – morte”.²¹

A morte é uma possibilidade a ontológica que o próprio dasein sempre tem de assumido. Com a morte, o próprio dasein é independente em seu poder-se mais próprio. Nessa possibilidade, o que esta em jogo para Dasein é pura e simplesmente se ser-no-mundo. Sua morte é a possibilidade de poder não mais ser aí [dasein]. Se, enquanto essa possibilidade, o sansein é para se mesmo, independente, é porque depende plenamente de seu poder ser mais próprio. Sendo independente para se, nele se desfazem todas as remissões para outro Dasein. Essa possibilita demais própria e irremissível, é o mesmo tempo, a extrema. Enquanto poder ser, o Dasein não é capaz de superar a possibilidade da morte. A morte é em última instância, a possibilidade da impossibilidade pura e simples de ser aí [Dasein] desse modo a morte desvela-se como a possibilidade mais própria, irremissível e insuportável.²²

Na concepção de Heidegger, o ser como possibilidade, como projeto nos introduz na temporalidade, envolve a compreensão de forma clara e direta na mortalidade que não se pode evitar. Independente da vontade do ser, no devir de sua história terá que aceitar o amargo sabor do fim de sua existência.

Jean-Paul Sartre argumenta que a morte é um fenômeno individual, que outra pessoa não pode morrer em seu lugar que nunca sabemos a hora que a morte vem, fazendo assim uma crítica ao cristianismo, nesse sentido Sartre diz:

Desse modo, espera-se recuperar a morte metamorfoseando-a em morte esperada”. Se, com efeito, o sentido de nossa vida converte-se em expectativa de morte, esta, ao sobrevir, nada mais pode senão colocar sua marca sobre a vida. Infelizmente, são conselho mais fáceis de dar do que seguir, não por causa de sua fragilidade natural de realidade humana ou de

²⁰ <http://www.citador.pt/textos/a-morte-nao-e-nada-para-nos-epicuro> Acessado em 28/09/2017.

²¹ ARANHA, Maria Lucia. Maria Helena Pires Martins. *Filosofando: Introdução a Filosofia*. 4º ed. .rev. São Paulo, Moderna, 2009. P.98

²² Idem, p.98

um projeto originário de inautenticidade, mais sim por causa da própria morte. Com efeito, pode-se esperar a morte em particular.²³

Para Sartre o homem não sendo nada, e quando morrer ele retorna ao nada, que o homem só conseguiu ser e fazer durante sua existência, nascendo o homem livre podendo fazer suas escolhas, e ao mesmo tempo ele reflutua sobre essa liberdade ao dizer “ não sou livre para morrer, mas sou livre mortal”²⁴ SARTRE, que: o homem é condicionalmente livre, e no entanto, para o filósofo o homem é somente o que ele conseguiu ser e fazer em sua existência, o que ele consegue fazer a se mesmo. Com isso, Sartre diz que a morte é: “nadaificação essa que já não mais faz parte de minhas possibilidades.”²⁵

Nesse entendimento Sartre conclui que a morte e a vida é uma paixão inútil.

(...) a morte jamais é aquilo que da vida seu sentido, pelo contrário, é aquilo que, por princípio, suprime da vida toda significação. Se temos de morrer, nossa Vida carece de sentido, por que seus problemas não recebem qualquer solução. E a própria da significação e a própria da significação dos problemas permanece indeterminado”.²⁶

Nessas palavras de SARTRE, entende se que não a problema algum que segure a morte quando é chegada a hora. Segundo Sócrates a morte também era um mistério, tornava-se harmônico diante das opiniões sobre a morte, não saberia dizer se seria bom ou ruim, considerava que fazia da morte sua razão ditada, mesmo que após a morte existisse outra vida, acreditando que não á que temer a morte, mas sim a vida. Para Sócrates a morte só será boa se assim como a vida “será boa a vida na medida em que a alma se harmonize através do processo de eliminação gradual das falsas opiniões de modo a torná-la uma imagem do cosmo”²⁷

Sócrates também dizia que a dor física, se for para o bem seria o necessário um tratamento para a cura posterior, mas que não desejava viver a qualquer custo, para escapar da morte, mas deve se viver bem, mas quando é inevitável não cabe amarguras. Nas palavras de Denocci.

²³ SARTRE, Jean-Paul. O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução de Paulo Perdigão. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p.654

²⁴ Idem. p.671

²⁵ Idem, ibdem. p.658

²⁶ SARTRE, Jean-Paul. O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução de Paulo Perdigão. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997

²⁷ Dinucci, A.(2008). A bela morte é o fim da bela vida de Sócrates. Aisthe, 1(2), 155

Há casos também em que a derradeira morte se apresenta como inevitável, mas aí não cabe amargurar os últimos dias com tristezas, mas sim aproveitar ao máximo o que resta e aceitar o inevitável. Esta morte não é a negação da vida, mas a conclusão dela, tempo de fazer o balanço de uma existência e contemplá-la, tempo de despedir-se dos seus. Bocayuva (2007 como citado em Denucci).²⁸

A preparação de Sócrates para a morte segundo, Maria Lucia Aranha:

Sócrates preparou se para a morte, rejeitando os excessos de comer, do beber e do sexo, sem se deslumbrar com riqueza e honras, e buscando sempre a sabedoria, esforçou para superar as limitações do mundo sensível em direção ao suprassensível. Sua libertação pela morte seria o sinal de outra vida, quando a alma se purifica ao se separar do corpo.²⁹

Após sua preparação suas ultimas palavras em seu dialogo com Platão eles diz “é chegada a hora de partimos, eu para morte, vos para a vida. Quem segue melhor rumo, se eu, se vós, é segredo para todos menos para a divindade.”³⁰

Sócrates acreditava na imortalidade da alma, por isso entende –se que ele escolheu a morte a viver uma vida regrada de imposição aos costumes.

Platão foi um defensor da eutanásia em seu livro A República do Filosofo, alegando que o prolongamento da vida em caso de uma doença incurável, que não vale a pena viver uma vida onde é necessário se esquivar da morte, que o homem deixa de existir quando não há o mínimo de sentido ou qualidade de vida na condição da vida como cidadão, aborda também a poder econômico para manter uma vida desenganada, que ninguém consegue prolongar a vida, que toda pessoa nasce com o tempo de vida fixado, nas palavras do próprio filósofo:

De regra, a constituição das doenças apresenta alguma semelhança com a dos seres vivos, pois a composição destas condiciona uma duração regulada para a espécie em geral, nascendo cada pessoa com o tempo de vida fixado pelo destino, exceção feita para os acidentes inevitáveis de origem externa, pois desde o nascimento os triângulos de qualquer ser vivo se conglutinam de maneira que possam resistir até um determinado limite, além do qual ninguém consegue prolongar a vida. O mesmo se passa com a constituição das doenças.³¹

²⁸ Idem, p.159

²⁹ ARANHA, Maria Lucia. Maria Helena Pires Martins. Filosofando: Introdução a Filosofia. 4º ed. .rev. São Paulo, Moderna, 2009. p.96

³⁰ Idem, p.96

³¹ Platão. Timeu. Belém: Editora da UFPA; 1977.

Platão o defensor da imortalidade da alma após a morte, assegurou que os fármacos seriam necessários para a cura das doenças, mas nunca no prolongamento da vida, defensor que a morte para ser uma morte boa seria a sequência de uma vida.

Sob o ponto de vista filosófico a morte digna é a sequência de uma vida digna, alguns filósofos defende a imortalidade da alma, outros que não existe morrer nem viver para quem morre sendo com a morte é o fim de tudo, outro defende que o homem nasce sem ser nada e morre sem nada ser, mas todos defende a necessidade de uma vida digna, e o preparo da alma baseado na fé, buscando a purificação da alma através da regeneração e se libertando das coisas que o afastava do sagrado diante do desconhecido.

1.2 Terminologia Médica Sobre Morrer

O termo viver e morrer mesmo com todo avanço tecnológico e o avanço na medicina continua sendo um mistério para o ser humano, qualquer entendimento sobre os termos ainda continua sobre estudos não se encontra uma palavra certa, concreta que define o que é viver, nem o que é morrer. A morte é um processo podendo ser longo ou repentino, mas não existe morte sem morrer, mas existe morrer sem morte, Irany Novah afirma que:

Afirma que a morte nunca é instantânea, há um intervalo de tempo entre a instalação e a sua consumação. "Tratando-se de processo evolutivo, pode-se distinguir a morte do morrer. Enquanto ela é o final da vida, este é a sua progressão no organismo. Tal período é conhecido como agonia e temido pelo sofrimento que geralmente o acompanha. A essência da morte está na ativação da catepsina, ocorrida pela ausência de oxigênio, ou seja, pela anóxia. A diminuição de oxigênio determina autólise, ou seja, sua autodigestão e, assim, a morte. Inicialmente, morre a célula, depois o tecido e, a seguir, o órgão; trata-se de um fenômeno em cascata. Estabelecido o processo, ele pode atingir os órgãos, dos quais depende a vida do indivíduo, os chamados órgãos vitais. Desta forma, desencadeia-se a parada da respiração, do coração, da circulação e do cérebro" ao longo dos anos vários conceitos sobre a morte foram estabelecidos³²

Com a evolução na medicina novos conceitos de morrer foram surgindo:

(...) inicialmente na história, uma pessoa era considerada morta quando ocorria a cessação das funções cardiológica e respiratória, com o término da função do corpo e da mente nos dias atuais a morte tem um novo meio de comprovação com a evolução tecnológica, a morte foi postergada, pois estes

³² NOVAH, Irany, "A morte vista do espelho" (Jornal da USP, 3 a 9 de março de 1997, p. 2)

parâmetros puderam ser mantidos com o uso de aparelhos. Criou-se o estado de coma e o questionamento sobre a existência de vida sem consciência e sem interação com a sociedade¹. A morte passou a ser entendida como um processo de morrer e não apenas como um momento isolado. Hodiernamente, o conceito do Ministério da Saúde considera a morte encefálica como a definição legal de morte.”³³

Após anos estudando o processo morrer foi determinado pela medicina que pode se declarar a morte à partir da morte encefálica, uma vez que se da pode até os outros órgãos continuar seu funcionamento e não se reconhece a capacidade de inversão da vida na área médica.

