

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA

IZABELE TIEMI OSAKU

A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NA EUTANÁSIA

CURITIBA

2016

IZABELE TIEMI OSAKU

A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NA EUTANÁSIA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Pós Dr. Clayton Reis.

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

IZABELE TIEMI OSAKU

RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NA EUTANÁSIA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, ____ de _____ de 2016.

Dedico este trabalho aos meus amados pais, aos meus
familiares, aos meus amigos, aos quais sou grata por
tudo.

AGRADECIMENTOS

Nesta oportunidade, em primeiro lugar devo agradecer a Deus, centro e fundamento de tudo em minha vida, por renovar a cada momento a minha força e disposição bem como pelo discernimento concedido ao longo dessa caminhada.

Devo especiais agradecimentos a minha família e aos meus amigos que de forma carinhosa e incentivadora me deram força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades. Obrigado por contribuírem com tantos ensinamentos, conhecimentos e tantas palavras de força, ajuda e bondade durante esta jornada.

Nenhuma fórmula de agradecimento será bastante para fazer jus à ajuda efetiva e os conselhos que recebi do meu orientador, Professor Clayton Reis, que acreditou em mim, me orientou com sabedoria e dedicação no desenvolvimento de todo trabalho, ouvindo minhas considerações, compartilhando comigo suas ideias, conhecimentos e experiências. Quero expressar o meu reconhecimento e admiração pela sua competência profissional e minha gratidão pela sua amizade, por ser um profissional extremamente qualificado e pela forma humana que conduziu minha orientação.

A todos aqueles que direta ou indiretamente colaboraram para a realização deste trabalho, o meu muito obrigado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DA EUTANÁSIA.....	12
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO.....	12
2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS.....	15
2.2.1 Eutanásia.....	16
2.2.2 Ortotanásia.....	18
2.2.3 Distanásia.....	19
2.2.4 Mistanásia.....	20
2.2.5 Morte assistida.....	21
3 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA.....	22
3.1 DIREITO À VIDA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.....	22
3.2 AUTONOMIA E TERMINALIDADE DA VIDA.....	27
3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À EUTANÁSIA.....	30
4 DA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	36
4.1 RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	36
4.2 MÉDICO E PACIENTE TERMINAL.....	38
4.3 DEVERES DO MÉDICO.....	40
4.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	42
4.4.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	42
4.4.2 Ação Omissão do Agente.....	44
4.4.3 Dolo, Culpa do Agente.....	45
4.4.4 Nexo Causal.....	47
4.4.5 Dano ou Prejuízo.....	50
4.4.5.1 Do Dano Patrimonial.....	51
4.4.5.2 Dano Emergente.....	51
4.4.5.3 Lucro Cessante.....	52
4.4.5.4 Dano Moral e Dano Estático.....	52
4.4.6 Classificação e Responsabilidade Civil quando a Culpa.....	55
5 CONSEQUÊNCIAS CIVIS E PENAS DA PRÁTICA DA EUTANÁSIA –	

POSTURA DOS TRIBUNAIS.....	57
5.1 TRATAMENTO PENAL DA EUTANÁSIA NO BRASIL.....	57
5.2 CONSEQUÊNCIA CIVIL DA PRÁTICA DA EUTANÁSIA.....	60
5.3 JURISPRUDÊNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	62
6 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	73

RESUMO

A eutanásia, assim como muitos outros temas tratados pela bioética, é considerada muito polêmica, uma vez que além de atingir direitos personalíssimos, há grande diversidade de procedimentos que são apresentados para verificar a possibilidade de uma morte digna. Os aspectos históricos, morais e éticos que cercam essa temática, acarretam uma série de consequências jurídicas. Nesse contexto, é de se ressaltar o valor supremo da dignidade da pessoa humana, considerado ainda um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, o qual deve ser assegurado em todos os momentos da vida, inclusive no momento da morte. Destaca-se também o direito à vida como fundamental à existência dos demais direitos, visto que sem a vida não há ser humano e os direitos da personalidade. Contudo, observa-se que “o direito de morrer” pode vir a ser discutido e compreendido, com amparo nos preceitos legais, sem ofender por vezes direitos personalíssimos e o princípio da dignidade humana.

Palavras-chave: Morte digna. Eutanásia. Ortotanásia. Distanásia. Dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, as discussões acerca de temas relacionados à bioética ganharam espaço no cotidiano das pessoas comuns e, nesse contexto, a eutanásia sempre foi alvo de controvérsias, tanto na esfera científica, moral, religiosa ou jurídica. Isso ocorre devido ao fato de se estar lidando com a vida de uma pessoa que se encontra em uma situação de grande sofrimento e debilitação. E são essas dúvidas e controvérsias que serão objeto de discussão ao longo do presente estudo.

Dentre os argumentos de quem defende a prática da eutanásia está o fato de que na medicina existem quadros clínicos irreversíveis e, ao atender aos anseios do paciente em estado terminal que almeja a antecipação de sua morte, este morrerá com dignidade e com autoridade para decidir sobre sua própria vida para o fim de amenizar suas dores e sofrimento.

De outro lado, os que se opõem à prática da eutanásia se respaldam na ideia de que é dever do Estado preservar a todo custo a vida humana, que é o bem jurídico mais importante. Desse modo, está o poder público obrigado a adotar medidas que visem o prolongamento da vida, fomentando o bem estar do cidadão, evitando a morte ou qualquer situação de risco, mesmo contra a vontade das pessoas, visando, assim, a diminuição de graves abusos. Nesse contexto, a lei penal trata da eutanásia como delito em face de se apurar a culpa, pois a Constituição Federal garante o direito à vida, à igualdade e à liberdade dos indivíduos; já na esfera cível visa se apurar a extensão dos danos causados a terceiros para responsabilizar aquele que abrevia a vida do enfermo a fim de diminuir seu sofrimento.

Cabe ressaltar que o presente trabalho inicia-se com uma breve evolução histórica sobre a prática da eutanásia desde os povos antigos, por motivos e razões singulares de cada um deles, ligados principalmente a fatores culturais e norteados por diversas crenças e mitos que foram se transformando com a evolução da história humana até os tempos contemporâneos.

Ainda no primeiro capítulo, são elencados alguns conceitos atualmente relacionados com a intervenção humana no final da vida. Apresentam-se noções gerais sobre a eutanásia e as diversas classificações adotadas, bem como as diferenças existentes entre a eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e morte assistida.

Em momento posterior, tem lugar a análise do direito à vida, ligado a outros direitos fundamentais que guardam relação com a eutanásia. Neste contexto, o direito à vida,

contemplado pela Constituição, será compreendido de acordo com uma visão global, incluindo na sua interpretação outros valores superiores inerentes aos seres humanos, entre os quais se destaca o da autonomia de vontade e o da dignidade humana, que deve ser respeitado no decorrer da vida, inclusive no momento da morte.

Após, reserva-se espaço para a apreciação sobre a questão da eutanásia e a responsabilidade médica, buscando uma melhor compreensão, sobre a relação ética jurídica e profissional entre esses institutos, visto que a responsabilidade médica é de suma importância quando se estuda o tema eutanásia.

Na sequência, far-se-á um estudo da eutanásia à luz do direito penal brasileiro e da Constituição Federal, com a demonstração da estrutura do tipo do injusto do homicídio eutanásico, interpretando-se ainda as consequências cíveis da prática da eutanásia.

Finaliza-se com um breve estudo sobre algumas decisões exaradas pelos Tribunais de Justiça do nosso país, que enseja à reflexão sobre a aplicação dos princípios jurídicos da dignidade humana, bem como da autonomia de vontade às “situações limites”, em que o enfermo encontra-se em profundo sofrimento.

Destarte, este trabalho não tem a pretensão de trazer respostas últimas sobre a questão. O que se visa é analisar alguns aspectos concernentes à eutanásia, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, mostrando como “o direito de morrer” vem sendo e pode vir a ser discutido e compreendido, com amparo nos preceitos legais, para que cada um possa fundamentar seus posicionamentos pessoais.

2 DA EUTANÁSIA

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO-LEGISLATIVO

A prática da eutanásia tem origem ancestral, tendo sido realizada com frequência ao longo das distintas civilizações. Diversos povos como os celtas, tinham como costume o desígnio eutanásico através dos filhos, que matavam seus pais quando estes se encontravam velhos e doentes. Isso ocorria pelo fato do homem primitivo ser guiado por uma moral utilitária e, quando já não podia lutar pela sobrevivência, costumava se livrar dos sofrimentos com a antecipação de sua morte.¹

Na Índia antiga os doentes incuráveis eram levados até a margem do rio Ganges, onde tinham suas narinas e a boca obstruídas com barro e, em seguida, eram arremessados no rio sagrado por seus parentes para ali morrerem.² Na Birmânia, bastava a simples enfermidade penosa para que o doente fosse enforcado. Sardos, eslavos e escandinavos apressavam a morte de seus pais enfermos.³

A discussão acerca dos valores sociais, culturais e religiosos envolvidos na questão da eutanásia vem desde a Grécia antiga. Platão era um dos filósofos que defendia a ideia de que o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o suicídio e vislumbrava uma Medicina em que o cuidado médico deveria se centrar apenas naquelas pessoas que receberam da natureza corpo perfeito e saudável, e os que de alguma forma contraíssem alguma enfermidade, não caberia ao médico prolongar e amargar a alma incorrigível.⁴

Hipócrates, considerado pai da Medicina, em um dos seus escritos afirmava a respeito da prática médica que: “A medicina consiste em afastar por completo os padecimentos dos que estão enfermos e mitigar as dores de sua enfermidade, e não tratar os já dominados por enfermidades, conscientes de que em tais casos a medicina não tem poder”.⁵

A discussão sobre o tema prosseguiu ao longo da história, com a participação de Tomás Morus, um santo da igreja católica que defendeu a eutanásia em sua obra *Utopia*, sustentando que deveria ser oferecido aos enfermos todo tipo de cuidado e solidariedade,

¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCRIM, 2001. p. 32.

² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.15.

³ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 33.

⁴ PESSINI, Leocir. **Eutanásia: Por que abreviar a vida?** São Paulo: Loyola, 2004 a. p. 104.

⁵ Apud PESSINI, Leocir, op. cit., 2004 a, p. 104.

aconselhando se fosse necessária até mesmo a morte aos incuráveis, débeis, aleijados e inúteis, com a finalidade de ajudar a sociedade a progredir.⁶

O cristianismo pregava que a vida pertencia a Deus e não ao homem, adotando uma postura contrária a eutanásia. Demais disso, a ética cristã sempre se pautou com respeito e solidariedade perante os anciãos que sofrem, considerando o enfermo uma pessoa cujo cuidado deve ser privilegiado e afastando a possibilidade de tirar a vida de qualquer indivíduo.⁷

O tema da eutanásia volta à cena com toda a força no Renascimento. A palavra eutanásia foi utilizada pela primeira vez no século XVII por Francis Bacon, sendo derivada de duas palavras gregas *eu* e *thanatos*, que significa “uma boa morte”, afirmando que o médico deveria aplicar sua ciência para minorar as dores de uma enfermidade mortal.⁸

Mais hodiernamente, e dando um grande salto na história, em 1933, na Alemanha foi promulgada a Lei para Prevenção das Enfermidades Hereditárias, com a implementação do programa eutanásico nazista, que obrigava a esterilização para prevenir as enfermidades hereditárias como anormalidades mentais, loucura, epilepsia, surdez e a cegueira, a pretexto de purificação da raça.⁹

No Uruguai, desde a instituição de seu Código Penal em 1934, é possível a concessão do perdão judicial ao autor que, por um ato piedoso ou por súplicas da vítima, vem a praticar homicídio. Na Bolívia, poderá o julgador substituir a pena pelo trabalho pessoal ou até mesmo conceder o perdão judicial para os casos de homicídio piedoso consentido.¹⁰

O Vaticano, em 1980, divulgou uma Declaração sobre a Eutanásia, se posicionando contra sua prática. Nesse sentido, José Roberto Goldim afirma:¹¹

nada nem ninguém pode de qualquer forma permitir que um ser humano inocente seja morto, seja ele um feto ou um embrião, uma criança ou um adulto, um velho ou alguém sofrendo de uma doença incurável, ou uma pessoa que está morrendo. O Princípio do Duplo Efeito está proposto no item III deste documento. É admissível utilizar medicação analgésica com o objetivo de reduzir dor insuportável, mesmo que um efeito colateral não intencional seja a morte do indivíduo. O importante é caracterizar a intenção da ação. Esta colocação se baseia na Ética das Virtudes. Se vista dentro de uma perspectiva consequencialista a aplicação deste conceito poderia ser discutível. Este documento da Igreja Católica admite que medidas

⁶ Apud BIZATTO, José Ildefonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2.ed. rev, aum. e atual. São Paulo: Editora de Direito, 2009. p. 43.

⁷ PESSINI, Leocir, op. cit., 2004 a, p. 105.

⁸ DÓRO, Maribel Pelaez. Eutanásia/Distanásia: o direito de morrer com dignidade. **Psicologia do Argumento**, Curitiba, v. 21, n. 35, out./dez. 2003. p. 48.

⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 46.

¹⁰ Ibidem, p. 49-50.

¹¹ GOLDIM, José Roberto. **Comentários sobre a Declaração sobre Eutanásia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutvatic.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

extraordinárias, de acordo com o risco, sofrimento ou custo associado podem não ser implantadas em pacientes com morte iminente. Faculta, igualmente, a utilização e retirada de medidas experimentais, quando procedimentos terapêuticos usuais não estejam disponíveis.

A Colômbia foi o primeiro país sul-americano a constituir um Movimento de Direito à Morte com Dignidade, cuja fundação data de 1979. Em decorrência da evolução deste pensamento, o Tribunal Constitucional daquele país passou a reconhecer a ausência de responsabilidade criminal da pessoa que venha a tirar a vida de um paciente em estado terminal, desde que este tenha expressado seu consentimento com o ato, datando as primeiras decisões neste sentido no ano 1997.¹²

De sua vez, a Austrália foi o primeiro país que autorizou especificamente a prática da eutanásia. A Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais, aprovada em julho de 1996, possibilitou que os doentes terminais submetidos a graves sofrimentos físicos e mentais solicitassem a prática da eutanásia, vigorando a norma até 1997, ano em que foi revogada.¹³

Em 1994, no estado de Oregon nos Estados Unidos, legalizou-se o suicídio assistido, em pacientes que fossem diagnosticados com uma enfermidade terminal, desde que presente o seu consentimento. E, no ano 1997, o Corte Suprema norte americana, declarou que não reconhece os direitos dos enfermos terminais em solicitar a alguém ajuda para morrer, tornando-se uma conduta ilegal.¹⁴

Na Holanda, desde abril de 2002, por meio da entrada em vigor da lei sobre a cessão da vida a pedido e o suicídio assistido, vem considerar lícita a eutanásia ativa ou passiva. E, em maio de 2002, a Bélgica também legaliza a prática da eutanásia promulgando sua própria lei que define a eutanásia como ato praticado por terceiro que faz cessar intencionalmente a vida do enfermo, conforme sua própria vontade, devendo o Estado proporcionar soluções, caso o paciente não disponha de recurso para a prática da eutanásia.¹⁵

Calha apontar, ainda, que os ordenamentos jurídicos de países como a França, Espanha, Canadá e Brasil, consideram crime a eutanásia, muito embora sejam discutidos os princípios humanitários ligados à bioética em face da eutanásia.¹⁶

No Brasil, as inúmeras legislações que regulamentaram a vida social durante os séculos XVI, XVII e XVIII, foram sempre incisivas em impor severas sanções ao delito de

¹² FRISO, Gisele de Lourdes. A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 885, jul. 2009. p. 134.