Na área jurídica não se posiciona sobre falar como é a morte ou como ela ocorre, é um conceito aberto deixando isso para a área médica- biológica definir.

Conceito Jurídico de Morte. Em Hermenêutica Jurídica o conceito de morte é um conceito aberto, assim considerado porque seus elementos constitutivos são dados pela ciência médica, mas sua interpretação é jurídica. O conceito de morte interessando às diversas ciências biológicas, médicas, jurídicas e sociais, está longe de ter um consenso do momento real de sua ocorrência. Assim sendo, o Direito não define o que seja a morte, nem o que seja a vida. É preciso, porém, fazermos uma distinção entre a morte, o morrer e o morto.³⁴

À Hermenêutica jurídica não se posiciona sobre o processo morte, deixando para que a ciência médica cuida de tal processo, e o Biodireito das normas, e suas de aplicabilidade.

1.2.1 Eutanásia

Etimologicamente, este termo se originou a partir do grego eu + thanatos, que pode ser traduzido como “boa morte” ou “morte sem dor”. Eutanásia é a prática de abreviar a vida de um paciente em estado terminal ou que esteja sujeito a dores e intoleráveis sofrimentos físicos ou psíquicos.

Segundo Márcio Sampaio Mesquita Martins:³⁵

Entende-se como eutanásia a conduta em que alguém, deliberadamente e movido por fortes razões de ordem moral, causa a morte de outrem, vítima

³³XAVIER, Marcelo S. MOLLEIS, Carmen Silvia. MIZIARA, Galego. MIZIARA, Ivan Dieb. Terminalidade da vida: questões éticas e religiosas sobre a ortotanásia. Saúde, Ética & Justiça. 2014;19(1):26.34

³⁴ http://www.portalmedico.org.br/regional/crmpb/artigos/paciente_morte.htm. Cons em 03/10/2017.

³⁵ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/DIREITO_A_MORTE_DIGNA_EUTANASIA_E_MORTE_ASSISTIDA.pdf Acessado em: 25.out. 2017.

de uma doença incurável em avançado estado e que está parecendo de grande sofrimento e dores. A eutanásia seria justificada como uma forma de libertação do sofrimento acarretado por um longo período de doença.³⁶

Podendo ser eutanásia ativa ou eutanásia passiva. Eutanásia ativa: são recursos que pode por fim ao sofrimento do paciente findando com sua vida (injeção letal, medicamentos em dose excessiva e etc.); Eutanásia passiva: a morte do paciente ocorre por falta de por falta de recursos necessários para funções vitais (falta de água, alimentos, fármacos ou cuidados médicos). Esse é um tipo de eutanásia em que o médico *deixa o paciente morrer*, deixando de fazer uma série de procedimentos, como o uso de medicamento, aparelhos etc, e deixa de prolongar artificialmente a vida desse paciente.

Segundo a Organização Mundial de Saúde:

A eutanásia é a “ação de um médico que provoca deliberadamente a morte do paciente”. A eutanásia passiva é a morte por omissão, ao retirar um determinado tratamento, a alimentação ou a hidratação, por exemplo, para acelerar a morte. Já a eutanásia ativa é basicamente quando se ministram medicamentos que possam ser letais com o objetivo de encurtar a vida.³⁷

É dever do médico respeitar o direito à vida com dignidade, portanto, inclui os momentos que antecedem a morte do indivíduo, independente do potencial de cura ou melhora da enfermidade.

1.2.2 Ortotanásia

A ortotanásia significa morte correta (orto- certo/ thanatos – morte) essa pratica permite a interrupção dos fármacos em pacientes incuráveis, é o termo utilizado pelos médicos para definir a morte natural, sem interferência da ciência, permitindo ao paciente morte digna, sem sofrimento, deixando a evolução e percurso da doença. Portanto, evitam-se métodos extraordinários de suporte de vida, como medicamentos e aparelhos, em pacientes irrecuperáveis e que já foram

³⁷<https://pt.aleteia.org/2017/03/10/cuidados-paliativos-e-eutanasia-sao-a-mesma-coisa/> Acessado em 29/09/2017

submetidos a suporte avançado de vida. A persistência terapêutica em paciente irrecuperável pode estar associada a distanásia, considerada morte com sofrimento.³⁸

Ortotanásia significa morte natural. Já estando o paciente em seu estágio final recebe a contribuição do médico para que a morte seja natural, só podendo ser realizada pelo médico, não estando ele obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade dele.

A ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado. Desta forma, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal.

O código de ética médico, no capítulo I XXII diz que: Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitara a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciara aos pacientes sob sua atenção todos cuidados paliativos apropriados³⁹.

No entendimento de Dworkin:

Os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas –as vezes por semanas, em outros casos por anos – pessoas que já e são a beira da morte ou terrivelmente incapacitadas, entubadas, desfiguradas por operações experimentais, com dores ou no limiar da inconsciência de tão sedadas, 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 para os quais já deixaram de ser pacientes para tornar –se verdadeiros campos de batalha.⁴⁰

A ortonásia trata da morte sem prolongamento sem sofrimento, e sem provocação como no caso da eutanásia.

1.2.3 Distanásia

A palavra "distanásia" tem origem grega, onde *dys* significa, mau, anômalo "afastamento" e *thanatos* quer dizer "morte". Distanásia⁴¹- é o quase que o oposto da eutanásia por ser o prolongamento o processo da morte através de tratamentos com o objetivo de prolongar a vida biológica do doente, é morte lenta, ansiosa e muito

³⁸ <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ortotan%C3%A1sia> cons em 01/10/2017

³⁹ Conselho regional de medicina, código de ética médica, p 22 e 23.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P.252

⁴¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2018, 89

sofrimento com métodos reanima tórios mesmo sabendo que tal procedimento nada valera ao paciente não dando a ele uma morte digna.

Distanásia vem a ser o prolongamento exagerado do processo de morrer de um paciente. O termo ao mesmo tempo pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil, fútil. Trata-se de atividade médica que visando salvar a vida do paciente terminal submete-o a grande sofrimento. Nessa conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer.⁴²

Nas palavras de Maria de Fatima Freire: “a distanásia configura-se pelo prolongamento do processo morrer, quando o médico insiste na administração de tratamento inúteis”.⁴³

De acordo com José Eduardo Siqueira:

Tratamento desproporcional é a intervenção médica efetuada em pacientes terminais, que consiste na utilização de métodos diagnósticos ou terapêuticos cujos resultados não trazem benefícios ao paciente. Ao contrário, podem trazer mais sofrimentos. São inúteis, pois não promovem alívio e conforto nem modificam o prognóstico da doença, ou seja, o benéfico almejado é muito menor que os inconvenientes provocados. Os profissionais de fala hispânica a denominam de “encarniçamento terapêutico. E os anglo-saxões, mais comedidos, de futilidades terapêutica”⁴⁴

No entendimento compartilhado por Diniz:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...]. Sendo distanásia a configura o oposto da eutanásia, onde o médico não faz procedimentos nem fármacos que prolongue a vida do paciente terminal.

A distanásia é um processo de morte natural sem antecipação ou prolongamento da vida e do sofrimento.

1.2.4 Mistanásia

⁴² ROBATTO, Waldo. Eutanásia: sim ou não? Aspectos Bioéticos. Ed. Revista e ampliada. Curitiba: Instituto Memória, 2008 ROBATTO,p.41.

⁴³ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2018, 89

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 339.

A mistanásia é um termo pouco utilizado, mas representa a morte miserável, antes da hora, conhecida como eutanásia social. Pode ocorrer em casos de omissão de socorro, erro médico, negligência, imprudência e imperícia⁴⁵.

Conforme nos ensina Maria Helena Diniz, é a morte miserável fora e antes da hora, que ocorre quando⁴⁶ e a morte de pessoas carentes, que na maioria das vezes de poder econômico baixo, são doentes, deficientes que não consegue tratamento pela insuficiência do sistema Único de saúde, ou pacientes vítimas de erro medico.

No âmbito da reflexão bioética brasileira, o termo mistanásia foi cunhado por Márcio Fabri dos Anjos, eminente Teólogo da Moral e bioeticista brasileiro, já em 1989, num artigo publicado no Boletim ICAPS (Instituto Camiliano de Pastoral da Saúde), intitulado: "Eutanásia em chave de libertação" (junho de 1989, p.6). Este neologismo provém da etimologia grega mys=infeliz; thanathos=morte, significando morte infeliz, miserável, precoce e evitável em nível social, coletivo. Trata-se da "vida abreviada" de muitos, em nível social, por causa da pobreza, violência, droga, chacinas, falta de infraestrutura e condições mínimas de se ter uma vida digna, entre outras causas.⁴⁷

A mistanásia é um processo incompatível com ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ele fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, é conceituado como crime frente ao código penal vigente.

⁴⁵ <http://www.dicionarioinformal.com.br/mistan%C3%A1sia/> cons. Em 02/10/2017

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 339.

⁴⁷ JENNINGS, Bruce. Sobre o conceito ético de mistanásia. Disponível em: <http://www.a12.com/redacaoa12/igreja/sobre-o-conceito-etico-de-mistanasia>. Acessado em 02/10/2017

2. SOBRE A MORTE E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Neste capítulo vamos abordar sobre a morte e o direito constitucional, em breves relatos sobre a vida e morte na constituição de 1988, assegurando ao cidadão o direito a uma morte digna, será feito um esclarecimento sobre os princípios constitucionais sua diferenciação sobre as normas e regras, será feito uma análise sobre os direitos fundamentais da personalidade sobre o próprio corpo.

No item 2.1 abordaremos sobre a constituição de 1988: Direito a vida e a morte a partir do seu ar. 1º da Constituição Federal 1988 abordando sobre a dignidade da pessoa e seus valores conduzindo o leitor a reflexão sobre a hipótese da disponibilidade da vida que refere o art. 84º da carta constitucional.

No item 2.2 trataremos dos princípios constitucionais sua definição sobre normas e regras, trazendo a baila a ponderação dos princípios e suas aplicabilidades sobre reflexão da autonomia do cidadão no fim da vida.

No item 2.3 será fundamento os direitos fundamentais da personalidade sobre análise da constituição federal com ênfase no código civil brasileiro levando ao leitor uma reflexão sobre a efetivação da ortotanásia assegurada pela personalidade do corpo.

2.1 A Constituição de 1988: Direito à Vida e a Morte

A Constituição Federal de 1988 trás elencados em seu texto normativo um rol de direitos fundamentais, direcionando a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, o artigo 1º diz que:

Ar.1º A república Federativa do Brasil, formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como Fundamento:

- I- a soberania;
- II- a dignidade da pessoa humana;
- III- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- IV- o pluralismo político⁴⁸

⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Um pouco mais à frente no mesmo texto constitucional traz mais uma série de direitos, direcionado direto a pessoa humana no art.5º traz os seguintes dizeres:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:⁴⁹

Assegurando assim uma serie de direitos fundamentais da primeira, segunda e terceira geração entre eles a dignidade da pessoa humana em todas as situações no decorrer da vida, firmado como um valor supremo, que emana todos os outros valores.

Observa –se um conflito de princípios onde colocamos de frente a dignidade da pessoa humana sua liberdade no caso de uma pessoa em estado degradante ou em fase terminal, em mante- lá viva mesmo contra sua vontade (ou de seus responsáveis) procurando, preservar a vida de uma pessoa onde a morte já tenha se instalado e o que resta é o sofrimento e a dor do paciente ligado em maquinas e ao agressivo ambiente hospitalar sobre argumento da dignidade do ser humano a uma morte digna, contra a vontade do paciente que segundo Roxana Borges, esclarece que:

A concepção de dignidade humana que nós temos liga-se à possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade conforme sua própria consciência, desde que não sejam afetados direitos de terceiros. Esse poder de autonomia também alcança os momentos finais da vida da pessoa.⁵⁰

Observa-se que nesses termos, necessita-se de uma análise sobre a disponibilidade da vida e de ambos os valores e o grau de importância dos princípios uma vez que o próprio texto constitucional já existe um conflito sobre a disponibilidade da vida humana e sua dignidade em seu art. 1º inciso II assegura a dignidade da pessoa humana em acordo com o caput do art. 5º que estabelece a liberdade, sendo essa liberdade e dignidade barrada frente ao momento de escolha do paciente em estado terminal, ferindo assim dois princípios ao mesmo tempo o de liberdade e da dignidade em caso que o paciente já tenha expressado seu desejo de uma morte sem

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁵⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In:SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.283-305.

sofrimento e dores, mas a diante no próprio art. 5º no inciso XLVII do texto da constituição que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;⁵¹

Em acordo com o. Art. 84, XIX da constituição.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;⁵²

Nesses termos coloca-se uma hipótese de disponibilidade da vida e dos princípios da dignidade e da liberdade pelo Estado, se o estado e o soberano e tem autonomia para interferi na liberdade privada por ser ele o representante do povo, é o termo constitucional afere a ele o poder de dispor da vida humana de qualquer cidadão em caso de guerra, suspendendo todos os direitos e garantias individuais do individuo não respeitando assim a dignidade nem a liberdade, anulando assim o poder do cidadão, com relação ao maior bem que ele possui que é a vida.

Nessa linha de raciocínio, com base nos valores contidos nas normas constitucionais mencionadas, permite a construção do entendimento da possibilidade de incorporação e a institucionalização do direito a morte digna pelo ordenamento jurídico brasileiro pela prática da ortotanásia, uma vez que as normas constitucionais disponibilizam a vida para o Estado e por que não para o próprio ser ou “dono”, dela desde que seja observado o desejo do paciente e a real situação em sua fase terminal.

Portanto, chamando a atenção do leitor para a necessidade de lei que disciplina o direito de morrer com dignidade em nosso País, respeita não só a dignidade da pessoa humana, mas sua liberdade sua autonomia seu ultimo desejo, na condição de uma doença incurável em seu final da vida.

⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁵² Idem.

2.2 Princípios Constitucionais

A palavra princípio origina-se do latim *principium*, “origem, causa próxima, início”, “o que vem antes”, do grego *prin*, de mesmo.⁵³

Para melhor compreensão do que se refere os princípios constitucionais faz-se necessário a distinção entre regras e princípios, como diferenciação as regras são normas que descrevem determinado comportamento sem se preocupar com a finalidade das condutas, para Barcelos:

Como critério de diferenciação entre regras e princípios pode-se apresentar as regras como normas que apenas descrevem determinado comportamento sem se ocupar com a finalidade dessas mesmas condutas, e os princípios como normas que estabelecem de maneira diferente estados, ideais e objetivos que devem ser atingidos ⁵⁴

Outra diferenciação e quanto aos efeitos de ambos as regras normas, traz os efeitos que pretendem produzir, “já os princípios descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas” ⁵⁵ou “pretendem produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, [...] mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproximaria das regras.”⁵⁶

Segundo De Plácido e Silva: é importante o caráter de funda mentalidade, sendo que os princípios se exprimiriam com um sentido mais relevante do que a própria norma jurídica, constituindo-se na razão fundamental de ser das coisas jurídicas, perfeitos axiomas.⁵⁷

Depois de tecer considerações entre as distinções de princípios e regras vale destacar que os princípios constitucionais são os alicerces do Estado brasileiro, em concordância com a Constituição Federal de 1988 que é o livro que está hierarquicamente acima de todos os outros, em nível de legislação no Brasil, que é caracteriza como um sistema normativo aberto de regras e princípios

⁵³ Disponível em <http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/principio/> Cons. Em 13/10/2017

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Para alguns autores a palavra princípios soa equivocada e aparece em sentidos diversos, Segundo José Afonso da Silva:

A palavra princípio é equivocada. Aparece com sentido diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou o esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípios programáticos. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do título da I da constituição. Princípios aí exprime a noção de “mandamento nuclear do sistema”.⁵⁸

Em conflito de princípios deve se buscar a aplicabilidade do princípio que melhor fundamenta o caso concreto. Frisa Marcos de Azevedo (2006) que a aplicação dos princípios constitucionais deverá buscar a harmonização do texto magno, com suas finalidades precípua.⁵⁹

Fernando Ferreira dos Santos aclara sobre a persistência da condição princípio lógica em todo e qualquer caso:

Um princípio não determina as condições que tornam sua aplicação necessária. Ao revés, estabelece uma razão (fundamento) que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica, única. Daí acontecer que um princípio, numa determinada situação, e frente a outro princípio, não prevaleça, o que não significa que ele perca a sua condição de princípio, que deixe de pertencer ao sistema jurídico.⁶⁰

O sistema jurídico brasileiro aborda diversos princípios, com inúmeras classificações nas doutrinas com conteúdos específicos entre eles como ensina José Joaquim Gomes Canotilho, cada princípio constitucional possui, per si, um conteúdo específico, uma marca distintiva.⁶¹

Dentre os princípios constam os princípios fundamentais com grande teor de aplicabilidade, que pondera sob qualquer outro princípio entre eles o da dignidade humana, da autonomia, da liberdade, que necessita de estudos mais aprofundados, e minucioso, em ate que ponto deve se ver que a qualidade de vida esta na realidade sendo assegura sem se afetar a autonomia que às vezes se faz necessário ser mais

⁵⁸SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2001.

⁵⁹ AZEVEDO, Marcos de. Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio das tutelas jurisdicionais. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006.