¹³ Ibidem, p. 134.

¹⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 48-49.

¹⁵ PESSINI, Leocir, op. cit., 2004 a, p. 115-116 e 124-125.

¹⁶ FRISO, Gisele de Lourdes, op. cit., 2009, p. 135.

homicídio, independentemente dos motivos que compelissem o agente à sua prática ou até mesmo por pedido ou anuência da própria vítima, enquadrando, assim, o homicídio eutanásico como homicídio simples o qual recebia as mesmas sanções e, dependendo do caso, podia ter a pena diminuída se comprovada a existência do relevante valor moral.¹⁷

No Código de Ética Médica é vedado ao médico a utilização, em qualquer caso, de meios para abreviar a vida do paciente, ainda que a seu pedido ou de um representante legal. A ética médica condena a eutanásia ativa e passiva, como condena o erro médico, donde decorrem a responsabilidade, tanto civil como criminal e disciplinar.

Como se pode notar, as práticas de eutanásia que se tem conhecimento desde os tempos ancestrais da Grécia Antiga, até a época nazista basearam-se sempre em motivos sociais, políticos, médicos, eugênicos, entre outros, porém nunca se buscou levar em conta a vontade do paciente. Atualmente, o que vem se tentando discutir são os direitos do enfermo e da vida propriamente dita, no sentido de que não se prolongue o sofrimento ou que os pacientes possam decidir sobre sua própria vida, na tentativa de fazer transparecer o princípio da autonomia e da dignidade que cada pessoa tem com relação ao direito de morrer.¹⁸

2.2. ASPECTOS CONCEITUAIS

Ao se estudar o direito de morrer com dignidade, é importante lembrar que todos têm o direito à vida, garantia esta prevista constitucionalmente e, ainda que não o fosse, como direito natural inerente à pessoa. No entanto, ao se analisar a terminalidade da vida, é necessário fazer a distinção entre as terminologias correlatas ao tema que, às vezes, não deixa claro aquilo que condena e o que se aprova nos conceitos da eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e morte assistida, a seguir abordadas.

¹⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 55.

¹⁸ PESSINI, Leocir, op.cit., 2004 a, p. 107.

2.2.1 Eutanásia

A medicina usufrui cada dia mais da tecnologia e inovações na área da saúde, buscando o prolongamento da vida do homem, por mais que esses procedimentos muitas vezes sejam agressivos e dolorosos ao organismo humano,¹⁹ pois o homem sempre se sente atemorizado diante da morte e, muito particularmente diante do sofrimento.

Na discussão sobre a eutanásia, a preocupação é defender a dignidade da pessoa humana em face da terminalidade da vida, em relação a questões que envolvem a bioética do direito de morrer para pacientes em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, além da permissão da suspensão dos tratamentos que visem o prolongamento da vida do enfermo, a fim de abreviar o seu sofrimento.²⁰

A palavra eutanásia é de etimologia grega, derivada de duas palavras *eu* e *thanatos*, que significam “morte doce”, “morte sem sofrimento”, sendo empregada pela primeira vez em 1623, no século XVII pelo filósofo Francis Bacon.²¹ Na atualidade, entende-se geralmente, que eutanásia significa provocar uma boa morte, em que uma pessoa acaba com a vida de outra para o benefício de quem se encontra em estado de sofrimento.²²

Para José Afonso da Silva, o termo eutanásia hoje é empregado quando:

[...] se quer referir à morte que alguém provoca em outra pessoa já em estado agônico ou pré-agônico, com o fim de liberá-la de gravíssimo sofrimento, em consequência de doença tida como incurável, ou muito penosa, ou tormentosa.²³

Gisele Mendes de Carvalho conceitua eutanásia, destacando seu objetivo que é “[...] justamente liberar o paciente de sua agonia, acelerando o momento de sua morte”,²⁴ revelando que o ato de por fim a vida do enfermo está relacionado à tentativa de aliviar a dor e o sofrimento do doente que se encontra em um estado crítico, sem expectativa de melhora, fazendo transparecer o sentimento de piedade, compaixão pelo lastimável sofrimento, antecipando sua morte.²⁵

¹⁹ Ibidem, p. 299.

²⁰ PESSINI, Leocir, op.cit., 2004 a, p. 202-203.

²¹ BIZATTO, José Ildelfonso, op. cit., 2009, p. 13.

²² CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 17-18.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 204.

²⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 19.

²⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 17-18.

Nestes moldes, a medicina complementa o raciocínio acima exposto, ao arrazoar que a eutanásia pode ser um desejo expressado pelo próprio paciente, ou assim admitido pelos seus responsáveis, se o grau da moléstia ou outra condição o impeça de manifestar-se, cujo objetivo central é abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável, e que de outra forma teria que passar por longos e inúteis padecimentos.²⁶

Sendo assim, para que se possa compreender com maior exatidão o significado da eutanásia, faz-se mister classificá-la em relação à ação em si em: *eutanásia ativa*, que é a eutanásia propriamente dita, consistente no ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários (em caso de utilização de injeção letal); *eutanásia passiva* a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevida (deixar de se acoplar um paciente em insuficiência respiratória ao ventilador artificial); *eutanásia duplo efeito*, a morte é acelerada com consequência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas ao alívio do sofrimento do paciente (utilização de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito).²⁷

A eutanásia pode ser subdividida ainda quanto ao consentimento do paciente, podendo ser de forma *voluntária*, que se dá através da vontade expressa do doente; *involuntária*, ocorre quando o ato é realizado contra a vontade do enfermo; e ainda a *não voluntária* que é a morte provocada sem que se conheça a vontade do combalido.²⁸

Posto isto, embora a eutanásia seja classificada e definida de acordo com a concepção e o posicionamento de cada um com relação ao tema, a morte do enfermo sempre será analisada sob os aspectos jurídicos, sociais, psicológicos, culturais, religiosos e biológicos, visando sempre ajudar o paciente em fase terminal para que encontre um sentido para a sua vida e morra com respeito e dignidade.²⁹

²⁶ REY, Luís. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000. p. 305.

²⁷ BÔAS, Maria Elisa Villas. Ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 1, 2008. p. 62-63.

²⁸ FRISO, Gisele de Lourdes. A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 885, jul. 2009. p. 133.

²⁹ PESSINI, Leocir, op. cit., 2004 a, p. 226.

2.2.2 Ortotanásia

A ortotanásia deriva do grego *orthós*, normal, correta e *thanatos*, morte, podendo ser definida como morte natural sem a interferência da ciência e a utilização de procedimentos artificiais para o prolongamento da vida do enfermo. Deixa-se que a doença evolua na sua forma natural, utilizando-se apenas de cuidados paliativos adequados ao paciente no momento final de sua existência, sendo o fim da vida encarado como uma condição que faz parte do ciclo natural dos seres vivos.³⁰

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, do ponto de vista médico o termo ortotanásia é utilizado para denotar a parada voluntária de meios artificiais da manutenção da vida, a qual tem por base a arte e ciência de uma morte normal ou natural.³¹ Consequentemente, pode ser considerada uma forma mais humanizada de aceitar a doença, fazendo com que o paciente tenha o direito de morrer com dignidade.³²

Nesse sentido, a ortotanásia difere dos outros procedimentos, tendo em vista que ela consiste na “morte ao seu tempo”, buscando-se a humanização do processo de morrer, sem o prolongamento demasiado da morte e ainda sem a provocação da abreviação do período vital, já que a morte resultará da própria enfermidade do paciente.³³

É importante destacar que é preciso lutar pela manutenção da vida e pela melhora do quadro do paciente, quando se notar que os meios artificiais da medicina trarão esperança à saúde e vida do enfermo, e saber permitir ainda que a pessoa morra com dignidade quando a cura já não é mais possível, deixando ocorrer o processo natural da morte.³⁴

Em países como Estados Unidos, Canadá, Japão, França, Inglaterra, Itália a prática da ortotanásia já é garantida em lei como meio de se evitar a “futilidade terapêutica”.³⁵

No Brasil, apenas em 2006, é que foi aprovada pelo Conselho Federal de Medicina a Resolução n.º 1.805/2006, que dispõe em seu art. 1º que nos casos de pacientes que se encontrem em estado terminal de doença grave ou incurável e estejam sofrendo, deve o

³⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 27.

³¹ STEDMAN, Thomas Lathrop. **Dicionário Médico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979. v. II. p. 477.

³² PESSINI, Leocir, op. cit., 2004 a, p. 224.

³³ BÔAS, Maria Elisa Villas, op. cit., 2008, p. 64.

³⁴ PESSINI, Leocir. **Bioética**: um grito por dignidade de viver. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Paulinas, 2007 a. p. 139.

³⁵ FRISO, Gisele de Lourdes, op. cit., 2009, p. 139.

médico intervir com a intenção de amenizar as dores e as angustias do paciente, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a sua morte.³⁶

Alguns requisitos devem ser levados em consideração: como a autorização expressa do paciente, de sua família ou de seu representante legal para a realização do ato; assegurar cuidados especiais a todos os pacientes em estado terminal.³⁷

Com efeito, na ortotanásia cabe ao médico promover o bem estar do enfermo e respeitar a autonomia do paciente em receber ou não o tratamento, possibilitando assim uma morte digna e saudável no conforto de seu lar, cercado de amor e carinho das pessoas com quem tem estreitos laços de afeição.³⁸

2.2.3 Distanásia

A palavra distanásia deriva do grego *dis*, afastamento, e *thanatos*, morte, e consiste em “morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento”. Aqui o médico utiliza-se de tratamentos fúteis e inúteis ao extremo, com o emprego de aparelhos e inovações clínicas, para prolongar ao máximo a vida do enfermo e, conseqüentemente, o seu sofrimento e agonia.³⁹

Para Leo Pessini, a distanásia corresponde à obstinação terapêutica, para que ocorra um prolongamento não razoável, a qualquer custo, quando a hora da morte já chegou, pois a tendência dessa prática é fixar-se na quantidade do tempo de vida e investir todos os recursos possíveis em prolongá-la ao máximo.⁴⁰

Neste sentido, a luta contra a morte deve passar por um período de aceitação, no qual o tratamento médico deve ser utilizado para que se aumente a possibilidade de uma morte tranquila e em paz. Entretanto, a medicina contemporânea não tem tratado a morte como um destino natural de todos os seres humanos, dando às doenças mortais uma imensa priorização no que tange às inovações clínicas, pesquisas, aparelhos tecnológicos e, com isso, estendendo

³⁶ Art. 1º, Res. 1.805/2006: “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimento e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução (1.805/2006)**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016).

³⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 167.

³⁸ FRISO, Gisele de Lourdes, op. cit., 2009, p. 140.

³⁹ PESSINI, Leocir, op. cit., 2007 a, p. 137.

⁴⁰ PESSINI, Leocir. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Revista Bioética**, Brasília, v. 12, n. 1, 2004 b. p. 48-49.

a vida para além de qualquer melhoria da qualidade de vida do enfermo, negligenciando assim os cuidados para com aquele que está morrendo.⁴¹

O paciente fragilizado por uma doença terminativa, normalmente vem em busca de algo a mais na medicina. Dessa ação o que se espera, muitas vezes, não é a cura das patologias, e sim que haja compreensão e cuidados por parte daquele que detém os conhecimentos para o alívio do sofrimento e das dores do portador da enfermidade.⁴²

No Brasil, a tradição ética médica codificada tem a tendência de respaldar intervenções distanásticas. O Código de Ética Médica,⁴³ Resolução nº 1.931/2009, no capítulo I, veda a distanásia em “situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos, diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará os pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

Ressalta-se, ainda, que a distanásia visa o prolongamento da existência do homem, sem entender que tal conduta pode trazer como consequência o prolongamento do sofrimento de uma vida sem qualidade, sem dignidade e de muito sofrimento por parte dos seus familiares, que normalmente não tem o que fazer para evitar tal situação.⁴⁴

Dessa forma, diante da realidade conflitiva da distanásia é necessário uma avaliação com base em dados técnico-científicos, e ainda incluir valores de vida, crenças religiosas, princípios éticos e sentimentos das pessoas que estão envolvidas na situação,⁴⁵ para que seja possível tomar uma decisão melhor, mais humana e menos degradante ao quadro do paciente.

2.2.4 Mistanásia

O termo mistanásia, mais conhecido como eutanásia social, nada tem a ver com o conceito atual de eutanásia. A mistanásia é o termo utilizado para denominar a morte de miserável, fora e antes da hora. Ao revés, trata-se na maioria das vezes de vítimas pobres, que

⁴¹ BÔAS, Maria Elisa Villas, op. cit., 2008, p. 67-68.

⁴² PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007 b. p. 58.

⁴³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica (2009)**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁴⁴ FRISO, Gisele de Lourdes, op. cit., 2009, p. 137.

⁴⁵ PESSINI, Leocir, op. cit., 2007 b, p. 162.

levam uma vida precária, excluídas socialmente e economicamente, carentes de cuidados bons de saúde.⁴⁶

Desta forma, a mistanásia não se trata de uma “boa morte” ou “morte apropriada”, pois muitas vezes ela tende a resolver problemas sócio-políticos, econômicos e científicos, aliviando o fardo de pessoas economicamente inúteis para a sociedade.⁴⁷

Para Leonard Martin⁴⁸ a mistanásia ou a eutanásia social:

nada tem de boa, suave ou indolor. Dentro da categoria de mistanásia podem-se focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana.

Essa realidade de morte precoce e injusta é um retrato da desigualdade social que existe no mundo, porém tal prática fere os princípios fundamentais da bioética, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa classificação é de grande relevância, para se rechaçar qualquer tipo de eliminação de seres humanos como forma de resolução dos problemas sociais.⁴⁹

2.2.5 Morte assistida

A morte assistida é também conhecida como suicídio assistido, e consiste na facilitação ao suicídio do paciente terminal que por conta própria coloca fim a sua vida, ainda que seja necessária a ajuda de terceiros para que tal ato ocorra. Esses terceiros são normalmente familiares e pessoas próximas, que colocam apenas ao alcance do enfermo os meios necessários para que o paciente se suicide de forma digna e indolor.⁵⁰

⁴⁶ PESSINI, Leocir, op. cit., 2004 a, p. 210.

⁴⁷ FRISO, Gisele de Lourdes, op. cit., 2009, p. 136.

⁴⁸ MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/include/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

⁴⁹ FRISO, Gisele de Lourdes, op. cit., 2009, p. 136.

⁵⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 31.

Diaulas Costa Ribeiro,⁵¹ em relação ao termo, ensina que:

[...] no suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro.

Nessas circunstâncias, a morte assistida implica que o consentimento e o ato executório partam do próprio paciente, enquanto que na eutanásia, depende do estado de incapacidade e debilidade física em que o doente se encontra, que poderá ser realizada por meio do consentimento de terceiros, ou da própria família.⁵²

Portanto, apesar de existirem várias campanhas contra a ideia de legalizar o suicídio assistido, seja em razão dos que padecem de uma doença incurável, ou que tem alguma incapacidade física ou mental e que julgam suas vidas indesejáveis, hoje já há vários países que aceitam o suicídio assistido,⁵³ para que assim se resguarde a dignidade da pessoa humana.