⁶⁰ SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Publicado em 12/1998. Atualizado em 03/2001. <https://jus.com.br/artigos/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Asc. 11/11/2017

⁶¹ CANOTILHO, Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição . São Paulo : Malheiros, 2017 Reimpressão da 7.ª Edição de 2003

ponderado que a dignidade, para que realmente seja concretizado a dignidade da pessoa humana, exemplo disso é a autonomia no final da vida, que muitas vezes é imposto pelo Estado que a pessoa tenha um final de sofrimento e angustia ligado a maquinas, a base de fármacos assegurando uma vida que a morte já se instalou e o pessoa já tenha expressado seu desejo de uma morte pela pratica da ortotanásia, proporcionando-se uma moderação no exercício do poder e a correta proteção dos valores magnos.

2.3 Direitos Fundamentais da Personalidade

Ao nascer a pessoa adquire sua personalidade com direitos assegurados na constituição federal e um série de artigos no código civil brasileiro, sendo tratado como direitos fundamentais, com varias definições de que pode ser uma personalidade, podendo ser moral, corporal, física, mental, intelectual, etc.

O termo personalidade nasceu da palavra grega *Persona*, que significa máscara, porém, no sentido etimológico mais profundo, está vinculada a palavra "*Personare*", que significa "ressoar através de". A máscara no teatro grego servia ao ator como um instrumento de expressão de sua personagem e lhe permitia, através da entonação de voz, pela máscara, com o passar dos anos a palavra personalidade foi ganhado notoriedade, no estudo da Psicologia em busca do autoconhecimento tornando assim a personalidade humana o objeto central da psicologia e da busca do autoconhecimento da personalidade da pessoa humana.⁶²

Nesse sentido A firma o mestre Miranda: Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no palco do teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito.⁶³

Conceito de pessoa, segundo Maria Helena Diniz:

Para a doutrina tradicional "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito, sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou totalidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não

⁶² MARINO, Heloísa Reis. A personalidade na antropologia. Sociedade Brasileira de Logoterapia (SOBRAL). Disponível em: <http://www.institutogeist.com.br/artigos/a-personalidade-na-antropologia-de-viktor-frankl/> Acessado em 10/11/2017

⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte geral, Volume 5. Tratado de direito privado, Bookseller, 2000

cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial⁶⁴.

Nosso ordenamento jurídico descreve algumas formas de pessoa, pessoa física ou natural e pessoa jurídica, a jurídica visa mais a parte patrimonial que além de agrupar pessoas em torno de si, por ter capacidade jurídica, também pode adquirir em nome próprio patrimônio, sendo apta para o exercício de direitos e obrigações, contudo esse não é o tema do estudo proposto sendo assim não vamos adentrar a ele.

A palavra pessoa nesse sentido é o ser humano titular de direitos e deveres, que tem o poder de fazer valer seus direitos fundamentais. Esse conjunto de direitos decorrentes da previsão constitucional e de leis ordinárias que, apresentam elementos que são capazes de permitir uma configuração da personalidade da pessoa humana, que segundo Anderson Schreiber:

Os direitos da personalidade consistem em atribuir essências da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma continua marcha de conquistas históricas. No decorrer dos últimos séculos, o tema foi tratado sob diferentes enfoques e distintas denominações⁶⁵

Neste sentido percebe-se, que não se trata da criação de direitos da personalidade, mas sim uma busca pelo reconhecimento de tal direito e sua efetivação, como um dos direitos humanos, em diversas denominações com vários debates ao redor do mundo em busca de uma essência á personalidade em varias formas de fundamentação, por exemplo:

A Assembleia Constituinte Francesa referiu –se em uma célebre declaração de 1789, aos Direitos do homem e do cidadão. Já a Declaração das Nações Unidas, de 1948, emprega a expressão Direitos humanos. A Constituição do brasileiro de 1988 dedica-se, em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais. O código Civil brasileiro reserva um capitulo as Direitos da Personalidade. ⁶⁶

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Vol I, 20. ed., rev. e aum. de acordo com o novo código. São Paulo: Saraiva,2003

⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade 2ºed.SP. Atlas, 2013 pag.13

⁶⁶ Idem. p.13

Vem exposto no código civil um capítulo com um rol de direitos a personalidade entre eles em destaque o art. 2º momento em que o ser humano ganha personalidade:

Art. 2.º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro. Aqui o legislador estabelece a condição para que um ente possa ser considerado sujeito de direito. Para adquirir a aptidão de contrair direitos e deveres deve o ser humano simplesmente nascer vivo⁶⁷

Com promulgação em 1988 da Constituição Federativa do Brasil abordando em seu preâmbulo a finalidade da Carta Constitucional e a sua importância frente ao Estado Democrático de Direito, trazendo em seu texto um rol de direitos em torno da pessoa humana, com o intuito de proteger as pessoas do Estado totalitário passado a conferindo-lhe a tutela de cuidar da integridade física da pessoa e garantir, sua dignidade, e segurança.

Passando o cidadão a receber destaque e proteção do estado para garantir seus direitos fundamentais entre eles o da dignidade que esta entrelaçado ao da personalidade, conforme assegura o inciso X do artigo 5º da constituição Federal 1988.

Com a reconstrução dos direitos fundamentais a partir da Constituição federal de 1988 ocorreu também a reconstrução dos direitos da personalidade, e o da dignidade humana, que passou a ser o guia de todos os outros direitos, a pessoa passou a ser vista como um ser que tem sentimentos, e valores morais e espirituais, passou a ser, um ser real dotado de dignidade segundo Sá, Maria de Fatima Freire, decorre da inserção do indivíduo humano em uma esfera de relações, na qual os vínculos interpessoais favorecem o seu reconhecimento enquanto pessoa, efetivamente, livre e igual capaz de construir e afirmar sua personalidade.⁶⁸

Desta forma, percebe-se que a tutela dos direitos da personalidade hoje, encontra embasamento constitucional, em uma categoria diferenciada e especial, pois protege a essência da pessoa e suas características, em consonância com os direitos fundamentais os dois não podem se separar do homem são intrínsecos e inerentes a ele dando a ele um direito subjetivo, com poder de vontade que deve ser

⁶⁷ BRASIL. Código Civil. Lei Nº 10406, de 10 de Janeiro de 2002

⁶⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2018, 56.

respeitado tal poder, “Os direitos da personalidade surgiram justamente para se opor absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo”⁶⁹. Completa Sá, Maria de Fatima Freitas, “Afigura-se, além da proteção acima mencionada, preceito legítimo também nas relações entre particulares.”⁷⁰

Segundo Anderson Schreiber,

O século XX veio para reforçar a necessidade de instituir fortes garantias legais contra interferências externas no corpo humano, especialmente cometidas, pelos regimes autoritários, por meio da tortura e da experimentação científica. O vasto leque de normas jurídicas internacionais e nacionais veio assegurar proteção a integridade física do ser humano contra as intervenções do poder público e dos particulares.⁷¹

Com as mudanças ocorridas no século XX teve uma nova redefinição da autonomia a luz da dignidade da pessoa humana, com a constitucionalização do direito civil tornando assim o direito a personalidade um conceito básico da ordem jurídica brasileira que se estende a todos ser humano, que nasce com vida ate após a morte, segundo: Francisco Amaral classificada o direito a personalidade como:

Considerando-se aspectos fundamentais da personalidade, quais sejam o físico, o intelectual, e o moral. O primeiro compreende a proteção da vida, o próprio corpo (também as partes separadas dele), ao cadáver e ainda o direito de não submeter a tratamento médico. O direito a integridade moral visa a proteção da honra, liberdade, intimida, nome e imagem. O ultimo direito intelectual, protege o direito do autor,⁷²

No entendimento de Pontes de Miranda que assim relaciona os direitos da personalidade:

a) o direito a vida; b) o direito a integridade física; c) o direito a integridade psíquica; d) o direito a liberdade; e) o direito a verdade; f) o direito a igualdade formal (isonomias); g) o direito a igualdade material, que esteja na constituição; h) o direito a ter nome e o direito ao nome, aquele inato e nato; i) o direito a honra; j) o direito autoral da personalidade.⁷³

⁶⁹ MATTIA, Fabio Maria de. Direito da Personalidade; Aspectos Gerais.in CHAVES, Antônio (coord). Estudos de Direito Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais Ltda, 1979, pag. 99 – 124.

⁷⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2018,

⁷¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade 2ºed.SP. Atlas, 2013 pag.13

⁷² AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução, 3º Ed. Rio de Janeiro: Renovar , 2000.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte geral, Rio de Janeiro ; Borsoi, 1954,v.1. P.8

Nesse posicionamento defende Miguel Real “O importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um *valor fundamental*, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos”⁷⁴.