Contudo, a principal objeção que se tem perante a legalização do suicídio assistido, é o perigo de abuso de sua prática, e que os argumentos e as justificativas que forem dados estejam fora da lista de casos que justifiquem a misericórdia, compaixão e piedade, tornando assim, o ato um dever e não um direito.⁵⁴

3 ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

3.1 DIREITO À VIDA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O respeito à vida é direito assegurado e reconhecido por normas jurídicas e para a delimitação do âmbito de proteção da vida do homem, é mister seja traçada uma definição de vida humana e seu marco inicial e final.

Sob o ponto de vista da Medicina a vida é um “conjunto complexo de processos químicos e físico-químicos, que resultam da execução de instruções codificadas nas células do

⁵¹RIBEIRO, Diaulas Costa. **Eutanásia**: viver bem não é viver muito. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=89&p_ch=>>. Acesso em: 17 ago 2016.

⁵²CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 31.

⁵³OLIVER, Xavier Hurtado. **El derecho a la vida y a la muerte?**: procreación humana, fecundación *in vitro*, clonación, eutanasia y suicídio assistido (problemas éticos, legales y religiosos). 2. ed. México: Porrúa, 2000. p. 146.

⁵⁴Ibidem, p. 154-155.

organismo, promovendo a organização estrutural para o desenvolvimento dos seres vivos”.⁵⁵ Pode ser ainda conceituada sob o aspecto do período de atividade funcional do organismo humano, que decorre entre o nascimento e a morte.⁵⁶

A vida humana no aspecto biológico tem início com a concepção, ou seja, com a fecundação⁵⁷ do óvulo pelo espermatozoide, que permite a formação do zigoto.⁵⁸ Assim, é de se salientar que o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, “que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, ainda que até o nascimento apenas possa se afirmar em vida humana dependente da mãe”.⁵⁹

Em termos legais, convencionou-se que o embrião adquire individualização e tem início a tutela constitucional da vida humana com a nidação⁶⁰ na parede do útero, que ocorre até o décimo quarto dia após a fecundação, quando se inicia a gravidez com a produção do hormônio HCG.⁶¹

Sob a ótica médica, a morte é entendida como o fim de um ser humano, seguida da destruição do córtex cerebral, centro de consciência humana, provocando a perda irreversível dos atributos essenciais do homem. Entretanto, as alterações de algumas funções essenciais como a respiração, a circulação e a excreção, podem acarretar, em seguida, a morte mais ou menos rápida dos indivíduos.⁶²

Nas palavras de Pessini e Barchifontaine, os avanços da medicina, juntamente com os recursos proporcionados pela moderna tecnologia, tornaram obsoleta a tradicional definição clínica de morte, como o cessar total e permanente das funções vitais, pois medidas de ressuscitação cardíaca (desfibrilador), aparelhos para circulação extracorpórea e respiradores artificiais reverteram quadros que anteriormente eram considerados como irreversíveis. Enfatizam ainda que o critério que determina se alguém está morto é a cessação das funções

⁵⁵ REY, Luís, op. cit., 2000, p. 804-805.

⁵⁶ Ibidem, p. 805.

⁵⁷ A fecundação “trata-se de um processo que se inicia no contato dos espermatozoides com a camada que rodeia o óvulo (zona pelúcida) e termina no momento em que o espermatozoide consegue penetrar a zona pelúcida e o óvulo reage ativando uma camada celular para bloquear a entrada de outros espermatozoides” (ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 235).

⁵⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8. p. 87.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2013, p. 39.

⁶⁰ A nidação é considerada o processo de implantação do embrião dentro da membrana do endométrio. O período de desenvolvimento embrionário vai da fertilização ao início da implantação, que ocorre no período de 4 a 14 dias (MOORE, Keith L; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia Clínica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000. p. 2).

⁶¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora, op. cit., 2005, p. 83.

⁶² Morte encefálica consiste na perda irreversível e definitiva das funções cerebrais e do tronco encefálico, sendo este o conceito moderno de morte adotado para a cessação da vida. (REY, Luís, op. cit., 2000, p. 520).

cerebrais, pois a cessação das funções do coração e dos pulmões não mais pode ser utilizada como prova inconteste de morte dado seus aspectos reversíveis diante do avanço da Medicina.⁶³

Em se tratando da morte encefálica, nos casos em que o médico escolhe não prosseguir a atividade terapêutica e iniciar um novo tratamento no paciente, não se pressupõe a realização do delito de homicídio. Por isso, a desconexão de ventiladores artificiais, ou a interrupção da alimentação por intubação não é crime, já que se subentende que o bem jurídico vida não existe mais.⁶⁴ Assim, a subsistência das funções vegetativas por meio de aparelhos artificiais só se justifica enquanto se aguarda um diagnóstico definitivo de morte, ou quando se objetiva retirar os órgãos para a realização de transplante, por um tempo absolutamente essencial.⁶⁵

Por isso que nos casos da prática da eutanásia é fundamental detectar no paciente que se encontra em estado terminal ou irreversível se ele está realmente vivo, pois às vezes ainda se conservam as funções cardiorrespiratórias, mesmo com a extinção de todas as atividades encefálicas, não podendo o médico ser responsabilizado por deixar de conservar artificialmente as funções vegetativas do paciente.

O Conselho Federal de Medicina, a partir de 08 de agosto de 1997, passou a estabelecer os critérios para constatar a ocorrência da morte, por meio da Resolução n.º 1480,⁶⁶ que considera a morte quando ocorre a parada total e irreversível das funções

⁶³ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2000. p. 256-257.

⁶⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 107.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ “O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e,

CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;

CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial;

CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica;

CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos;

CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte;

CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros,

RESOLVE:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução. [...]

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

encefálicas, devendo-se utilizar de diagnóstico preciso para a constatação da ocorrência da morte encefálica.

Diante destas considerações, faz-se necessário esclarecer que, o direito à vida é aquele que assume o primado perante todos os outros direitos e é considerado um limite aos novos fatos científicos.⁶⁷ Isto porque, está intimamente ligado aos outros direitos e princípios como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psíquica, a liberdade, a igualdade e o desenvolvimento da personalidade, que acompanham o indivíduo desde o momento de sua concepção até o final de sua vida.⁶⁸

A titularidade do direito à vida deve ser atribuída a todo ser humano. Tal direito não pode ser compreendido de forma discriminatória entre seus titulares, sob pena de restar violada a mais elementar expressão da dignidade intrínseca e indisponível de todos os seres humanos: o direito de existir. Portanto, o direito à vida não pode ser graduado segundo aspectos accidentais que marcam a existência humana, como o fato de estar ou não nascido ou em razão de idade da existência individual.

Assim, o bem jurídico *vida*, reconhecido constitucionalmente no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental, é considerado o primeiro e mais importante dos direitos invioláveis do homem.⁶⁹ Constitui-se em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos, o que explica a especial proteção que lhe é outorgada pelo ordenamento jurídico.⁷⁰

Seguindo esta linha de raciocínio, Canotilho aduz que o direito à vida está garantido no plano constitucional e desde logo protege a existência do homem de não ser privado da sua vida. Ou seja, o ser humano tem o direito perante o Estado a não ser morto, e este tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo e, por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia. [...]

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou, b) ausência de atividade metabólica cerebral ou, c) ausência de perfusão sangüínea cerebral. [...]” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução (1480/1997)**. Disponível em:

<http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016).

⁶⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8. p. 62-63.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 448.

⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. v. I. p. 182-183.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, que atentem contra a vida de alguém, pois o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.⁷¹

É importante salientar que, no Estado democrático de direito brasileiro não existe direito absoluto. O direito à vida, embora seja o mais fundamental de todos os direitos, não é o mais intocável. Ele existe como todos os outros para a realização de um valor - não pode ser considerado um fim em si mesmo. Muitas vezes, a solução justa não é aquela que simplesmente observa a literalidade do texto legal, mas aquela que melhor realiza o valor que deu origem ao teor da norma.⁷²

No plano jurídico o que temos que considerar é a Constituição Federal, os tratados internacionais e o direito infraconstitucional. Na esfera constitucional o fundamental parece respeitar os princípios da dignidade humana e da liberdade (que significa direito à autodeterminação). Eles não conflitam com o direito a eutanásia ou ortotanásia, ao contrário, constituem a base da chamada “morte digna”.

Assim, o direito constitucional à vida não inclui, todavia, o dever de adiar indefinidamente a morte natural, pelo uso de todos os recursos protelatórios existentes, especialmente quando sumamente cruentos e contraindicados. O direito à vida não significa um dever de sobrevida artificial e compulsória, promovida às custas de um padecer excessivo.⁷³

Conforme os ensinamentos de Gisele Mendes de Carvalho:

[o direito à vida] ainda que revestido de inegável transcendência, [...] não possui, como qualquer outro, caráter absoluto. E isso o confirma a própria Constituição, ao autorizar a pena de morte, em caráter excepcional (art. 5º, XLVII, a) e o Código Penal, que admite, entre outras hipóteses, o homicídio em estado de necessidade (art. 24) ou em legítima defesa (art. 25), ou a realização de determinadas formas de aborto (art. 128, I e II).⁷⁴

Com isso, muitas vezes surge a necessidade da realização da ponderação de princípios em face da eutanásia. Para tal fim, deve-se buscar a compreensão dos termos da vida e dignidade humana, à luz do direito vigente, bem como levar em consideração a vontade

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., 2007, p. 447-448.

⁷² ATHENIENSE, Aristóteles. Enfoque Jurídico da Ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 115.

⁷³ BÔAS, Maria Elisa Villas, op. cit., 2010, p. 266.

⁷⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 100-101.

expressa do paciente e a situação fática para decidir quais as medidas cabíveis devem ser aplicadas ao caso.⁷⁵

Este é o trabalho do profissional de direito: construir a solução justa para cada caso concreto e não, simplesmente, aplicar a literalidade do texto legal para todos os casos que possam surgir em uma sociedade dinâmica e cada vez mais sofisticada. Ao aplicar o direito à vida, o operador deve verificar se está realizando ao caso concreto o respeito à dignidade da pessoa humana, porque essa é a sua fonte jurídica positiva

3.2 AUTONOMIA E TERMINALIDADE DA VIDA

A centralidade da pessoa humana no atual ordenamento jurídico provocou uma reflexão em vários âmbitos, que ultrapassa o estritamente jurídico, expandindo-se para a área médica, bioética e antropológica, entre outras.

Na perspectiva médica, fala-se em uma efetiva transformação na relação médico-paciente, de uma relação autoritária para uma perspectiva dialógica, de modo a se buscar constituir uma aliança terapêutica, na qual sejam respeitados os direitos e garantias do paciente. Tal tutela ocorre, a princípio por ser ele o “dono” do corpo doente, titular de autonomia que lhe autoriza governar o próprio corpo, razão pela qual deve ser considerado pelo Direito como soberano de si mesmo e da própria saúde. Por isso, afirma-se o caráter vinculante da vontade do paciente.⁷⁶

A autonomia consiste no autogoverno, em manifestação da subjetividade, em fazer as próprias leis que guiarão a sua vida e que coexistirá com as leis externas, ditadas pelo Estado. Significa o reconhecimento da livre decisão individual, racional e não coagida, sobre seus próprios interesses sempre que não afete interesses de terceiros.⁷⁷ No Estado Democrático de Direito, em razão de existirem subjetividades e intersubjetividades, autonomia convive com heteronomia, de modo que ambas cedem espaços recíprocos, dependendo, principalmente, da natureza da situação jurídica em que consiste o caso concreto.

⁷⁵ ATHENIENSE, Aristóteles, op. cit., 2010, p. 114-115.

⁷⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: doutrina e jurisprudência. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

⁷⁷ CASABONA, Carlos Maria Romero. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Acero, 1994, p. 42.

No âmbito dos direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo com o que entender ser melhor para si mesma, ao seu corpo, à sua individualidade, desde que sua ação seja responsável, que tenha plenas informações sobre os efeitos dos seus atos, bem como dos impactos deste perante terceiros. Em questões de maior intimidade, o único fio norteador deve ser a autonomia privada, pois a vontade individual é a única legítima a guiar tais decisões, não a imposição do Estado ou de terceiros. Trata-se de um espaço no qual a decisão da pessoa é a única verdadeiramente legítima, quando estiver em jogo questões relacionada à sua personalidade. É um espaço delimitado pelo constituinte, a partir do momento que consagrou um rol aberto de direitos fundamentais e a centralidade da pessoa humana; dentro desse limite, o Estado autorizou apenas a ação particular.⁷⁸

Por isso, questões relacionadas à intimidade, à privacidade, à vida privada de maneira geral, competem apenas à pessoa a decisão do que fazer e do que não fazer. Afinal ninguém melhor do que a própria pessoa para decidir qual a melhor postura a ser tomada quando estiver diante de questões ligadas a si mesmo e a sua individualidade, pois num Estado Democrático de Direito que tem como fundamento o pluralismo jurídico e a dignidade humana, cada um tem a ampla liberdade para construir o próprio projeto de vida dentro daquilo que considera bom para si. Logo, qualquer medida que contrarie essa diretriz constitucional, estaria afetando a própria estrutura e legitimidade do atual marco político brasileiro.⁷⁹

O que se busca na terminalidade da vida é que a vontade da pessoa seja respeitada, pois cabe ao enfermo decidir o que é melhor para ele acerca de aspectos da sua personalidade, inclusive sobre o próprio corpo. Atualmente, vive-se em um mundo plural e multicultural, onde cada um pode conduzir a própria vida de acordo com seus próprios valores, crenças e anseios, modo este com que pauta sua vida e pretenda conduzi-la até a morte. Por isso, não é possível privar a pessoa da decisão a respeito dos momentos finais da vida ou sobre como quer viver a própria morte.⁸⁰

Assim, a principal forma de concretização da dignidade ocorre através da realização de atos que reflita decisões autônomas autorreferentes, pois é preciso que cada um possa definir como a própria dignidade deve ser construída e vivida. “Isso se liga a uma concepção de dignidade que defende o conceito seletivo de qualidade de vida. Como ponto de partida, a

⁷⁸ MELO, Nehemias Domingos de, op. cit., 2001, p. 99.

⁷⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 147.

⁸⁰ MELO, Nehemias Domingos de, op. cit., 2001, p. 100.

convicção de que não é qualquer vida que merece ser vivida.”⁸¹ Nesse sentido, impedir a pessoa de viver de forma coerente com seus ideais - principalmente, no que tange aos aspectos da sua maior intimidade - viola o espaço de decisão pessoal que o legislador constituinte reservou para cada um. A autodeterminação sobre eventual terminalidade seria uma das manifestações de maior intimidade da pessoa humana, pois cabe a ela decidir a melhor forma de viver o fim da vida, de modo que ninguém - família, médico ou Estado -, possui inferência sobre esta decisão.