Ensina, ademais, Anderson Schreiber que:

O tratamento reservado jurídico ao corpo humano sofreu, ao longo da história, profunda influência do pensamento religioso, pois era visto como uma dádiva divina, intocável, mas que, ao longo do tempo o pensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito. Nesse sentido, passou-se a falar em “direito do próprio corpo”, expressão que procura enfatizar que o corpo deve atender a realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata como igreja a família ou o Estado.⁷⁵

Nesse mesmo sentido afirma, Paulo Mota Pinto afirma que:

Tais direitos são, portanto, essenciais, uma vez que a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a proteção que eles concedem não fossem reconhecidas pela ordem jurídica. São, por outro lado, direitos gerais, isto é, direitos de que são titulares todos os seres humanos, não estando essa titularidade ligada a um grupo, classe ou categoria específica de homens (característica, esta, que é a decorrente óbvia de, por um lado, se reconhecer a qualidade de pessoa a todos e de, por outro lado, estes direitos serem essenciais).⁷⁶

Em acordo com esses posicionamentos entende-se que a proteção dos direitos da personalidade é construída com base nos preceitos fundamentais constantes na Constituição Federal e orientada pela dignidade da pessoa humana, não pode olvidar de que a conexão entre o direito a dignidade e a personalidade é que se constrói o direito a autonomia, que se estende até o final da vida. A questão, porém, é saber se a autonomia para morrer integra o direito à vida como direito da personalidade.⁷⁷ Sá, Maria de Fátima Freitas, ainda segundo a autora, pelos argumentos até aqui traçados (personalidade, construção biográfica, livre desenvolvimento da personalidade, conteúdo normativo da dignidade da pessoa

⁷⁴ REALE, Miguel, <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Cons em 10/11/2017

⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade 2ªed.SP. Atlas, 2013 pag.13

⁷⁶ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, *in* A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

⁷⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2018,

humana e autonomia privada) não temos dúvidas em afirmar que a autonomia para morrer reflete o exercício de direito a vida.⁷⁸

A lógica máxima dos direitos da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana e sua autonomia são os pilares dos direitos fundamentais, que segundo Aparecida I. Amarante sintetizado por Maria de Fátima Freire de Sá em *Autonomia para morrer*, São direitos referentes ao reconhecimento da capacidade, que constituem as condições na base das quais a pessoa pode afirmar-se no domínio do direito, na qualidade de sujeito nas diversas situações da vida.⁷⁹

Ainda segundo Maria de Fátima Freire de Sá, os direitos da personalidade “podem ser considerados absolutos não no sentido de serem desprovidos de limites, posto que todo direito é limitado ou condicionado, mas são absolutos no sentido de que são oponíveis erg omnes.⁸⁰

Uma vez não sendo possível a sua ausência no indivíduo, tem como característica a necessidade. Dito de outra forma, são direitos essenciais à constituição e à manutenção da própria dignidade do ser humano.⁸¹

Em tratando do direito à vida, enquanto direito da personalidade, podemos afirmar ser ele um direito absoluto, tão somente porque oponível erga omnes. A inviolabilidade do direito a vida garantido pela Constituição da República, implica na proteção da vida contra arbitrariedades de terceiros, o que não impede a construção da personalidade pelo titular⁸².

Entende-se que o direito a personalidade e a dignidade da pessoa humana e que perfaz dela um ser dotado de autonomia, de valores para conduzir a vida e a escolha de como deseja ser seu final, que segundo Maria de Fátima Sá, “A escolha pela morte é, na verdade, o próprio exercício do direito à vida. Direito de morrer ou autonomia para morrer na verdade, integram o exercício do direito a vida”⁸³.

O direito a vida, não deve ser visto como sendo só a vida biológica, mas sua identidade, sua biografia sua personalidade, até sua morte. Nesse entendimento assegura Silva.

⁷⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte. Del Rey. 2018

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem, ibidem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem, ibidem.

⁸³ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte. Del Rey. 2018

A vida não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte.⁸⁴

Entende-se, pois, que se durante todo o desenvolvimento da pessoa foi garantida a dignidade, deve-se ter em vista que ao término da vida, ela também deve ser observada, sob pena de violação desta garantia.

Assim, o direito à morte de acordo com a personalidade do enfermo, deve ser respeitada de modo que ele considera mais pertinente o fim de sua vida, tendo por base sua personalidade, sua dignidade e sua autonomia de escolher pela pratica da ortotanásia se assim a ela achar conveniente.

Os direitos da personalidade envolvidos na temática são os relacionados à autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana e a sua integridade moral, física e intelectual, e em caso de doentes terminais e em coma, estão em patamar diferente dos demais.

⁸⁴ SILVA, Anabela Pinto da. Eutanásia: prós e contras de uma legalização em Portugal. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) - Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto, Porto, 2007. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/7280/2/Tese%20Anabela%20Silva%20%20icbas.pdf>>. Acesso em: 9 nov. .2017.

3. ORTOTANÁSIA E O DIREITO A UMA MORTE DIGNA

Neste capítulo se aborda a ortotanásia e o direito a uma morte digna. Foi traçado como objetivo analisar, através do viés constitucional, a legalidade da ortotanásia na perspectiva da morte com dignidade, embasado no Estado Democrático de Direito.

Se a constituição Federal prioriza a dignidade humana e sua autonomia de forma fundamental, durante toda a vida em todas as pessoas, uma vez que o nascer, viver e morrer são processos que não podem ser separados, assegurando ao cidadão esses direitos no decorrer da vida por que não eleva-los para o momento morte, evitando tratamentos desumanos que lhe causam mais sofrimentos e indignidade no momento final da vida uma vez que o direito a vida trada-se de um direito não de um dever.

Como Marco teórico da presente monografia tem se as ideias defendidas por Maria de Fátima Freire e Diogo Luna de Sá⁸⁵: “A indisponibilidade da vida precisa ceder á autonomia daquela pessoa que se encontra na fase terminal da sua existência, em meio a agonia, sofrimento e limitações”.

No item 3.1 abordaremos o problema da autonomia da vontade, que preconiza que o ser humano tem autonomia, alicerçado nos direitos fundamentais.

No item 3.2 trataremos de decisões analógicas sobre a permissão da prática da ortotanásia em face das garantias fundamentadas nos princípios fundamentais.

3.1 O Problema da Autonomia da Vontade

A autonomia implica em garantir ao indivíduo que tenha uma verdadeira âncora para que se exerça de modo incondicional os direitos fundamentais que lhe são salvaguardados, rompendo a repressão estatal, que insiste em lhe dizer o que fazer, quando fazer e como fazer.

O grande problema enfrentado na atualidade é a autonomia da pessoa portadora de alguma demência em rigor da filosofia da velhice deve-se levar em conta

⁸⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2008. p. 110.

as perdas decorrentes do processo do envelhecimento, não apenas o esperado na sua fisiologia, mas, especialmente, a ocorrência do dano físico e mental, que lesa, limita e acaba por conduzir o idoso à dependência total do outro.

Demência é caracterizada pelo declínio progressivo das funções cognitivas, na ausência de um comprometimento da consciência, que interfere nas atividades sociais e ocupacionais do indivíduo. O diagnóstico de demência exige a constatação de deterioração ou declínio cognitivo em relação à condição do indivíduo, normalmente acomete as pessoas mais idosas, melhor explicação:

A demência se coloca como uma das maiores causas de morbidade entre idosos e sua prevalência está entre 2% e 25% dos pacientes com 65 anos ou mais (Fratiglioni e Amaduci, 1990). A doença de Alzheimer (DA) é a causa mais comum de demência no idoso, com apresentação clínica e patológica bem definidas (Marinho et al., 1997), afetando pelo menos 5% dos indivíduos com mais de 65 anos e 20% daqueles com mais de 80 anos.⁸⁶

A doença de Alzheimer (DA), dentre as demências, é considerada a mais prevalente, é caracterizada por prejuízos de funções neuropsiquiátricas e cognitivas superiores com manifestações de alterações de comportamento e de personalidade, que impossibilita o indivíduo a realizar suas atividades normais no dia a dia.⁸⁷

Normalmente a pessoa portadora da doença Alzheimer (DA) já foi uma pessoa possuidora de suas faculdades mentais e á exercia com liberdade e autonomia, foi pessoa que teve um passado ativo, tornando com doença de Alzheimer (DA) uma pessoa incapacitada e sem possibilita de expressar suas vontades e exercer sua autonomia.⁸⁸

Nesse mesmo objetivo observa se a pessoas que ainda detentoras de suas faculdades mentais afasta o direito a vida para dar vasão a religião, e de se indagar como enfrentar a colisão entre a autonomia da vontade do paciente que nega a autorização para a prática de determinada conduta imprescindível, como, por exemplo, a necessidade de hemotransfusão, em caso de testemunhas de jeová que

⁸⁶ JORM, A. F.; JACOMB, P.A. - The informant questionnaire on cognitive decline in the elderly (IQCODE): Socio-demographic correlates, reliability, validity and some norms. *Psychol Med* 1989;19:1015-22. Citado por Izabella Dutra de Abreu; Orestes Vicente Forlenza; Hélio Lauer de Barros. Demência de Alzheimer: Correlação entre Memória e Autonomia. publicado em, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832005000300005.cons em.26/10/2017

⁸⁷ REVISTA BIOETICA. Volume 24,Nº3 , 2016 Editor Geral, Sidnei Ferreira, Gráfica, Posigraf, editora Eletrônica. Aline Maya/ Tikit,, disp. Biblioteca da fic.

⁸⁸ Idem.

concerne a liberdade religiosa, em professam a fé e recusa a transfusão de sangue mesmo diante da possibilidade desta recusa provocar a perda da vida.⁸⁹

Diniz, por sua vez, apontando o direito a vida como o mais relevante em caso de colidência entre a vida e religião: "A recusa de medicação ou tratamento, como a transfusão de sangue, revela um comportamento antiético, porque é da essência do ser humano conservar e proteger a vida, que é um bem superior à liberdade de crença"⁹⁰.