Além disso, autonomia é também um princípio bioético, que atribui ao próprio paciente o direito de ser protagonista do seu tratamento médico, desde que devidamente informado.⁸² Daí a importância de que toda manifestação de vontade seja acompanhada pelo acesso a todas as informações necessárias acerca do diagnóstico, dos prognósticos e dos possíveis tratamentos, através de ampla discussão entre médico e paciente, para que a decisão deste seja consciente e responsável. Não cabe aqui visões paternalistas ou a ideia de que o paciente sempre deve ser protegido das “informações ruins” que lhe digam respeito, pois autonomia pressupõe que ele participe desse processo e que, tendo integridade psíquica, assuma o comando do seu próprio tratamento juntamente com a equipe médica. Geralmente, as decisões do médico são viabilizadas mediante o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, instrumento hábil para autorizar ou não uma intervenção no âmbito da saúde. Mas esta é apenas uma das formas aceitas para concretizar, externamente, as decisões estritamente pessoais.⁸³

Portanto, não há nada que impeça a atribuição de validade da eficácia da autonomia de vontade externalizada quando a pessoa esta doente, mas possui discernimento e tem consciência de seus atos. Questiona-se, naturalmente, se no momento de terminalidade a pessoa ainda estaria apta à manifestação válida da sua vontade, isto é, se o paciente terminal possui higidez mental.⁸⁴ Atualmente, fica difícil dar uma resposta que ultime a questão, pois é necessário validar as decisões do paciente enquanto houver discernimento para decisões responsáveis. A humanização da medicina impõe que se deve tratar o doente e não a doença, pois é a pessoa no estágio de terminalidade que deve receber cuidados para uma vida com qualidade. Ademais, o indivíduo também deve ser visto como um processo, que se renova a cada dia e que tem, sempre, aspirações a serem realizadas:

⁸¹ PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. Revista Bioética. Brasília, v. 13, n. 2, 2005, p. 66.

⁸² SÁ, Maria de Fátima Freire de. Manual de biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, p. 36-41.

⁸³ KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o Direito de morrer como dignidade. Revista Bioética. Brasília, v. 6, n. 1, p. 67 e ss.

⁸⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 144.

“Enquanto na medicina tradicional o profissional de saúde parece encorajado a voltar-se para tentativa de prolongar a duração da vida evitando a morte, na medicina que atenta para cuidados paliativos a busca é de prolongar o que nos faz humanos, preservando ao máximo a liberdade de fazer escolhas conscientes. A vida não é apenas considerada em seu sentido biológico, mas engloba também aspectos sociais, psíquicos e relacionais. Enquanto existe vida existe também o potencial para o crescimento emocional, intra e interpessoal”.⁸⁵

Sem dúvida, vida com qualidade e dignidade impõe a participação ativa, dentro do que for possível em termos de discernimento, do paciente no tratamento. Não pode o paciente ser aprisionado dentro de visões paternalistas e estigmatizadas, infantilizando-o e agravando as dificuldades já inerentes ao processo de morrer. Ao contrário, é preciso que ele seja encorajado a participar – pela equipe médica, pela família e amigos – para que se sinta parte do processo de escolhas que sempre fez ao longo da vida. Isso significa potencializar a dignidade, pois o paciente, mesmo em estado de terminalidade, ainda pode ter alguma condição psíquica de decidir sobre aspectos da própria vida.

3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À EUTANÁSIA

A dignidade da pessoa humana é o princípio que justifica a incansável busca pela realização da justiça em prol da proteção e do respeito da vida do ser humano, pois “o homem não quer apenas viver, mas viver bem”.⁸⁶

Miguel Reale⁸⁷ ensina que:

o homem é o único ser capaz de valores. Poderíamos dizer, também que o ser do homem é o seu dever ser. O homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia, pela Biologia. No homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e de superamento. [...] algo que é um acréscimo à natureza, a sua *capacidade de síntese*, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento, como no ato constitutivo de novas formas de vida.

⁸⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 144.

⁸⁶ Apud REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 271.

⁸⁷ Ibidem, p. 211.

O direito se funda na tese de que toda axiologia tem como fonte o valor da pessoa humana; e toda axiologia jurídica é uma busca constante ao justo, ou seja, significa a coexistência harmônica e livre das pessoas segundo proporção de igualdade.⁸⁸

Desta forma, ao se tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário definir etimologicamente a palavra *dignidade*, para que se possa entender o verdadeiro significado desse princípio. Sob a ótica jurídica, a dignidade vem a ser a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁸⁹

A centralidade da pessoa humana, inconfundível protagonista da vida social, leva a refletir sobre a dignidade do indivíduo, que deve ser respeitada em qualquer circunstância, pois é dotada de um valor incomparável, inviolável, sendo por isso inalienável. O homem é, portanto, um ser vivente autônomo capaz de decidir por si em relação aos bens que são necessários para a sua vida e o seu desenvolvimento, tendo em vista a realização plena da sua condição humana.⁹⁰

Nesse sentido, o legislador constituinte elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil⁹¹ e seu valor prevalece em face dos demais princípios do ordenamento jurídico, servindo para nortear todas as relações sociais. Ou seja, não pode o operador do direito ignorar esse ponto tão importante para os direitos humanos. Ademais, se trata de um verdadeiro princípio que ilumina todos os outros princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. É por isso que não pode ser objeto de interpretações, criações ou aplicações de normas jurídicas que o desvalorizem.⁹²

Como bem leciona Rizzato Nunes:

o esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que a dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Mas

⁸⁸ Apud REALE, Miguel, op. cit., 2002, p. 272.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36.

⁹⁰ ASSIS, José Francisco de. **Direitos Humanos: fundamentações onto-teológica dos Direitos Humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005. p. 257.

⁹¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]” (BRASIL. **Constituição Federal (1988)**, op. cit., 2016).

⁹² NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 393-394.

é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta sempre em qualquer situação.⁹³

O princípio da dignidade humana possui uma forte ligação com os direitos da personalidade. Isto porque a dignidade da pessoa humana abrange a proteção que esta merece do Estado quanto à sua integridade, à sua identidade, aos seus aspectos físicos, psicológicos, enfim, à sua personalidade.⁹⁴

Esse princípio tem um valor jurídico imensurável, pois tem relação direta com o direito à vida, dando ensejo a outros valores fundamentais de forma igualitária perante todos os seres humanos.

Para José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que serve de critério vetor para a identificação dos típicos direitos fundamentais do homem, em atenção ao respeito à vida, à igualdade, à liberdade de cada indivíduo.⁹⁵ Luís Roberto Barroso, de sua vez, afirma que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral assegurado a todas as pessoas apenas por sua existência no mundo, que se manifesta na escolha consciente e responsável da forma de guiar a própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, desde a liberdade e valores do espírito quanto às condições materiais de subsistência de modo que não se menospreze a necessária estima que merece cada ser humano.⁹⁶

Desse modo, percebe-se então, a importância da dignidade do homem como fonte de justiça. Tem-se que este princípio acoplado com o direito à vida sempre foi e sempre será um dos principais temas a serem defendidos no ramo das relações humanas, visto que o homem é a fonte e a base do direito que revela os critérios essenciais de legitimidade da ordem jurídica.⁹⁷

O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte. O Estado não pode prever e impedir que alguém disponha do seu direito à vida, pois esse direito não engloba o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentido de mobilizar o Poder Público de garanti-la.⁹⁸

⁹³ NUNES, Rizzatto, op. cit., 2011, p. 394.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena, op. cit., 2010, p.19-21.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2013, p. 105.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 323.

⁹⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida**: alguns desafios. São Paulo: Idéias e letras, 2004. p. 21.

⁹⁸ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2011, p. 86.

Portanto, quando o tema eutanásia é abordado, tem-se que analisar com cautela o direito do doente terminal, visando garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimentos evitáveis na esfera social, fazendo com que sua dignidade como pessoa humana seja acima de tudo respeitada.⁹⁹

Isto porque, com a acolhida desse princípio é notória a superioridade do homem em relação a todos os demais seres e objetos da natureza, consignando sua condição de igualdade que impede qualquer tipo de discriminação ou instrumentalização perante todos os seres humanos.¹⁰⁰

Assim, a estreita ligação existente entre a dignidade humana e o direito à vida, fazem com que os direitos fundamentais sejam garantidos a todos, sem distinção, pelo Estado, especialmente no contexto da proximidade da morte, pois morrer integra a vida e como parte dela deve ser considerada tão digna quanto à vida.¹⁰¹

Para Leo Pessini,¹⁰² quando relacionado à eutanásia, o conceito de dignidade torna-se ambíguo, sendo entendido não como a afirmação do valor que se deve reconhecer a toda pessoa, mas ao contrário necessita-se ligar a grandeza humana e certas capacidades e condições de vida, cabendo a cada indivíduo decidir e agir por si mesmo, conforme a representação que se faz de uma vida verdadeiramente humana, tornando a dignidade uma questão de estimação subjetiva.¹⁰³

Ocorre que não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da existência humana, sendo necessária uma análise da qualidade de vida relacionada à saúde da pessoa, que expressa o bem estar subjetivo do enfermo, nas vertentes físicas, psicológicas e sociais, influenciadas pelo tipo de personalidade do doente e pelos seus aspectos cognitivos.¹⁰⁴

Desta forma, a dignidade da pessoa humana deve servir de base para todos os demais direitos fundamentais do indivíduo, devendo ser interpretada em conformidade com o direito à vida, essencialmente com o direito de dispor da própria vida, de maneira que a vida

⁹⁹ DÓRO, Maribel Pelaez, op. cit., 2003, p. 48-49.

¹⁰⁰ CARVALHO, Gisele Mendes. **Suicidio, euthanasia y Derecho Penal**: estudio del art. 143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009. p. 173.

¹⁰¹ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 178.

¹⁰² PESSINI, Leocir, op. cit., 2004 a, p. 135-136.

¹⁰³ “Aqui a dignidade não é o que inspira o respeito ao outro diante da nobreza moral, mas ela se torna um olhar psicológico que cada um lança sobre si mesmo; um paciente pede um gesto de morte porque ele não se acha mais digno diante de seus próprios olhos de continuar uma existência que ele se sente como um miserável. [...] Este subjetivismo leva um julgamento depreciativo: não me considero mais digno de viver, ou doente demais, ou decaído demais física e psicologicamente. O conceito de dignidade que exige respeito incondicional serve portanto para justificar que nos inclinemos diante do desejo subjetivo e individual. Será que estamos ainda na lógica do que se chama comumente “dignidade da pessoa”, ou a palavra oculta uma lógica completamente diferente, individualista e utilitarista, medindo a dignidade à imagem que o sujeito se faz de si mesmo?” (VALADIER, Paul apud PESSINI, Leocir, op. cit., 2004 a, p. 48).

¹⁰⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., 2005, p. 32.

protegida pela Constituição não se trata de uma mera existência físico-biológica, sendo que há de ser sempre uma vida digna, compatível com o modo de viver humano e dedicada à realização de fins especificamente humanos.¹⁰⁵

Por tais motivos, pode-se afirmar que a vida e a dignidade humana, são consideradas bens de grande valor, que não podem ser alienados ou objetos de transação e renúncia por parte de seu titular, sobrepondo-se, inclusive, à autonomia da vontade, quando o seu exercício acarretar qualquer forma de subjugação ou de degradação da pessoa.¹⁰⁶

Contudo, entende-se que o Estado deve assegurar e respeitar o direito de continuar vivo, proporcionando dignidade ao ser humano em todos os momentos da vida.¹⁰⁷ Importante, nesse caso, é relacionar o direito à vida como uma obrigação do Estado, sendo que a questão relacionada à dignidade é fator obrigatório para a manutenção da vida humana, tornando inválido o consentimento do particular para que dela o prive.

Portanto, é possível deduzir que ninguém pode ser desprovido da própria vida contra a sua vontade,¹⁰⁸ porque se a dignidade, como dizem, é o respeito pela autonomia moral do homem, então, nos casos em que o paciente se considera digno de sua existência, embora essa vida seja cheia de sofrimento físico e moral, não deixa de ser vida, a qual se deve respeitar mesmo quando convertida em um drama pungente e esteja próximo de seu fim, considerando constitucionalmente ilícito o comportamento eutanásico.

De outro lado, como nenhum direito deve ser interpretado como absoluto e incondicionado, quando se trata a respeito do direito de dispor da própria vida, é perceptível algumas restrições. Conforme expõe Gisele Mendes de Carvalho:¹⁰⁹

o homicídio, ainda que mediado pelo consentimento da vítima, e o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio são criminalizados perante a atual legislação, embora as formas omissivas desses delitos, em situações especiais e desde que presente a recusa consciente e responsável do titular do bem jurídico, devam permanecer impunes por razões de ordem constitucional, em atenção ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.

Assim, não excedendo os limites de disponibilidade do direito à vida do próprio titular, não atenta contra a Carta Magna a omissão de tratamentos vitais quando a recusa do paciente se fundamenta na ausência de expectativa de vida, pois o organismo já se encontra em falência global e irremediável. O direito à vida não inclui o dever de adiar indefinidamente

¹⁰⁵ CARVALHO, Gisele Mendes, op. cit., 2009, p. 177.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 116.

¹⁰⁷ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2011, p. 80.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 81.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 120.

a morte natural pelo uso de todos os recursos protelatórios existentes para que ocorra uma sobrevida artificial, o que ocasionaria um atentado à dignidade humana.¹¹⁰

Ou seja, é evidente que a Constituição Federal Brasileira protege o direito à vida, mas não no sentido de compelir o ser humano a existir até os seus últimos limites, inclusive submetendo-o a condições de degradação, humilhação, dor e sofrimento físico e emocional, pois cabe ao Estado zelar e proteger o direito de continuar vivo, mas, sobretudo assegurar ao indivíduo a existência de uma vida digna, em consonância com o respeito devido à dignidade da pessoa humana.¹¹¹

Em contrapartida, nos casos em que não é possível conhecer a vontade do sujeito envolvido, subsiste o dever de agir por parte daquele que ocupa a posição de garantidor do bem jurídico vida. Essa responsabilidade não existiria apenas nas hipóteses de não iniciação ou suspensão de tratamento vital do paciente, cuja manutenção do processo terapêutico tenha se tornado nocivo, maltratando o doente, para um inútil protelamento da morte, tornando-se uma ofensa à Constituição a submissão a tratamentos desumanos ou degradantes que não gere benefício algum ao enfermo.¹¹²

É preciso lembrar que, nestas circunstâncias, é importante que o paciente tenha o apoio profissional de uma equipe de cuidados básicos (higiene, alimentação, hidratação e procedimentos médicos paliativos), as quais devem ser mantidas como critérios proporcionais que são de direitos internacionalmente reconhecidos aos indivíduos enfermos.¹¹³

Tem-se, ademais, que as intervenções ativas de terceiros nos atos de disposição da própria vida por seu titular, fazem com que tais fatos não possam ser aceitos do ponto de vista constitucional, uma vez que o direito de dispor da própria existência não cabe a outra pessoa. Isso porque a decisão de morrer não pode ser interpretada como um ato de liberdade da vítima, ao passo que a morte produzida por um terceiro, implica na responsabilização deste que, de qualquer modo, venha concorrer para a ocorrência do evento morte desejado pelo interessado.¹¹⁴

Gisele Mendes de Carvalho,¹¹⁵ no que se refere ao consentimento do titular quanto à disponibilização do bem jurídico vida, esclarece que quando prestado de maneira válida, não é

¹¹⁰ BÔAS, Maria Elisa Villas, op. cit., 2008, p. 68.

¹¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 15-39, jan./fev. 2013.

¹¹² CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 121.

¹¹³ BÔAS, Maria Elisa Villas, op. cit., 2008, p. 71.

¹¹⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2009, p. 323-324.

¹¹⁵ Ibidem, p. 122-124.

visualizado como irrelevante, conforme pretende a doutrina majoritária, e deve ser considerado seu efeito atenuante no âmbito da responsabilidade criminal e cível.