Já no entendimento de Celso Bastos:

(...) o paciente tem o direito de recusar determinado tratamento médico, no que se inclui a transfusão de sangue, com fundamento no artigo 5º, II, da Constituição Federal. Por este dispositivo, fica certo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (princípio da legalidade).⁹¹

A grande divergência entre doutrinadores quando o assunto em debate e a hemotransfusão em Testemunhas de Jeová por tratar de temas polêmicos como religião, autonomia, biomedicina, direito e dignidade, e varias outras normas e princípios.⁹²

O conselho Federal de Medicina encerrou o assunto quando editou a Resolução nº 1.021/80 assegurando assim os profissionais da saúde para uma solução do empasse, e uma proteção aos seus direitos e deveres para com as pacientes testemunhas de Jeová.

A Resolução nº 1.021/80 e estabeleceu uma justiça salomônica para os casos de recusa do paciente adepto de crença que não aceita a transfusão de sangue. Deve-se distinguir, pela mencionada Resolução, duas situações distintas: na primeira delas, não havendo iminente perigo de morte, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; na segunda, ocorrendo iminente risco de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis.⁹³

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Diniz, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 18 edição. Malheiros, São Paulo: 2005.

⁹² REVISTA BIOETICA. Volume 24,Nº3 , 2016 Editor Geral, Sidnei Ferreira, Gráfica, Posigraf, editora Eletrônica. Aline Maya/ Tikit,, disp. Biblioteca da fic.

⁹³Idem.

A resolução e digna de observação em termos legais, a vida sobrepõe a fé religiosa, decisão é altamente subjetiva, pois se baseia em valores morais, para decidir qual tratamento é o melhor ou certo, na concepção do sujeito.

Outro exemplo é o das pessoas usuárias de droga que mesmo consciente dos maus causados de tais substancias continuam a usa-las, os fumantes mesmo consciente que o cigarro é o maior causador de câncer e muitas outras doenças continua com o abito de fumar, embora o sujeito realmente acredite que queira se livrar daquele hábito, porque sabe que faz mal – efetivamente ou potencialmente – à sua saúde, ele, na realidade, não quer renunciar ao prazer que o fumo, lhe traz, causando riscos ao indivíduo e à sociedade.

O individuo continua a fumar, bebe, se drogar, comer em excesso por exercer sua capacidade de autonomia. Escolhe então, racionalmente, o que faz mal ao corpo, mas provavelmente bem à alma. Sente o que diz o poeta nesse sentido ⁹⁴

Fumar é a forma disfarçada de suspirar'. A curto prazo, na realidade, todos praticamos tais atos. Quantas vezes fazemos o que sabemos que não devemos fazer? Nos enchemos de chocolates, comidas engorduradas, pileques? Mas a curto prazo nenhum problema surge. Com o fumante inveterado, o alcoólatra, o obeso mórbido isso ocorre numerosas vezes por dia, ao longo de muitos anos, e a cada vez ele pode pensar que deveria fazer diversamente. Como não se dispõe, diz-se dependente do cigarro, da bebida ou da comida para viver.⁹⁵

De um lado um individuo em sã consciência e plena faculdade mental compõe o terreno de atuação concreta da liberdade, que se exprime, originariamente, na esfera de seu titular, exercendo sua ampla autonomia na sociedade, com sua dependência, de outro lado um sujeito com sua capacidade mental obstruída por uma demência congênita decorrente do envelhecimento ou do rigor da filosofia da velhice.

A grande questão em debate é uma análise quanto as direitos da pessoa portadora de demência ou incapacidade mental provocado pela doença de Alzheimer (DA), no fim da vida, sua autonomia, e as validade das diretivas antecipadas da vontade ou mandato duradouro, e o testamento vital, em caso das pessoas dementes pela doença de Alzheimer (DA).

⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014

⁹⁵ Idem.

Nesse sentido, passamos a analisar as diretivas antecipadas de vontade. Elas representam o gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro⁹⁶. Ambas as espécies são aplicáveis a situações de incapacidade em razão de adoecimento tem sido usado para a orientação quanto ao tratamento que será aplicado ao paciente.

Esse instrumento é visto como um instrumento de proteção e a preservação da autonomia e personalidade do idoso, sobre o destino de suas vidas, inclusive os dementes.

O testamento vital é um documento, redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, e tratamentos e procedimentos que deseja ou não ter quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade.⁹⁷

É de grande valia que esse documento seja escrito com a ajuda de um médico de confiança do sujeito não devendo ao médico impor suas vontades pois o testamento e de seu paciente e a vontade deve ser exclusivamente do paciente é importante o auxílio de um advogado para evitar que aja disposição contra no ordenamento jurídico brasileiro, contra tal documento.⁹⁸

O mandato duradouro segundo Dadalto, é o ato no qual o paciente nomeia um ou mais “procuradores” que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente- definitiva ou não, quando estes estiverem que tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente.⁹⁹ Nessas circunstâncias, não é necessário que o paciente esteja em estado terminal por ser o mandato um documento mais abrangente que o testamento Vital ¹⁰⁰,

Levando em conta o demente de doenças degenerativas como no caso de doença de Alzheimer (DA) deve se observa a vida do demente antes da problema

⁹⁶ O termo testamento vital, embora tenha uso corrente, apresenta uma imprecisão conceitual decorrente de sucessivas traduções do termo original living will, isso porque testamento é um documento de manifestação de vontade cuja característica essencial é a produção de efeitos post mortem e solenidade (DADALTO, 2015, p. 2 e

⁹⁷ DADALTO, Luciana. Testamento Vital, São Paulo: Atlas, 2015 3ed.

⁹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014

⁹⁹ DADALTO, Luciana. Testamento Vital, São Paulo: Atlas, 2015 3ed.

¹⁰⁰ Idem.

degenerativo para que não deixe sua autonomia ser envasada, por mero entendimento de seus cuidadores, necessitando uma observação e comentários de pessoas mais próximas a ele, que ele possa ter feito durante o decorrer de sua faculdade mental boa, “mesmo porque , a pessoa acometida de tal distúrbio poderia, em estagio inicial de comprometimento mental, dispor, de forma autônoma, sobre a terapêutica a lhe ser ministrada, ou sobre a não ministração de qualquer forma de terapia como vista á abreviação da vida e, com ela o sofrimento”.¹⁰¹

Deve se levar em conta que as diretivas antecipadas asseguram o paciente ter sua autonomia assegurada no fim da vida podendo ele optar pela prática da ortotanásia, a ter seus desejos furtados no fim da vida

Outro confronto enfrentado com pessoas dementes acometidas pela doença de Alzheimer (DA) é com seu bem-estar, com sua integridade, é melhorar a qualidade de vida das Pessoas com demência acaba mitigando sua autonomia por interferir nas decisões dele independente de qual seja e de qual forma foi expressada segundo SÁ:

Em lugar da autonomia, por alguma reclamada a quem quer que seja, toma lugar, por questão de necessidade, a atuação externa de quem realmente tem capacidade para discernir quais são os maiores ou melhores interesses (best interests) do indivíduo demente. Mesmo por que ele assiste o direito de benéfica(beneficente)¹⁰².

O que seria esse direito de benéfica? para um cidadão demente, entende se que todo demente tem alguém que cuida e toma as decisões para pessoa que já não tem mais essas condições, procurando seu melhor bem-estar, sendo essa a pessoa que melhor define o que traria mais segurança e dignidade para o sujeito portador de demência tanto a lei quanto na moral. ¹⁰³

O problema maior do Direito brasileiro na atualidade tem sido exatamente estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais assegurando, uma autonomia, o mais amplo possível, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular. Assim, o ser humano passa a figurar no direito privado de forma completamente distinta: de um lado, um sujeito que

¹⁰¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna, Autonomia para morrer eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas da vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 144

¹⁰² Idem pag.146

¹⁰³ Idem, ibidem, p. 144

não poderá ser corrompido por terceiros, sob pena de reparação dos danos sofridos; de outro, passa a ser protegido, inclusive, das investidas lesivas de seu titular¹⁰⁴.

Assegurando o ser humano o direito a uma morte digna pela prática da ortotanásia

3.2 Estudo Analógico de Decisão

A ortotanásia no Brasil é um tema de grande discussão, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que marcou uma nova fase do direito brasileiro trazendo em seu texto um rol de direitos fundamentais para nosso ordenamento jurídico, demonstrando prioridade sobre qualquer outro direito, reforçando ainda mais ao elencar logo em seguida os direitos sociais fortalecendo os direitos do cidadão, salientando que os tratados internacionais que versem sobre direitos fundamentais devem ingressar no ordenamento jurídico na mesma hierarquia constitucional.

Com essa nova formulação do direito brasileiro após 1988 emergiu-se o modelo de compreensão principiológica do direito, onde muito se debate o princípio da autonomia, da vida digna que deve ser analisada sob o prisma da saúde, entendida como qualidade de vida ou bem-estar biopsicossocial do ser humano qualquer atitude que fere a qualidade de vida está desrespeitando a dignidade humana. Nesse contexto, a morte digna diz respeito à dignidade da pessoa enferma, sem qualquer possibilidade de cura, sendo mantida a base de aparelhos, entrando assim o direito a morte digna onde encontra um ambiente favorável no ordenamento jurídico brasileiro seguindo outros países, trazendo uma nova interpretação ao texto constitucional, que vem ganhando uma nova visão de acordo com a realidade social, onde se deve respeitar mais os direitos individuais.