Dessa forma, não se pode utilizar o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, qual seja a dignidade da pessoa humana, como escudo para justificar ou não determinada conduta estatal e sim ter tal princípio como norte a ser considerado, pois o homem deve viver na plenitude de sua dignidade e quando chegada a hora (natural ou provocada), deverá morrer dignamente de acordo com seus valores e interesses legítimos.

4 DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

4.1 RESPONSABILIDADE MÉDICA

Partindo de um tema como a eutanásia, torna-se imprescindível a abordagem da responsabilidade do médico, que é entendida como a obrigação inerente a cada um dos profissionais, que realiza o seu ofício com imprudência, imperícia, negligência ou dolo, causando prejuízos a outrem.

A responsabilidade se faz no campo penal e cível, em decorrência de atos ilícitos, devendo o profissional indenizar o paciente por ocasião do dano causado e cujo valor depende do grau de lesão ao direito alheio.

De acordo com o modo de execução, a conduta do médico que pratica a eutanásia pode ser ativa (efetiva-se através da realização de atos para ajudar a morrer, eliminando ou aliviando o sofrimento do enfermo) ou passiva (consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos ordinários ou proporcionais que podem prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa sua morte) e gerará a responsabilidade civil ou criminal, ou ambas, como também na esfera ética.¹¹⁶

Na área penal, o médico será processado criminalmente pelo crime de homicídio privilegiado, previsto no art. 121, §1º, do Código Penal, e terá suas funções suspensas temporariamente, atendendo a gravidade da infração e ao modo como a mesma fora praticada.¹¹⁷

¹¹⁶ BIZATTO, José Ildefonso, op. cit., 2009, p. 417.

¹¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte especial. 10 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2. p. 90.

Já na esfera cível, as sanções são de ordem pecuniária e tem um propósito duplo que torna menos clara, sua natureza ética. Dirigem-se elas para a obrigação de o médico reparar financeiramente, os danos decorrentes de atos médicos praticados sem cautela, sem conhecimento, ou sem toda atenção exigida.¹¹⁸

Para existir a possibilidade de atribuir ao médico a responsabilidade de um ato danoso necessário se faz que ele tenha deixado de cumprir com seus deveres, que são o dever de informação, de cuidado e acompanhamento do paciente, com o fim de restabelecer o seu perfeito estado clínico e de garantir a manutenção da saúde, ou até mesmo de uma morte digna.¹¹⁹

A responsabilidade médica seria uma obrigação dos profissionais em sofrer as consequências das faltas por eles cometidas no exercício das suas especialidades, ao trazer danos, lesões para o paciente.

Hodiernamente, a responsabilidade médica tem os seus fundamentos tanto na legislação quanto na moral, ou seja, moralmente os seus alicerces são a consciência e a observância à lei natural, sendo a consciência conceituada como a percepção que o ser humano possui do que é moralmente certo ou errado em atos e motivos individuais.

Um elemento que é sempre destacado quando se fala em responsabilidade médica, é o erro médico.¹²⁰ Mas quando se fala em eutanásia, tal figura não é elemento fundamental, tendo em vista que esta não é tipificada pela legislação, ou seja, não se pode falar em erro médico para uma conduta não prevista de forma explícita em lei. Caso a eutanásia já fizesse parte da legislação brasileira, poder-se-ia falar em erro médico.

Entretanto, mesmo com a eutanásia já tipificada, seria quase que impossível haver um erro médico em sua aplicação, visto que de acordo com os requisitos elencados pelo professor José Ildefonso Bizatto¹²¹ "qualquer erro médico seria facilmente detectado antes da efetiva realização da eutanásia em si, pois outros profissionais, como o promotor de Justiça, iriam barrar a prática, já que algum requisito não foi observado".

Com isso, sabendo que a eutanásia não está tipificada na legislação brasileira, deve-se simplesmente levar em consideração o ato ilícito em si, ou seja a figura do homicídio, os

¹¹⁸ BIZATTO, José Ildefonso, op. cit., 2009, p. 418.

¹¹⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2009, p. 90.

¹²⁰ Erro médico é o dano provocado no paciente pela ação ou inação do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. Esta, a negligência, consiste em não fazer o que deveria ser feito; a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito. Isto traduzido em linguagem mais simples (MELO, Nehemias Domingos de, op. cit., 2001, p. 109).

¹²¹ BIZATTO, José Ildefonso, op. cit., 2009, p. 420.

danos causados e logicamente, o nexo causal entre esses dois elementos e por fim a culpa, para caracterizar a responsabilidade do médico.¹²²

Quando se fala em eutanásia, a responsabilidade médica, somente vai existir quando o médico praticar atos que visem antecipar a morte do paciente, eliminando assim o seu sofrimento, configurando-se o delito de homicídio piedoso em face da legislação penal e consequentemente responsabilizando-se pelos danos resultantes do ato em questão.

4.2 MÉDICO E PACIENTE TERMINAL

A relação entre médico e paciente deve sempre estar pautada na confiança, de forma que, o profissional vise sempre garantir que o paciente em estado terminal tenha as melhores condições enquanto houver possibilidade. Pois, a intervenção médica ultrapassa os limites do simples biológico e adquire uma dimensão mais profunda e delicada do que na relação terapêutica.

O Código de Ética Médica de 2009 (Resolução nº 1931) trata a relação do médico com pacientes e familiares no Capítulo V, dos artigos 31 a 42.¹²³

Vislumbra-se, desse modo, um conjunto de direitos que se reserva ao paciente em estado terminal e que deve ser observado pela equipe médica e pelos familiares quando da tomada de decisões. O primeiro deles é o direito à verdade, diretamente relacionado à obtenção do consentimento informado, haja vista que quaisquer condutas realizadas pela equipe médica devem ser discutidas com a família e, quando possível, com o próprio paciente, dando noção do que é melhor para assisti-lo.¹²⁴

É frequente que os médicos procurem aliviar a realidade para o paciente, com vistas a evitar desgastes psicológicos que agravariam seu estado clínico em geral, ou ainda em razão de não quererem se envolver mais do que exigiria a objetividade clínica. Contudo, muitas vezes o doente mesmo é capaz de compreender a gravidade de sua moléstia e as tentativas no sentido de privá-lo da verdade, o que faz com que a atitude de cerceá-lo do conhecimento de

¹²² MELO, Nehemias Domingos de, op. cit., 2001, p. 53.

¹²³ CÓDIGO de Ética Médica. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_5.asp> Acesso em: 01 set. 2016.

¹²⁴ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994. p. 234-235

seu próprio estado de saúde contribuam para aumentar sua angústia e cultivar sua ansiedade.¹²⁵

Assim, a melhor conduta é aquela que prima pela revelação ao paciente de tudo aquilo que for necessário para uma tomada de decisão conjunta e verdadeiramente esclarecida, ou seja, o profissional deve discutir a utilização de recursos considerados inúteis e capazes, por igualdade, de causar dores e desconfortos para o paciente em estado terminal.

A responsabilidade primeira de comunicar a verdade ao paciente é do médico. É assim que o art. 34 do Código de Ética Médica brasileiro prescreve que é vedado ao médico “ deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.¹²⁶

Apenas em casos extremos a verdade pode ser ocultada ao doente e aos familiares, ou seja, pode ocorrer quando eles não estão preparados psicologicamente para receber a notícia. Mas, é oportuno que o médico analise o comportamento e a efetividade dos parentes, transmitindo a eles o conhecimento dos fatos, para que juntos tomem as melhores providências possíveis na vida do enfermo.

Nessa dimensão, embora já não seja mais possível curar, subsiste ainda a obrigação ética de cuidar, ou seja, o paciente deve ser ouvido em atenção a sua pessoa, tanto ou mais do que sua doença. Com isso, a presença da equipe médica passa a ter sentido, e mantém-se a relação terapêutica através do diálogo necessário para proporcionar a assistência indispensável às situações terminais.¹²⁷

Por conseguinte, a observância do direito ao diálogo gera para o paciente a possibilidade de decidir a respeito do destino de suas terapias, se deseja prosseguir no tratamento, alterá-lo ou mesmo extingui-lo, por considerar que não trará quaisquer benefícios à sua saúde.¹²⁸

Cumprе salientar que as situações terminais devem ser acompanhadas por uma relativização da finalidade essencialmente curativa da função médica, com uma consequente ampliação da dimensão dos cuidados paliativos. Nessa senda, uma visão mais global da relação médico-paciente permite que o limite da possibilidade terapêutica não implique

¹²⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2009, p. 86.

¹²⁶ CÓDIGO de Ética Médica. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_5.asp> Acesso em: 01 set. 2016.

¹²⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 90-91.

¹²⁸ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994. p. 245.

necessariamente seu termo, visto que o alcance de fazer o bem por parte do médico vai além da capacidade de interferir objetivamente no desenvolvimento da doença.

Com isso, impõe-se ao médico, antes de render-se à perda de seu objetivo específico, que é a cura da doença, visualizar o paciente terminal como pessoa humana, ou seja, a medida em que as possibilidades terapêuticas não mais apresentam o mesmo significado positivo que as caracteriza em outras situações, os critérios de decisão devem atender a valores que situem no plano da dignidade humana, da liberdade e das expectativas do doente, e não apenas restringir-se à dimensão da atividade terapêutica.

4.3 DEVERES DO MÉDICO

O Código de Ética Médica, foi aprovado pelo plenário do Conselho Federal de Medicina e publicado no Diário Oficial da União (Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009), contendo as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem.¹²⁹

Nele estão previstos os princípios fundamentais, direitos, deveres de abstenções de determinadas práticas, entre outras normas norteadoras da atividade médica.

Segundo Venosa, “A Ética, como ciência, trata da moral e dos costumes, do mundo do dever-ser. Cuida do modo de proceder da pessoa do grupo social. Dai existir uma ética profissional e, por conseguinte a ética médica”.¹³⁰

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, conduta exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica.

A responsabilidade civil, decompõe as obrigações implícitas no contrato médico em deveres de: conselho, cuidados e abstenção de abuso ou desvio de poder.

O primeiro deles corresponde ao dever de informação. De acordo com o artigo 34, do citado Código, é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o

¹²⁹ CÓDIGO de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 01set 2016.

¹³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 4. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 160.

prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.¹³¹

Quando os prognósticos são graves, é preciso conciliar esse dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, para não levá-lo à angústia ou ao desespero¹³². Se a perspectiva é de desenlace fatal, a comunicação deve ser feita ao responsável. O prognóstico grave pode ser compreensivelmente dissimulado; o fatal, revelado com circunspeção ao responsável. Em se tratando de risco terapêutico, o médico deve advertir dos riscos previsíveis e comuns; os excepcionais podem ficar na sombra¹³³. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado.

Diferente não seria nos casos de pacientes terminais, para os profissionais que assumem obrigação de meio, é de extrema importância que o médico esclareça ao seu paciente sobre sua doença, sobre a natureza e os objetivos dos procedimentos diagnósticos; devendo ainda o paciente ser informado da invasibilidade e da duração do tratamento, dos benefícios, inconvenientes possíveis, dos riscos previsíveis, podendo consentir ou recusar determinada intervenção médica. Não cabe ao médico alimentar perspectivas que sabe ser inatingíveis ou incertas, evitando qualquer promessa de resultado de melhora no quadro clínico, que poderá além de iludir o paciente, vir a frustrar todas as pessoas que cercam o paciente.¹³⁴

Tudo isso, pautado não apenas nas premissas do Código de Ética Médica, mas também na boa-fé objetiva, prevista no artigo 422, do Código Civil. Princípio este que deve ser observado desde a fase pré-contratual, relativamente ao dever de informação.

Paralelamente, necessário é ainda, o consentimento do paciente, vez que conforme preceitua o artigo 22, do referido Código é vedado ao médico “Deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.¹³⁵

Por outro lado, mesmo com o consentimento, a prática da eutanásia não é permitida e o médico irá responder por isto independentemente de consentimento anterior.

¹³¹ CÓDIGO de Ética Médica, op. cit.

¹³² CHAMMARD, G.; MONZEIN, P. Op. cit., p. 132.

¹³³ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 337.

¹³⁴ Ibidem, p. 426.

¹³⁵ CÓDIGO de Ética Médica. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acesso em: 01 set. 2016.

Por fim, observa-se que, ao atender seus pacientes, o médico deverá exercer, obrigatoriamente e ao mesmo tempo, seus direitos e deveres. Suas obrigações para com o paciente são apenas obrigações de meios, de zelo e de prudência de resultado, como de qualquer profissional liberal. Deve sim, agir com prudência e perícia, exercer seu dever de informação, porém continua sujeito à comprovação de sua culpa, conforme artigo 951, do Código Civil, para que seja responsabilizado por ato ilícito, com consequente pagamento de indenização aos familiares da vítima. Portanto, buscar os verdadeiros fins da medicina através de suas funções é papel fundamental do médico para com o seu paciente, amparando-se no Código Ética Médica.

4.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.4.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil surge em razão do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste contexto, fala-se respectivamente, em *responsabilidade civil contratual ou negocial* e em *responsabilidade civil extracontratual*, também chamada de *aquiliana*, ambas com origem no fato gerador.¹³⁶

O Código Civil não distinguiu expressamente tais espécies, porém, genericamente admite-se a seguinte classificação: os artigos 186 ao 188, tratam da extracontratual, e os artigos 389 e seguintes, e art. 395, dizem respeito à contratual.

Temos que na responsabilidade contratual são abrangidos o inadimplemento ou a mora, decorrentes de qualquer obrigação. E, a extracontratual, está baseado em dois alicerces categóricos: o ato ilícito e o abuso de direito, que compreende por sua vez, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, correspondendo ao direito real, da personalidade, do autor, entre outros.

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. IV. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200.

Há quem entenda que não deveria existir essa divisão, tratando a responsabilidade como unitária ou monista, pois no fim o que importa são os seus efeitos, que ao menos em tese, são uniformes.¹³⁷

Entretanto, ainda que de fato seus efeitos sejam os mesmos, o Brasil e outros países adotam em seus códigos a tese dualista ou clássica, embora largamente combatida.¹³⁸

A verdade é que, independente da teoria a ser adotada, ainda que se chegue a iguais efeitos, elas possuem particularidades que realmente as distinguem, e demonstram o aspecto prático desta divisão.

Primeiramente, no que pertine ao ônus da prova, na responsabilidade contratual basta provar o inadimplemento da obrigação, ou seja, se seu descumprimento transferido ao devedor o dever de provar o contrário, que não houve culpa de sua parte no não cumprimento do pactuado. Por sua vez, a extracontratual, cabe à vítima demonstrar a culpa do agente causador do dano.¹³⁹

Logo, a vítima tem mais chances de conseguir ser indenizada na responsabilidade contratual, vez que independe de culpa, bastando provar que o pactuado não fora cumprido pela parte contrária, causando dano. Enquanto que na extracontratual, a vítima depende da prova da culpa do autor do dano.

Outro elemento a ser ressaltado na diferenciação entre ambas seria a gradação da culpa. Via de regra, as duas (contratual ou extracontratual) fundam-se na culpa. O fato é que, em se tratando de responsabilidade extracontratual, ou seja, de delito, esta decorre da lei, valendo *erga omnes*. A contratual, por sua vez, varia de acordo como caso concreto, seguindo um escalonamento variável em cada relação.¹⁴⁰

Logo conclui-se que, de um modo geral, independente da responsabilidade ser contratual ou extracontratual, ambas possuem como essência a verificação do dano, ato ilícito e causalidade, para que então se possa configurar a responsabilidade e o dever de reparação que será imputado.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. IV. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201.

¹³⁸ Ibidem, p.200.

¹³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 4. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., 2009, p. 213.

4.4.2 Ação Omissão do Agente

A conduta humana é o primeiro elemento da responsabilidade civil a ser analisado. Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) por negligência, imprudência ou imperícia.¹⁴¹

No mesmo sentido, importante a citação feita por Rui Stoco:

cumpre todavia, assinalar que não se insere, no contexto ‘voluntariedade’ o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consequência de causar prejuízos. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma.¹⁴²

Em outras palavras, a voluntariedade diz respeito à consciência daquilo que se está fazendo, e não necessariamente a intenção de causar dano.

Como espécie do gênero “conduta, têm-se a ação ou omissão do agente”.

A primeira corresponde a regra, sendo uma conduta positiva do agente, a prática de um comportamento ativo. Já a segunda, trata-se de uma conduta negativa, deixar de fazer, abstenção.

Importante consignar que na conduta omissiva, também está presente a voluntariedade, já que o próprio art. 156, do Código Civil assim o trata. Faltando estes requisitos haverá ausência de conduta na omissão, inviabilizando o reconhecimento da responsabilidade civil.¹⁴³

A omissão adquire relevância jurídica, responsabilizando o omitente quanto este tem o dever jurídico de praticar determinado ato para evitar o resultado, bem como a prova de que a conduta não foi praticada.¹⁴⁴ Sendo necessário ainda, a demonstração de que caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado. Note que tal dever pode decorrer da lei, de um negócio jurídico ou de uma conduta anterior do omitente, gerando o risco da ocorrência do resultado, devendo agir exatamente para impedir que o mesmo se consuma.¹⁴⁵

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

¹⁴² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

¹⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. III. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., 2012, p. 25.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 25.

Resumindo, só pode ser responsabilizado por ato omissivo, aquele que tiver o dever jurídico de agir, no sentido de evitar o resultado, vez que se assim não o fosse, qualquer omissão seria relevante, e conseqüentemente todos teriam que prestar contas à justiça.

Observe-se, por fim, que além de responder por ato próprio, o que acaba sendo a regra da responsabilidade civil, a pessoa pode responder por ato de terceiro, fato do animal ou coisa. São os casos dos art. 932, 936, 937 e 938, do Código Civil. Seria comum entender que nestes casos não haveria responsabilidade, porém, nestas situações, ocorrem omissões ligadas ao dever jurídico de guarda, vigilância e cuidado, cuja responsabilização decorre de lei.

4.4.3 Dolo, Culpa do Agente

O dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. Trata-se da ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186, do CC. Por outro lado a culpa pode ser conceituada como sendo um desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico. Ambos enquadram-se no sentido de culpa *lato sensu*, abrangendo toda espécie de comportamento contrário ao direito.

A diferença primordial entre dolo e culpa reside na vontade de praticar o ato. Ou seja, se este foi intencional ou não. Se existia a intenção, está-se diante de dolo, se não de culpa.

Isso porque, o dolo é a vontade de violar o direito, e a culpa seria a falta de cuidado, que causa um resultado não esperado pelo agente. Nas palavras de Cavalieri Filho:

tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado.¹⁴⁶

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., 2012, p. 32.

Assim, o dolo é a vontade consciente de causar dano a outrem. Age com dolo aquele que sabe ser ilícito o resultado que pretende alcançar, agindo contrário ao dever jurídico que lhe é imposto, mesmo sendo possível de forma diferente.

A culpa *strictu senso*, entendida como a violação do dever objetivo de cuidado pode decorrer da negligência, imprudência ou imperícia.¹⁴⁷

A negligência resulta da falta de observância (omissão) a um dever de cuidado, quando não são observadas as devidas precauções; como ocorre, por exemplo, em relação ao motorista que causa grave acidente por não ter conservado seu veículo, caracterizando desídia de sua parte. A imprudência se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar, desnecessariamente, o perigo, atuando contra as regras básicas de cautela, de moderação ou de precaução. Ou seja, o agente acredita fielmente que nada vai acontecer; é o clássico exemplo do atirador de facas que trabalha no circo há anos e age com a certeza de que nada vai acontecer, não se atentando aos deveres básicos de cautela. Por fim, a imperícia diz respeito à inaptidão, ignorância, falta de qualificação técnica, teórica ou prática; como exemplo, um médico que sem habilitação em cirurgia plástica, realize tal operação causando deformidade no paciente.¹⁴⁸

A culpa em sentido estrito pode ser também graduada em razão da gravidade do evento danoso, como sendo: grave, leve e levíssima. A culpa grave, embora não intencional, demonstra que o agente atuou como se quisesse o resultado, é a culpa que mais se aproxima ao dolo, é a falta que foge do comum dos homens. Há uma imprudência ou negligência crassa. A culpa leve é a culpa intermediária, sendo a falta de diligência média que uma pessoa normal observaria em sua conduta. Já a culpa levíssima, no menor grau possível, é uma ausência de habilidade especial, onde apenas uma pessoa extremamente cuidadosa e atenciosa observaria na prática do ato, a atenção nestes casos seria extraordinária, ao contrário da leve que seria ordinária.¹⁴⁹

Pode ser, ainda, *in elegendo*, decorrente da má escolha do preposto, representante; *in vigilando*, há uma quebra da vigilância, ou seja, decorre da falta de fiscalização, em face de condutas de terceiros; *in committendo*, que decorre da prática de um ato positivo; *in ommittendo*, decorrente da omissão e *in custodiendo*, a presunção da culpa decorre da falta de cuidado na guarda de coisas ou animais.¹⁵⁰

¹⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel. **A Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 91.

¹⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., 2009, p. 234.

¹⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., 2009. p. 134.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 135.

A verdade é que, a distinção entre as espécies de culpa, suas classificações assim como os seus graus de gravidade, interferem de fato em um momento: aquele em que o magistrado irá arbitrar o valor da indenização, principalmente no dano moral, vez que a indenização é medida pela extensão do dano.

Nesse sentido, é importante destacar a regra disposta no parágrafo único, do artigo 944, do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.¹⁵¹

Com isso, a análise dos graus da culpa se torna importante para mensurar os danos sofridos pela vítima, o grau de responsabilidade do agente, bem como o valor da indenização a ser arbitrada pelo juiz.

Além disso, lembrar que excepcionalmente, admite-se a responsabilização do agente independentemente do quesito culpa; e ate mesmo os casos de culpa concorrente, onde o agente e a vítima contribuem para a ocorrência do evento danoso, caso em que a doutrina e jurisprudência recomendam a divisão da indenização de acordo com o grau de culpa de cada uma, não sendo necessariamente rateada em partes iguais.¹⁵²

Com isso, resta claro de que a culpa (*lato sensu*), dividida de acordo com a intenção do agente em culpa *stricto sensu* e dolo, se mostra elemento essencial para caracterizar a responsabilidade do agente, admitindo algumas exceções (responsabilidade objetiva), razão pela qual o Código Civil brasileiro adota como regra a subjetividade, ou seja, a prova do elemento culpa para imputar ao autor do ato o dever de reparar o dano por ele causado.

4.4.4 Nexo Causal

O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém.

Está demonstrado na expressão “causar” do art. 186, do Código Civil. A rigor é o primeiro ponto que se deve analisar para responsabilizar o eventual agente do fato danoso.

¹⁵¹ BRASIL. **Código Civil (2002).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 03 ago. 2016.

¹⁵² KFOURI NETO, Miguel, op. cit., 2013, p. 95.

Isso porque, ao contrário da culpa, o nexo causal é indispensável em qualquer hipótese, ou seja, sem ele não há que se falar em responsabilidade civil.¹⁵³

Antes de discutir a culpa, deve-se ter bem definido o nexo causal, se de fato o ato praticado pelo agente foi o que causou dano a vítima. Segundo Cavalieri Filho, o “nexo causal diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado objetivamente à ação ou omissão de uma pessoa”.¹⁵⁴

No mesmo sentido Silvio Rodrigues: “Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente”.¹⁵⁵

Antes mesmo destes autores supracitados, Serpa Lopes, já havia notado a complexidade do tema:

Uma das condições essenciais à responsabilidade é a presença de um nexo causal entre fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldade de ordem prática, quando os elementos casuais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço¹⁵⁶

Maria Helena Diniz traz ainda a figura do dano indireto. Ocorre uma vez que o dano não precisa resultar imediatamente do fato que o produziu, basta que fique evidente que sem tal fato o dano não ocorreria, ou seja, pode não ser a causa direta, mas o fato se torna condição para ocorrência dele. Como exemplo um bêbado que quebre a vitrine de uma loja, deve indenizar primeiro o dano material sofrido (valor da vitrine) e consequentemente o valor dos produtos que vieram a ser furtados em razão de seu ato (dano indireto).

Apesar de parecer obvio identificar o nexo de causalidade diante de cada caso concreto, em verdade não é. Por isso existem três teorias que tentam explicá-lo: a) teoria da equivalência de condições (ou antecedentes), b) teoria da causalidade e c) teoria da causalidade direta ou imediata.¹⁵⁷

No Brasil, prevalece o entendimento consagrado após a Constituição de 1988, a Teoria do Dano Direto e Imediato (teoria da interrupção do nexo causal), a qual defende que o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito direto e imediato de certa causa, ou seja,

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., 2012, p. 235.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 236.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Silvio, op. cit., 2003, p. 18.

¹⁵⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil – fontes Acontratuais das Obrigações

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** v. 7. 24. ed. São Paulo, 2010. p. 64.

somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente.¹⁵⁸ Desse modo, havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá a interrupção do nexo causal com a consequente irresponsabilidade do suposto agente.

Conforme elucida Alvin, em sua obra:¹⁵⁹

a Escola que melhor explica a teoria do dano direto é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano direto, como se verá. [...] Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. [...] Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja efeito direto e imediato da inexecução.

Tal teoria estaria positivada no artigo 403, do Código Civil, conforme entendimento do STJ. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA. 1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). 2. "Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves). 3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008) . 4. Recurso especial a que se dá provimento.¹⁶⁰

¹⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., 2005, p. 150.

¹⁵⁹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 356.

¹⁶⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 719738/RS**. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. 16/09/2008. DJe 22/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro+200500121767&dt_publicacao=22/09/2008>. Acesso em 21 set. 2016. (grifo nosso).

Assim, por ser mais simples, está é a teoria que melhor se ajusta à explicação do nexo causal, e causa menos insegurança jurídica, já que menos subjetiva.

4.4.5 Dano ou Prejuízo

Por último, mas não menos importante, o dano (material ou moral) é o centro da responsabilidade civil, pois para que haja o pagamento de indenização, além da prova da culpa ou dolo na conduta, é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém.

Para Cavalieri Filho, “Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”¹⁶¹, e conclui o pensamento definido:

conceitua-se, então, o dano, como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.¹⁶²

Maria Helena Diniz conceitua: “O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”¹⁶³

Em suma, sem dano não há o que reparar, independente da conduta ter sido culposa ou dolosa, pois se assim o fosse estar-se-ia diante de causa de enriquecimento ilícito. Neste sentido estabelece o artigo 186, do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹⁶⁴

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., 2012, p. 76.

¹⁶² Ibidem, p. 77.

¹⁶³ DINIZ, Maria Helena, op. cit., 2010, p. 64.

¹⁶⁴ BRASIL. **Código Civil (2002).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

4.4.5.1 Do Dano Patrimonial

O dano patrimonial corresponde àquele chamado também de dano material, e como o próprio nome já diz, ele recai sobre o patrimônio da vítima, estando ligado as perdas e danos. Tem como espécie o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, aquela que a vítima efetivamente perdeu e deixou de ganhar.

De acordo com a definição de Gagliano e Pamplona Filho:

ainda, porém, no que tange especificamente ao dano patrimonial ou material, convém o analisarmos sobre dois aspectos: d) o dano emergente – correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “o que ela perdeu”; e) os lucros cessantes – correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, “o que ela não ganhou”¹⁶⁵

Assim, o que se destaca é a possibilidade de se mensurar, calcular, o valor pecuniário nestes casos, reparando o prejuízo e o dano causado, seja diretamente com a restauração do momento anterior ao dano, seja indiretamente, como pagamento da indenização em moeda.¹⁶⁶

4.4.5.2 Dano Emergente

O dano emergente decorre, como o próprio nome diz, da injusta agressão. Esta previsto no artigo 402, do Código Civil,¹⁶⁷ representa o que de fato a vítima perdeu patrimonialmente em razão do evento danoso, ou seja, é a diminuição das reservas da vítima, seja porque diminui o ativo, seja porque aumentou o passivo, desde que de fato esta tenha sofrido o real prejuízo, ficando privada do uso normal de seus bens, de acordo com a sua vontade.

Assim, tratando-se da responsabilidade do médico, o dano emergente pode ser identificado no dano ao corpo à saúde de que resulte despesas realizadas para tratamento, internação, medicamento e outros que visem à recomposição do lesado ao *status quo ante*.

¹⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. III. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

¹⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

¹⁶⁷ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

4.4.5.3 Lucro Cessante

O lucro cessante diz respeito àquilo que a vítima deixou de aferir, ganhar, lucrar, em face da interrupção de suas atividades econômicas regulares, que consiste na frustração do crescimento patrimonial esperado, causado por outrem por dolo ou culpa. Está previsto na parte final do artigo 403, do Código Civil – “o que razoavelmente deixou de lucrar”¹⁶⁸

Para Cavalieri Filho, “O ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também, mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. Aí teremos lucro cessante.”¹⁶⁹

Segundo Maria Helena Diniz,¹⁷⁰ “Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva [...]”.

Assim, o lucro cessante representa aquilo que a vítima esperava ganhar caso não ocorresse o dano, ou seja, resta frustrada sua expectativa de lucro.

4.4.5.4 Dano moral e dano estético

Dano moral é aquele que atinge os direitos da personalidade de alguma pessoa. Sua previsão é expressa no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988; artigo 186, do Código Civil; bem como no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, ainda, perfeitamente possível sua cumulação com a indenização decorrente do dano material, conforme se extrai da Súmula 37, do STJ.

É possível bem definir, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho, como:

o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.¹⁷¹

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 74.

¹⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 24. ed. São Paulo, 2010. p. 64.

¹⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., 2005, p. 62.

Era comum considerar o dano moral ligado à dor, tristeza e sofrimento, entretanto, estes são seus efeitos e não sua definição.

Nesse sentido, para Maria Helena Diniz, o dano moral “[...] não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano”¹⁷²

Por não ser possível auferir um valor pecuniário, possuindo um papel apenas de tentar amenizar o dano causado à vítima, o dano moral acaba sendo mais uma satisfação do que uma indenização propriamente dita. Isso porque uma pessoa que perde um membro de seu corpo, em razão de acidente o qual não contribuiu de forma alguma para ocorrência, jamais terá seu membro de volta, independentemente da quantia a ser paga pelo agente.¹⁷³

Importante destacar a esse respeito é a indústria do dano moral que se formou. Em decorrência desse motivo que o STJ, tendo em vista os inúmeros processos com pedido de dano moral, entendeu que o mero dissabor, aborrecimento, não caracteriza dano moral. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VÍCIO DO PRODUTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 2. No caso concreto, **o Tribunal de origem, analisando a prova dos autos, concluiu que não houve a configuração do dano moral, mas mero dissabor. Alterar esse entendimento é inviável na instância especial.** 3. Agravo regimental desprovido.¹⁷⁴

O STJ entende que o dano moral tem que ser comprovado por pessoa jurídica para o recebimento de indenização, já que para o Ministro Luís Felipe Salomão, a pessoa jurídica pode pedir indenização por dano moral, desde que fique comprovado o dano à honra.