Nesse sentido a Bioética vem ganhando papel fundamental na garantia da autonomia, no direito brasileiro, tornando-se a fonte mais nova na tutela dos Direitos Humanos. Com a Resolução nº 1.805 de 2006, do CFM regulou eticamente a Ortotanásia no Brasil, contida no seu artigo 1º, parágrafos 1º, 2º e 3º assegurando que

¹⁰⁴ 10 Sobre este assunto ver: PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Terminalidade e Autonomia: uma abordagem do Testamento Vital no Direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Vida, Morte e Dignidade Humana. São Paulo: GZ Editora,

em determinadas situações os tratamentos utilizados traz apenas prolongamento da vida, pois nesse momento a qualidade de vida do paciente deve servir de base para as decisões médicas, trazendo também mais tranquilidade ao médico, no sentido ético, para que proporcione ao seu paciente um "bem morrer", ao invés de um sofrimento inútil enquanto lhe restar vida podendo ele optar pela forma de tratamento que deseja submeter segundo Schreiber:

A decisão quanto a seguir ou não um tratamento pertence, por definição, ao paciente. Integra a sua autonomia corporal, que deve ser mantida a salvo da intervenção do Estado e de outros particulares.¹⁰⁵

Nesse sentido o Brasil vem assegurando a prática da ortotanasia consentida, como no caso de Nancy Cruzan, que muito se fala aqui no Brasil uma jovem americana que devido um acidente automobilístico veio a ficar em estado vegetativo sua família entrou com ação judicial para que sua vontade se cumprisse, “Uma ação judicial foi, então provida com base na alegação de que Nancy havia, ao longo da vida, manifestado diversas vezes sua intenção de não ser mantida viva em estado vegetativo”,¹⁰⁶ e depois de uma batalha judicial a “corte suprema daquele país reconheceu pela primeira vez, pela maioria de seus membros, um direito constitucional á interrupção do tratamento médico que mantém viva pessoas em estado vegetativo permanente, desde que respeitada as formalidades exigidas por Estado”¹⁰⁷.

Outro caso muito parecido ao de Nancy é o de Elauna Englaro uma jovem italiana que viveu em coma de 1992 á 2008 e só depois de uma batalha judicial proposta pelo seu pai a Corte di cassazione foi autorizada a interrupção do tratamento artificial que conservava suas funções vitais.

Segundo Schreiber:

A doutrina registra que se o doente está impossibilitado de manifestar-se, a família, em geral considera guardião do enfermo, tem assumida tal responsabilidade. Deve - se reconstruir, de fato, a intenção do paciente¹⁰⁸.

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2º Ed. ,SP. Atlas, 2013

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem, ibdem.

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2º Ed. ,SP. Atlas, 2013.

Entendeu que com a impossibilidade de Nancy o pai seria o responsável para decidir qual melhor procedimento em acordo com a escolha que ela faria se pudesse fazer a escolha.

Já a experiência Norte Americana o testamento vital foi proposto pela primeira vez em 1967 pela sociedade americana para a eutanásia, como um “documento de cuidados antecipados, pelo qual indivíduo poderia registrar seu desejo interromper as intervenções médicas de manutenção da vida” levando assinado por Luiz Kutner.¹⁰⁹

Nos dias de hoje o país possui um sistema legal de common law, isso significa que a legislação foi criada com a primeira experiência no ano de 1976.

Karen Ann Quinlan, uma norte americana de 22 anos, entrou em coma por causas nunca reveladas e seus pais adotivos, após serem informados pelos médicos da irreversibilidade do caso solicitou a retirada do respirador, frente a recusa do médico responsável, pelo caso, acionaram o Poder judiciário de New Jersey Estado na qual a paciente residia uma autorização para retirada dos aparelhos.¹¹⁰

No dia 31/03/1976, a Suprema Corte de New Jersey concedeu a família de Karen o direito de solicitar ao médico o desligamento dos aparelhos que a mantinham vivos¹¹¹

Devido a grande repercussão do caso o Estado da Califórnia aprovou o Natural Death act Lei que garante o paciente a recusar ou suspender um tratamento médico¹¹²

Devido ao grande o avanço de demandas a convecção de direitos humanos e biomedicina aprovo em 4 de abril de 1997 em seu art. 9º declaração que assegura o paciente exercer sua autonomia nos seguintes termos:

Artigo 9ºserão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito á intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade¹¹³.

Tal convenção tem como signatários 47 países entre eles 35 assinaram a convenção e 23 ratificaram, entre as ratificações esta, Portugal, Espanha, Suíça.

¹⁰⁹SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2º Ed. ,SP.Atlas, 2013

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem, ibdem.

¹¹² DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 3º ed. SP. Atlas 2015

¹¹³ Idem.

O Brasil o caso mais emblemático aconteceu no Estado do Rio Grande do Sul na Cidade de Viamão a Apelação Civil nº 70054988266 TJRS onde se trata de um idoso que recusa a amputação de um membro necrosado. Que segundo Dadalto:

No dia 20 de novembro de 2013 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) Jugou a Apelação Civil nº 70054988266, derivada de ação de Alvará Judicial para suprimento da vontade do idoso, proposta pelo Ministério Público, na cidade de Viamão (RS), em que se discute o direito de um idoso em recusar a amputação de um membro necroso¹¹⁴

Sendo o primeiro caso que mais se a próxima da ortotanásia, julgado no Brasil mesmo, onde o paciente fez a recusa de uma amputação e não de um fim da vida os julgadores reconheceu pelo direito do idoso de não submeter a cirurgia Segundo A Jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).¹¹⁵

Os Desembargadores, julgaram com entendimento a Resolução n. 1995, do Conselho Federal de Medicina, que a autonomia da vontade da pessoa deve ser levada em conta, mesmo que haja risco da própria vida, e de acordo com o princípio

¹¹⁴ Idem, ibidem.

¹¹⁵ <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs> cons. em 14/11/2017.

constitucional da dignidade da pessoa humana, e da autonomia da vontade, assegurando assim que o paciente goze de sua dignidade pois de nada adianta a vida com sofrimento.

Entende-se que julgadores reconheceram o testamento vital como documento válido em acordo a resolução Resolução n.º1995, do Conselho Federal de Medicina, para que o paciente obtivesse um procedimento da ortotanásia e tivesse uma morte natural, conforme se verifica da ementa:

Em seu voto o Relator Des. Irineu Marinho prescreve que:

Considera que conforme o laudo psicológico, o paciente se opõe à “amputação da própria vida, vendo a morte como alívio do sofrimento”; considerando que conforme laudo psiquiátrico “continua lucido, sem sinais de demência” o médico buscou auxílio do Ministério Público, no sentido de fazer a cirurgia mutiladora mediante autorização judicial a fim de salvar a vida do paciente. E considerando que o pedido do Ministério Público foi indeferido de plano, vem a apelação.¹¹⁶

Observa-se que o acordo teve reconhecimento do testamento vital, pela prática da ortotanásia no sentido de assegurar ao paciente o direito de não se submeter a tratamento não desejado respeitando assim sua autonomia e sua dignidade mesmo que essa decisão lhe custasse a vida.

Outro julgado de 2016 em que não foi reconhecido, a mas também esta próxima a prática da ortotanásia percebe-se que ainda existe grande divergência na aplicabilidade da lei sobre a ortotanásia no Brasil.

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES 27 Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2016. MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça

¹¹⁶<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs>, cons. Em 14/11/2017.

do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011).¹¹⁷

Observa se nos dias de hoje a importância do testamento vital para que se tenha assegurado a autonomia a dignidade, no fim da vida sendo ele um documento seguro e garantidor de direitos fundamentais assegurado na constituição de 1988.

Nesse sentido entende se que a prática da ortotanásia na atualidade já é uma prática reconhecida constitucionalmente, como sendo uma prática legal assegurando assim que o paciente tenha uma morte digna, segundo suas vontades pela prática ortotanásia.

O que nos falta e um Lei específica, que normatiza a dignidade no fim da vida, e a autonomia do paciente para optar pela prática da ortotanásia.

¹¹⁷<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs> cons. em 14/11/2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos ora aqui apresentados, observa-se que o Direito à vida é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal 1988, que tal direito reconhece que a vida deve ser vivida e respeitada de maneira digna de um cidadão para que ele possa exercer todos os direitos a ele inerente, que a morte e parte do ciclo da vida humana e não podendo afastar a dignidade da pessoa humana no final da vida. A doença destrói a integridade do corpo causando a dor e o sofrimento podendo assim destruir a dignidade do paciente

A pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade e para tal é essencial que ele exerça a sua autonomia para decidir sobre que tipo de tratamento quer ser submetido nos momentos finais de sua vida. São inegáveis os avanços na legislação brasileira quando estamos tratando do reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais através do seu reconhecimento e da inserção de princípios, em especial o do respeito à dignidade da pessoa humana na carta maior de 1988, é possível vislumbrar uma nova realidade para os pacientes terminais abrindo espaço para que ele decida o final de sua vida tendo respeitada o direito de ter uma morte digna na sua concepção.