Logo, o dano moral deve ser analisado em cada caso, a fim de se mensurar se de fato ele ocorreu, e qual seria o valor a se arbitrar que não cause enriquecimento ilícito para a vítima, nem deixe de ser significativo a fim de induzir o agente a não mais praticar o ato que acarretou o evento danoso.¹⁷⁵

¹⁷² DINIZ, Maria Helena, 2010, p. 93.

¹⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio, 2012, p. 31.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1262356/SP**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma 04/04/2013. DJe 16/04/2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201101439066&dt_publicacao=16/04/2013>. Acesso em : 05 set. 2016. (grifo nosso).

¹⁷⁵ KFOURI NETO, Miguel, op. cit., 2013, p. 128.

Há ainda, quem distinga o dano moral do dano estético. Este, por sua vez, “Inicialmente ligado às deformidades físicas que provocam aleijão e repugnância, aos poucos passou-se a admitir o dano estético também nos casos de marcas e outros defeitos físicos que causem à vítima desgosto ou complexo de inferioridade [...]”.¹⁷⁶

Diante disso, iniciou-se uma grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca de ser o dano estético uma terceira espécie de dano, ou se seria apenas um aspecto a ser enquadrado dentro do dano moral.¹⁷⁷

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “Para que se caracterize a deformidade =, é preciso que haja dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física”¹⁷⁸

Para muitos doutrinadores, não se pode admitir a cumulação do dano estético com o dano moral, pois estar-se-ia diante de *bis in idem*, porém o STJ tem admitido tal cumulação.¹⁷⁹

para muitos, a indenização por dano estético cumulado com o dano moral, da forma mais ampla possível, pode parecer um *bis in idem*, ou seja, uma repetição de indenização para o mesmo dano. Entretanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem, cada vez mais, permitindo a cumulação dos danos material, estético e moral, ainda que decorrentes de um mesmo acidente, quando for possível distinguir com precisão as condições que justifiquem cada um deles.

[...]

Classificado como um dano autônomo, o dano estético é passível de indenização quando comprovada a sua ocorrência. É o dano verificado na aparência da pessoa, manifestado em qualquer alteração que diminua a beleza que esta possuía. Pode ser em virtude de alguma deformidade, cicatriz, perda de membro ou outra causa qualquer.¹⁸⁰

Assim, em 2009, a matéria restou sumulada pelo STJ: “Súmula nº 387. Litude – Cumulação – Indenizações de Dano Estético e Dano Moral. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”¹⁸¹

Vale destacar, ainda, que dano estético não deve ser analisado levando-se em consideração o padrão subjetivo de beleza que cada pessoa tem, mas sim, levando-se em

¹⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., 2012, p. 113.

¹⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., 2012, p. 113.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 442.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 442.

¹⁸⁰ COORDENADORIA de Editorial e Imprensa. Acumulação de dano estético com moral: uma realidade no STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. Sala de Notícias. 15/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94642>. Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº387. **Súmulas**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='387'>> Acesso em 05 set. 2016.

conta a lesão à beleza física, à harmonia das formas externas da vítima, que antes do evento danoso eram perfeitas.¹⁸²

Assim, mais uma vez, a análise do caso concreto é determinante para a caracterização não apenas do dano moral e suas quantificações, mas se este deve, ou não, ser cumulado com o dano estético.

4.4.6 Classificação da Responsabilidade Civil quanto a Culpa

Nesse ponto, a análise fundamental é com relação à culpa. Culpa esta *lato sensu*, ou seja, culpa em sentido estrito e dolo. Vejamos:

a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.¹⁸³

Resumidamente, a culpa em seu sentido amplo, “[...] abrange toda espécie de comportamento contrário do Direito, seja intencional, como caso do dolo, ou tencional, com culpa”¹⁸⁴

É ela quem vai definir a classificação da responsabilidade em seu aspecto objetivo ou subjetivo.

Já dizia Agostinho Alvim:

a classificação mais simples é esta: a responsabilidade civil fundamenta-se na culpa quando lhe é elemento indispensável e prescinde dela quando se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. A primeira hipótese consubstancia a teoria da culpa, ou subjetiva. A segunda, entende-se como a teoria dita objetiva, ou do risco, e dentro de seus postulados se diz que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa.¹⁸⁵

Assim, quando se fala de responsabilidade objetiva, a culpa não é exigida para responsabilizar o agente, sendo em alguns casos presumidas em lei, e em outros, dispensável.

¹⁸² KFOURI NETO, Miguel. **A Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁸³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., 2005, p. 138.

¹⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., 2012, p. 31.

¹⁸⁵ ALVIM, Agostinho, op. cit., 1980, p. 243.

Primitivamente a responsabilidade era objetiva (à época do direito romano), mas sem que por isso se fundasse o risco, tal como concebe-se hoje. Mais tarde, com as mudanças, evolução, e progresso, passaram-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Entretanto, logo voltou a predominar a objetividade, não por voltar à ideia de vingança, mas por entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade.¹⁸⁶

Historicamente, a partir da segunda metade do século XIX foi que a responsabilidade objetiva se tornou independente no campo da responsabilidade, com expansão e consolidação principalmente na França.¹⁸⁷

No Brasil, o Código Civil trata como regra a responsabilidade subjetiva, baseada na teoria subjetiva, embora regule diversos casos de responsabilidade objetiva. Tal conclusão é retirada principalmente da interpretação do artigo 186 do citado diploma legal, que traz o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano.¹⁸⁸ Dessa forma, para que o agente responda civilmente é necessário a comprovação de sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Por outro lado, a responsabilidade objetiva independe de culpa e é fundada na teoria do risco, estando previsto expressamente no art. 927, parágrafo único, do CC.

Como exemplos de responsabilidade objetiva, têm-se os artigos 936, 937 e 938, ao tratar da responsabilidade do dano do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante de casa da qual cair algum objeto. E, ainda, artigos 929 e 930, que preveem a responsabilidade por ato lícito; artigos 939 e 940, no que pertine à responsabilidade do credor que demanda o devedor antes de vencida ou quando já paga a dívida; o art. 933, pelo qual os pais tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e de escolas respondem, independente de culpa, pelos atos danosos praticados por seus filhos, pupilos, curatelados, prepostos, empregados, hóspedes, moradores e educando; o parágrafo único do art. 927, que trata da obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem; todos do Código Civil Brasileiro.¹⁸⁹

O artigo 927, do Código Civil, possibilitará uma ampliação dos casos de dano indenizável, exatamente por admitir a responsabilidade do agente independentemente de sua culpa, sem elencar os casos, deixando disciplinado de forma genérica do dispositivo.

¹⁸⁶ ALVIM, Agostinho, op. cit., 1980, p. 243.

¹⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., 2005, p. 138.

¹⁸⁸ KFOURI NETO, op. cit., 2013, p. 81.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 74.

Vele frisar que, a regra é de fato a responsabilidade subjetiva, mas a objetiva é adotada em diversas leis esparsas, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, que ao contrário do Código Civil, adota como regra a objetividade. Entretanto, a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, ficando submetida aos limites legais, prevalecendo a ideia geral da necessidade da culpa.

Coerentemente é o pensamento de Miguel Reale, bem citado por Gonçalves em sua obra:

responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que se fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.¹⁹⁰

Por fim, a conclusão que se tira é que se deve considerar a totalidade dos fatores que levaram a ocorrência do fato danoso, pois é a partir deles que se identifica se está diante de um caso de responsabilidade objetiva ou subjetiva, tudo isso levando em consideração os dispositivos em lei, sejam eles do Código Civil, sejam das leis esparsas.

5 CONSEQUÊNCIAS CIVIS E PENAIIS DA PRÁTICA DA EUTANÁSIA – POSTURA DOS TRIBUNAIS

5.1 TRATAMENTO PENAL DA EUTANÁSA NO BRASIL

No ordenamento jurídico pátrio não se admite qualquer restrição ou distinção com relação às garantias da vida humana. O que se visa é sempre proteger a vida, independentemente da condição de saúde, idade, aspectos físicos e sociais do sujeito passivo, para que desta forma se iniba transparecer qualquer sentimento ou interesse extrapessoal.¹⁹¹

¹⁹⁰ REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: _____. Estudo de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 176-177 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. IV. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

¹⁹¹ PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2012, p. 82-83.

Por isso que o Código Penal brasileiro tipifica os delitos de homicídio doloso (simples, privilegiado e qualificado) e culposo (art. 121, *caput* e §§ 1º a 3º, respectivamente).¹⁹²

A prática da eutanásia no Brasil não está prevista no Código Penal e nem na Constituição Federal. Dessa forma, como a vida é um bem jurídico indisponível e inviolável, o legislador não contemplou o homicídio piedoso, rechaçando qualquer tipo de impunidade ou a faculdade do perdão judicial.¹⁹³

Assim, o Direito sabiamente amoldou a prática da eutanásia ao crime de homicídio, mais especificamente à figura do homicídio privilegiado, quando impelido por motivo de relevante valor moral, ou seja, que diz respeito aos sentimentos de compaixão e piedade (art. 121, § 1º, do Código Penal).¹⁹⁴

Muito importante frisar que a eutanásia significa provocar uma boa morte, na qual a vida é tirada em benefício da pessoa que normalmente sofre de uma doença terminal ou incurável, que lhe causa grandes sofrimentos ou afeta consideravelmente sua qualidade de vida. Embora tal prática seja impelida pelo relevante valor moral, com consentimento do enfermo e muitas vezes cometida por verdadeiro sentimento de piedade e compaixão, não se justifica a não incriminação do fato.¹⁹⁵

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Nelson Hungria complementa a ideia acima exposta, alegando que:

nem mesmo o angustiante sentimento de piedade ante o espetáculo do atroz e irremovível sofrimento alheio, ainda que preceda a comovente súplica de morte formulada pela própria vítima, pode isentar de pena o homicida eutanásico, cujo gesto, afinal, não deixa de ter um fundo egoístico, pois visa também a libertá-lo de sua própria angústia.¹⁹⁶

Desse modo, para que ocorra o delito de homicídio privilegiado é necessário um sujeito ativo que se ressinta com o padecimento do enfermo e que atue no sentido de acabar com este sofrimento, e um sujeito passivo que esteja vivo, mesmo que em ínfima qualidade de vida ou com pouquíssimas chances de sobrevivência.¹⁹⁷

¹⁹² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2. p. 25.

¹⁹³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Arts. 121 a 136. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. V. p. 125.

¹⁹⁴ BIZATTO, José Ildefonso, op. cit., 2009, p. 323.

¹⁹⁵ BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa**. 5. ed. São Paulo: Rio, 1979. p. 122.

¹⁹⁶ HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou eutanásia por omissão, sob o ponto de vista jurídico penal. **Comentários ao Código Penal**. 1955. v. V. p. 377 apud CARVALHO, Gisele Mendes de Aspectos jurídicos-penais da eutanásia. São Paulo: IBCRIM, 2001. p. 140.

¹⁹⁷ PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2012, p. 84.

Com isso, caso reste comprovado o motivo de relevante valor moral, o juiz poderá diminuir a pena de um sexto a um terço, em virtude da menor reprovabilidade pessoal da conduta e da culpabilidade do agente. É de se ter em vista que devem ser analisados sempre os motivos determinantes do crime, o porquê das circunstâncias do fato e ainda reconhecer o relevante valor moral, para o efeito minorante da sanção.¹⁹⁸

O delito ora em comento, é crime material ou de resultado, e a sua consumação ocorre quando o tipo de injusto encontra-se inteiramente realizado, com a morte da vítima. No que se refere à tentativa, é certo na doutrina que ela ocorre quando o agente, tendo iniciado a execução do homicídio eutanásico, não logra êxito na consumação por circunstâncias alheias a sua vontade.¹⁹⁹

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada e por ser doloso contra a vida, a competência para julgamento é do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, *d*, CF).

É de se notar que o bem da vida é protegido pelo ordenamento jurídico com privilegiada consideração, sendo a eutanásia piedosa rechaçada pela doutrina que condena a morte benéfica em qualquer circunstância, pois qualquer concessão poderia enfraquecer a defesa da vida humana e gerar exceções contrárias à norma fundamental.²⁰⁰

No que se refere à ortotanásia, entendida como a supressão de medicamentos, deixando transcorrer a evolução e o percurso natural da doença, utilizando apenas de cuidados paliativos adequados aos pacientes que se encontram em momentos finais de sua vida,²⁰¹ Aníbal Bruno²⁰² aduz:

a intervenção do médico para dar ao moribundo uma morte tranquila, sem abreviar-lhe a duração da vida, inclui-se naturalmente no exercício permitido da medicina não pode constituir fato punível.

[...] nenhuma razão obriga o médico a fazer durar por um pouco mais uma vida natural e irremissivelmente se extingue, a não ser por solicitação especial do paciente ou de parentes seus.

Nesse sentido, a omissão é considerada penalmente irrelevante, impunível e atípica, a quem detinha o dever jurídico de evitar o resultado, uma vez que o processo de morte não foi provocado, nem antecipado; ele já está instalado no organismo do enfermo.²⁰³ O indivíduo

¹⁹⁸ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 136.

¹⁹⁹ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito Penal brasileiro**: parte especial. 2. ed. rev. atual. ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 27-29.

²⁰⁰ BRUNO, Aníbal, op. cit., 1979, p. 122.

²⁰¹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 26.

²⁰² BRUNO, Aníbal, op. cit., 1979, p. 123-124.

²⁰³ BÔAS, Maria Elisa Villas, op. cit., 2008, p. 74.

que tão somente deseja curar e/ou aliviar as dores do enfermo, não terá culpa se a cessação do sofrimento causar-lhe a morte.²⁰⁴

5.2 CONSEQUÊNCIA CIVIL DA PRÁTICA DA EUTANÁSIA

No campo da responsabilidade civil, instrumento de fundamental importância na proteção aos direitos da personalidade, e especialmente nas questões voltadas a reprimir a prática da eutanásia pelo médico, o que se espera do Judiciário é que aja com prudência e bom senso na identificação do eventual ilícito. Contudo, vindo a reconhecer o desvio de conduta, apto a ensejar a condenação, que proceda com a devida severidade, principalmente no tocante à quantificação dos valores indenizatórios.

Cumprе salientar que a atividade médica é, pela sua própria natureza, uma atividade de risco. De outro lado, o médico lida no seu dia a dia com o bem mais precioso do ser humano – a vida. Nessas circunstâncias, as práticas que visam abreviar a vida do ser humano para aliviar o seu sofrimento devem ser apenas com cautela, observando-se principalmente a autonomia de vontade do paciente, aliado à sua dignidade.

Nesse sentido, se faz necessário analisar a responsabilidade civil inerente ao médico, que pode ser classificada em responsabilidade objetiva (independe de culpa) e responsabilidade subjetiva (precisa ser provado a culpa *lato* ou *stricto sensu*).²⁰⁵

O médico ao praticar a eutanásia age em desacordo com a lei, logo, ao produzir dano ao paciente, ou seja, a sua morte, e também aos familiares, neste caso de cunho moral, deverá ser responsabilizado por seus ato, tendo que, na esfera cível indenizar a família do enfermo.