No viés filosófico percebe se que a morte é um enigma desde a fundação do mundo ela é estudada por grandes filósofos que já defendiam a prática da ortonásia abordado que nunca deve se prologar a vida a base de fármacos e sofrimento para assegurar uma vida sem qualidade, sem perspectiva de melhoras, que quando a morte chega ninguém a segura devendo procurar sempre uma morte digna.

Para a medicina com os avanços tecnológico e a resolução CFM 1.805/2006 trouxe mais segurança aos agentes de saúde e a paciente por assegurar ele o direito de exercer sua autonomia, mesmo que não estando mais em condições de expressar seus desejos mas que em algum momento tenha feito algum relato sobre como gostaria de ser tratado caso se tornasse uma pessoa doente e sem condições de expressar algo atribuindo assim as diretivas antecipadas da vontade no fim da vida, podendo optar pela prática da ortotanásia tendo uma morte natural a ficar sofrendo ligado a aparelhos, prolongando uma morte com a certeza dela já ter chegado.

Desta forma, percebe-se que a tutela dos direitos da personalidade hoje, encontra embasamento constitucional, em uma categoria diferenciada e especial, pois a personalidade da pessoa humana deve ser respeitando até o fim da vida, não podendo o direito a vida ser visto só como o direito a vida biológica, mas também como o direito a identidade, a personalidade, a moral a integridade física, a honra ao corpo, a morte correta, segura e sem sofrimento, a uma morte digna.

No item 3.2 vimos que o Brasil segue para a efetivação e o reconhecimento do testamento vital meio pelo qual o paciente tem sua autonomia e dignidade respeitada em caso de demência ou incapacidade de exercer sua vontade no momento final da vida mesmo que seja exercida a prática da ortotanásia.

Conclui-se que a ortotanásia, visa a morte no tempo certo, é o procedimento pelo qual o médico suspende o tratamento, ou somente realiza terapêuticas paliativas, para evitar mais dores e sofrimentos ao paciente terminal, que já não tem mais chances de cura; desde que esta seja a vontade do paciente, ou de seu representante legal.

Não se trata de matar o paciente, mas permitir a ele uma morte digna, assegurando ao paciente o respeito a sua dignidade a sua autonomia permitindo a ele uma morte digna pela prática da ortotanásia.

A ortotanásia não fere os princípios constitucionais pois o direito à vida inclui uma vida digna e uma morte digna e aplica os princípios constitucionais da dignidade das autonomias da personalidade, respeitando o direito fundamental do paciente terminal de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante. Vai muito além de procedimentos e condutas: é um ideal a ser perseguido pela medicina e pelo direito, dentro da certeza da finitude da vida.

REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução, 3º Ed. Rio de Janeiro: Renovar , 2000.
- ARANHA, Maria Lucia. Maria Helena Pires Martins. Filosofando: Introdução a Filosofia. 4º ed. .rev. São Paulo, Moderna.
- AZEVEDO, Marcos de. Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio das tutelas jurisdicionais. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In:SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- BRASIL .Constituição da Republica federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade mecum acadêmico de direito. 16, ed. São Paulo: Rdeel, 2016.
- BRASIL, Código Civil. Lei Nº 10406, de 10 de Janeiro de 2002
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição . São Paulo : Malheiros, 2017 Reimpressão da 7.ª Edição de 2003
- CARVALHO, Hilário Veiga de, Apud, MARREY NETO, José Adriano. A morte e seu diagnóstico (aspectos legais). Revista de Julgados e Doutrina do TACrimSP. n. 2, abr./junh., 1989.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006 (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169), Conselho regional de medicina, código de ética médica.
- DADALTO, Luciana, Testamento Vital. 3º ed. SP, Atlas.
- DENNUCCI, A . (2008) A bela morte é o fim da bela vida de Sócrates. Aisthe, 1 (2), 155.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo, Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Vol I, 20. ed., rev. e aum. de acordo com o novo código. São Paulo: Saraiva, 2003

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

<https://dicionariodoaurelio.com/morte>. Acessado em 03/11/2017.

<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/principio/> Acessado em 10/10/2017

<http://www.a12.com/redacaoa12/igreja/sobre-o-conceito-etico-de-mistanasia>. Acessado em 02/10/2017

<http://www.citador.pt/textos/a-morte-nao-e-nada-para-nos-epicuro> Acessado em 28/09/2017.

<http://www.dicionarioinformal.com.br/mistan%C3%A1sia/> cons. Em 02/10/2017

<http://www.institutogeist.com.br/artigos/a-personalidade-na-antropologia-de-viktor-frankl/> Por Heloísa Reis Marino. Sociedade Brasileira de Logoterapia (SOBRAL). Acessado em 10/11/2017

http://www.portalmedico.org.br/regional/crmpb/artigos/paciente_morte.htm. Consultado Acessado em 03/10/2017.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm, Acessado em 22/09/2017 as 23:15h

<https://jus.com.br/artigos/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acessado 11/11/2017

<https://novaescola.org.br/conteudo/263/a-morte-na-visao-de-seis-filosofos>. Acessado em 26/09/2017.

<https://pt.aleteia.org/2017/03/10/cuidados-paliativos-e-eutanasia-sao-a-mesma-coisa/> Acessado em 29/09/2017

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Ortotan%C3%A1sia> cons. em 01/10/2017

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs> cons. em 14/11/2017.

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs> cons. em 14/11/2017.

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs>, cons. Em 14/11/2017.

<https://www.dicio.com.br/ortotan%C3%A1sia/> cons. Em 03/11/2017

JORM, A. F.; JACOMB, P.A. - The informant questionnaire on cognitive decline in the elderly (IQCODE): Socio-demographic correlates, reliability, validity and some norms. *Psychol Med* 1989;19:1015-22. Citado por Izabella Dutra de Abreu; Orestes Vicente Forlenza; Hélio Lauer de Barros: Demência de Alzheimer: Correlação entre Memória e Autonomia. publicado em, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832005000300005.cons em.26/10/2017

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. São Paulo: Martin Claret, 2003

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/DIREITO_A_MORTE_DIGNA_EUTANASIA_E_MORTE_ASSISTIDA.pdf Acessado em: 25.out. 2017.

MATIAS, Adeline Garcia. A eutanásia e o direito à morte digna à luz da Constituição.

MATTIA, Fabio Maria de. Direito da Personalidade; Aspectos Gerais.in CHAVES, Antônio (coord). Estudos de Direito Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais Ltda, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 18 edição. Malheiros, São Paulo: 2005;

MOLLER, Leticia Ludwig. Direito a morte com dignidade e autonomia. Curitiba: ed. Juruá, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014;

NOVAH, Irany, "A morte vista do espelho" (Jornal da USP, 3 a 9 de março de 1997.

PÁZIN-FILHO, Antônio, Medicina (Ribeirão Preto) Simpósio: MORTE: VALORES E DIMENSÕES, 2005;38(1): 20-25 Capítulo II, MORTE: CONSIDERAÇÕES PARA A PRÁTICA MÉDICA

PEDROSA NETO, Antônio. RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Brasília, 08 de agosto de 1997. Disponível em: https://www.hc.unicamp.br/servicos/cco/formularios/02_form.pdf Cons. Acessado em 19/09/2017.

PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Terminalidade e Autonomia: uma abordagem do Testamento Vital no Direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Vida, Morte e Dignidade Humana. São Paulo: GZ Editora, 2010.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, *in A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte geral, Volume 5. Tratado de direito privado, Bookseller, 2000

REALE, Miguel, <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acessado em 10/11/2017;

REVISTA BIOETICA. Volume 21,Nº2 , 2016 Editor Geral, Sidnei Ferreira, Gráfica, Posigraf, editora Eletrônica. Aline Maya/ Tikit,, disp. Biblioteca da fic.

REVISTA BIOETICA. Volume 24,Nº3 , 2016 Editor Geral, Sidnei Ferreira, Gráfica, Posigraf, editora Eletrônica. Aline Maya/ Tikit,, disp. Biblioteca da fic.

ROBATTO, Waldo. Eutanásia: sim ou não? Aspectos Bioéticos. Ed. Revista e ampliada. Curitiba: Instituto Memoria, 2008 ROBATTO.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte. Del Rey. 2018.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Publicado em 12/1998. Atualizado em 03/2001.

SARTRE, Jean-Paul. O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução de Paulo Perdigão.4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

SCHOPENHAUER, Arthur. (1788-1860) O Mundo Como Vontade e Representação – Livro IV, Tradução: Heraldo Barbuy. Edição ACRÓPOLIS. Versão para e Book e Books Brasil.org. Fonte Digital: br.egroups.com/group/acropolis/Copyright: Domínio Público. Cons. Em 27/02/2017.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade 2ºed.SP. Atlas, 2013.

SILVA, Anabela Pinto da. Eutanásia: prós e contras de uma legalização em Portugal. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) - Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto, Porto, 2007. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/7280/2/Tese%20Anabela%20Silva%20%20icbas.pdf>>. Aces. em: 9/11/2017;

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2001.

SIQUEIRA, José Eduardo de. A Arte perdida de Cuidar. Revista Bioetica. V.10, nº2. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/216. Acessado em 15/11/2017

XAVIER, Marcelo S. MOLLEIS, Carmen Silvia. MIZIARA, Galego. MIZIARA, Ivan Dieb. Terminalidade da vida: questões éticas e religiosas sobre a ortotanásia. *Saúde, Ética & Justiça*. 2014;19(1):26.34