Os pressupostos gerias da responsabilidade civil no caso da eutanásia se resumem na necessidade do dolo, tendo em vista que não é possível se falar em eutanásia culposa; na ação ou omissão, exceto na hipótese da ortotanásia, e por fim a existência do nexo causal.

Em relação ao nexo causal, há vários questionamentos, sendo resolvidos pela Teoria da relação causal direta ou imediata. Tal teoria refere-se que é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja efeito direto e imediato da inexecução.²⁰⁶

²⁰⁴ BIZATTO, José Ildefonso, op. cit., 2009, p. 322.

²⁰⁵ KFOURI NETO, op. cit., 2013, p. 73.

²⁰⁶ ALVIM, Agostinho, op. cit., 1980, p. 243.

Cumprе salientar, que como a eutanásia é encaixada dentro da figura do homicídio, deve-se levar em consideração esta posição para efeitos dentro da esfera cível. Assim, de acordo com o artigo 948 do Código Civil, pode-se dizer que:²⁰⁷

Art. 948 -No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I- No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II- Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando em conta a duração provável da vida da vítima.

O disposto no presente artigo vale, claramente, para o médico que, de acordo com o artigo 951 do Código Civil, no exercício de atividade profissional causar a morte de seu paciente. Portanto, deverá ser responsabilizado pelo pagamento das despesas com os tratamentos que foram realizados, bem como com funeral e luto da família, fato que pode ocorrer na eutanásia quando realizada pelo profissional da Medicina. Da mesma forma, pode ser o médico responsabilizado a prestar alimentos às pessoas que o paciente morto pela eutanásia os devia.²⁰⁸

Resta claro que não se pretende tratar a dor como uma mercadoria, mas tão somente utilizá-la como parâmetro para a determinação do *quantum* devido, proporcionando, aos atingidos, meios econômicos que propiciem o necessário à mitigação de seu sofrimento, serve, pois, para tranquilizar os súditos do ordenamento jurídico, que têm por imprescindível a retribuição do mal causado.²⁰⁹

As sanções no Direito Civil possuem natureza meramente pecuniária. Assim, o médico deverá reparar, financeiramente, os danos decorrentes de seus atos. Ao praticar a eutanásia, acaba com toda a estrutura da família do paciente, ainda mais quando não houve o consentimento. Dessa forma, a família, buscando reparar seus danos, a saber, morais, entra com uma ação em busca de responsabilizar o profissional médico pela sua prática.

Importante destacar, que tanto na esfera penal quanto na área civil, o médico na grande maioria das vezes sempre tem razão, pois está revestido de poderio econômico e de fluentes amizades, já o doente é sempre a parte mais fraca, perdendo consequentemente o seu direito.

No Brasil, é pequeno o número de médicos que acabam sendo condenados pela morte de seu paciente, uma vez que acabam utilizando a desculpa de que o paciente não resistiu o

²⁰⁷ BRASIL. Código Civil (2002) Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 08 set. 2016.

²⁰⁸ KFOURI NETO, op. cit., 2013, p. 135.

²⁰⁹ Ibidem. 129.

tratamento, e estes vêm a praticar a eutanásia. No caso da eutanásia, leia-se "homicídio privilegiado", já que é assim que se trata este instituto na legislação até a presente data, muito dificilmente um médico será responsabilizado pelo exercício desta, pois sempre ocorre longe das vistas da Justiça, sendo que poucos casos acabando vindo à tona, isso quando a imprensa os divulga.

Com isso, relevante se mostra o papel que o Judiciário pode cumprir no sentido de exigir maior respeito ao ser humano e aos seus direitos personalíssimos, pois, o juiz não é um mero autômato, um frio observador desinteressado, um simples aplicador da fria norma jurídica ao caso concreto. Ele deve ser mais do que isso, um agente na transformação social, atento ao que determina o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e cômico do seu relevante papel na sociedade.

5.3 JURISPRUDÊNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A apreciação da eutanásia é um dos assuntos mais complicados no nosso ordenamento jurídico, e isso por três motivos. Primeiramente, falta um dispositivo legal que dela trate expressamente. O dispositivo o qual ela é amoldada, só abrange parte da problemática, deixando várias questões em aberto. Em segundo lugar, os problemas existenciais que surgem em decisões sobre a vida e a morte dificilmente podem ser regulados através de normas abstratas; pois o direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequado ao processo individual e irrepetível da morte. Em terceiro lugar, o consenso sobre o permitido e o proibido na eutanásia é dificultado por não se tratar de seara exclusiva do judiciário. Nesta esfera, também médicos, filósofos e teólogos, reclamam o direito de ingressar no debate, direito esse cujo exercício por um lado enriquece a discussão, mas ao mesmo tempo advém premissas contraditórias que dificultam o consenso sobre a apreciação jurídica.

Ainda assim, a discussão dos últimos tempos ao menos conseguiu chegar a uma "opinião dominante", a julgados fundamentais de alguns Tribunais do Brasil e a uma importante modernização de princípios e direitos constitucionais, que levou em conta todo esse desenvolvimento. Na sequência será realizado uma análise jurisprudencial que envolvem dois casos diferentes a serem resolvidos junto a responsabilidade médica frente à prática da eutanásia e da ortotanásia.

RESPONSABILIDADE CIVIL DANOS MORAIS E MATERIAIS Hospital-Paciente que faleceu após período de internação- Responsabilidade do hospital que decorre da comprovação de conduta culposa do médico Conjunto probatório que não logrou demonstrar a existência de negligência ou imperícia no tratamento do paciente- Morte que decorreu do avanço incontrollável da doença, e não de qualquer conduta do corpo médico Ausência do dever de indenizar Sentença mantida - Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 00030091220108260004 SP 0003009-12.2010.8.26.0004, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 12/06/2013, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/06/2013)²¹⁰

A discussão sobre os limites dos cuidados médicos se intensifica quanto mais próximo se encontra o paciente do final da vida ou mais grave se torna o processo de morrer. Nesse sentido, o cerne mais frequente de dúvidas se concentra nas situações dos pacientes em estado terminal.²¹¹

Decisiva para a apreciação deste caso na jurisprudência foi uma sentença do juízo de São Paulo – SP, que foi confirmada em seus traços essenciais por uma decisão proferida pela Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O caso decidido pelo TJ-SP versava sobre um senhor que era portador de neoplasia de laringe e, em 2005, teve o tumor retirado cirurgicamente através de laringectomia total e esvaziamento ganglionar. No início de 2007, o paciente foi internado novamente com recidiva do tumor, sangramento nasal e processo pneumônico e broncopneumonia. Apesar dos cuidados médicos, o quadro clínico do enfermo piorou e evoluiu a óbito, em 11/02/2007.

O impasse surge durante o período de internação do paciente, pois os autores alegam que os sedativos ministrados pelos médicos ao enfermo foram aplicados mesmo com a discordância da família, e foi o que levou a aceleração da morte do doente. Asseveram ainda, que os médicos insistiam na alta do paciente, para que o tratamento fosse continuado em casa. Após a decisão proferida pelo juízo singular, o caso voltou ao Poder Judiciário, que em grau de recurso manteve a decisão negativa da responsabilidade civil do hospital em face da postura adotada pelo médico, que acelerou o processo de morte do enfermo.

No caso em estudo, a responsabilidade civil do médico é a responsabilidade subjetiva, o qual se exige a demonstração da conduta culposa do profissional e do nexo causal com os

²¹⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação nº 00030091220108260004, da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, SP, 12 jun. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00030091220108260004_c0ef1.pdf?Signature=qT2kP7rsfYSk8bJCDzJsLSdh9o%3D&Expires=1475189084&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=175809891e512ba878d8e511fd018da8>. Acesso em 21 set. 2016.

²¹¹ Paciente terminal é aquele que: “apresenta a presença de enfermidade avançada ou incurável pelos meios técnicos existentes; impossibilidade de respostas a tratamentos específicos; presença de sintomas múltiplos, multifatoriais e cambiantes que condicionam a instabilidade evolutiva do paciente; impacto emocional (devido à iminência da morte) no paciente, família e equipe terapêutica; prognóstico de vida breve.” (CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., 2001, p. 125).

danos experimentados pelo paciente. E, na hipótese vertente, o conjunto probatório coligido não logrou demonstrar a existência de qualquer erro no tratamento do paciente.

O médico responsável pela perícia médica atestou que o paciente faleceu de maneira natural (ortotanásica), durante o tratamento paliativo, tendo em vista que a doença instalada no organismo já estava avançada, o que acarretou a falência múltipla dos órgãos. Concluindo, pela inexistência de quaisquer indícios de eutanásia, ou de morte de origem externa.

Ademais, tais medidas adotadas pelo médico foram condicionadas à vontade dos próprios familiares do doente, que optaram pela sedação contínua, uma vez que o paciente sentia muita dor, conforme fora demonstrado na ficha de evolução médica do enfermo.

Neste contexto, é notório que o médico que acompanhou o paciente em estado terminal descreveu exatamente os procedimentos que adotou e os que deixou de adotar, agindo com maior transparência e possibilitando maior controle de suas atividades. Ou seja, ficou claro, que no presente caso subsistiu a sensibilidade à dor, e que foram escolhidas uma forma de tratamento não dolorosa e menos danosa possível para o doente; agindo o médico dentro dos seus deveres, ao administrar os cuidados paliativos para evitar a dor e sofrimento do enfermo.

Por outro lado, por mais que a solicitação dos familiares fosse no sentido da não aplicação de sedativos, neste caso, deve ser analisada com razoabilidade, visto que, mesmo a pedido da família, tal medida não deveria deixar de ser aplicada, pois isso implicaria em um sofrimento desnecessário ao paciente, o que não é objetivo nem dever médico.

Assim, o TJ-SP considerou acertadamente a não ocorrência de qualquer conduta culposa por parte do profissional que assistiu o paciente. Não havendo a possibilidade de se falar em dever de indenizar face a aceleração do processo de morte do enfermo, em decorrência de que a morte já estava instalada no organismo do doente.

Outro caso que merece destaque na nossa jurisprudência foi o fato que ocorreu na cidade de Porto Alegre-RS. O TJ-RS confirmou em seus traços essenciais a sentença proferida por um juízo de Porto Alegre que versava sobre uma senhora idosa com um quadro grave de descompensação cardíaca secundária à insuficiência renal e pré-edema agudo de pulmão, que desde o fim de 2010 estava internada e não era mais capaz de compreender os outros, bem como expressar sua própria vontade. É o que será analisado na sequência.

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua

hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011)²¹²

No período de internação da paciente foi indicada expressamente pelos médicos quanto à necessidade de realizações de sessões de hemodiálise. O impasse surge quando o filho, parente mais próximo da enferma, mostrou reservas deste procedimento em virtude do último pedido feito pela mãe quando ainda havia consciência; enquanto o neto, responsável pela internação teria manifestado vontade diversa. Após decisão proferida pelo juízo singular, o caso voltou ao Poder Judiciário, que em grau de recurso manteve a decisão de negativa da autorização à realização do tratamento de hemodiálise.

A solução da jurisprudência do TJ-RS me parece acertada, ao considerar a não realização do tratamento de hemodiálise como uma conduta proporcional diante da situação concreta da paciente. A posição de garantidor do médico e do filho igualmente devem ser afirmadas. Assim, pode se falar em ortotanásia, de modo que os princípios da dignidade humana e autonomia de vontade servem para a resolução deste caso e podem fundamentar a atipicidade da conduta.

Nesse sentido, não há que se falar em responsabilização civil e criminal a quem detinha o dever jurídico de evitar o resultado, uma vez que o processo de morte não foi provocado, nem antecipado; ele já estava instalado no organismo da enferma.²¹³ O médico que tão somente deseja curar e/ou aliviar as dores da paciente, não terá culpa se a cessação do sofrimento causar-lhe a morte, pois na verdade ocorre a quebra do nexo causal entre a ação do médico e o resultado morte inevitável, circunstância que retira, assim, a tipicidade penal, bem como a responsabilização civil da conduta.

²¹² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação nº 70042509562, da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 1 jun. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fno_me_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70042509562%26num_processo%3D70042509562%26codEmenta%3D4200429+EUTAN%C3%81SIA++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70042509562&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=01/06/2011&relator=Arm%C3%ADnio%20Jos%C3%A9%20Abreu%20Lima%20da%20Rosa&aba=juris> Acesso em: 26 set. 2016.

²¹³ BÔAS, Maria Elisa Villas, op. cit., 2008, p. 74.

No caso em estudo, a paciente quando estava lúcida transmitiu ao filho como seu último desejo, a vontade de não se submeter à hemodiálise, uma vez que, tal procedimento era muito desgastante e sofrido. Ademais, os médicos responsáveis atestaram que o tratamento possuía riscos de levar a enferma a óbito; alegando ainda, que não era a hemodiálise a solução para o quadro de saúde da paciente, que já possuía outras enfermidades instaladas em seu organismo.

Assim, se a paciente adulta plenamente lúcida, ao qual foram concedidas todas as informações necessárias a respeito da extensão de suas moléstias e das suas consequências e riscos da terapia, recusa, de modo consciente e responsável, submeter-se ao tratamento, caberá ao médico eximir-se de qualquer procedimento que prolongue o sofrimento da enferma.²¹⁴ Não podendo o profissional da saúde sofrer represálias éticas ou jurídicas, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia, dada a incompreensão que muitas vezes cerca o assunto, conforme estipula a Resolução 1.895/2006.

Contudo, cumpre asseverar que, em que pese a primazia da vida humana em todos os casos, em um Estado de Direito democrático e social, o Princípio da Ponderação de Interesse, que serve de lastro para justificação para determinadas escolhas, deverá ter em conta a dignidade da pessoa humana como um critério corretor.²¹⁵

Práticas dessa ordem, que visam à interrupção de tratamento fúteis, não devem ser tidas como eutanásia, mas como uma avaliação responsável e ética da abordagem mais vantajosa para aquele paciente, sopesados, de um lado, o benefício representado pelo acréscimo de um tempo relativamente curto de sobrevida e, de outro, o sofrimento provocado pelos recursos necessários para esse escopo.²¹⁶

Com efeito, a simples existência de recursos médicos não torna a sua utilização obrigatória em todos os casos, mas apenas naqueles para os quais estão efetivamente indicados como terapêutica proporcional, útil e benéfica. Nesse sentido, Roxin adverte que inexistente um dever jurídico de manter, a qualquer preço, a vida que se esvai. A ciência e seus recursos devem existir para o bem do homem, e não o inverso.²¹⁷

Os cuidados paliativos, por sua vez, são sempre devidos, pois correspondem à proteção inafastável da dignidade da pessoa, como atitude de respeito pelo ser humano. Por cuidados paliativos entendem-se as condutas que visam o conforto do paciente, sem interferir

²¹⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora, op. cit., 2010. p. 217.

²¹⁵ ATHENIENSE, Aristóteles, op. cit., 2010, p. 114-115.

²¹⁶ ROXIM, Claus, op. cit., 2008, p. 208.

²¹⁷ ROXIM, Claus. A apreciação jurídico penal da eutanásia. trad. Luis Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT/IBCCRIM, a. 8, n. 32, p. 9/38, out./dez. 2000. p. 25.

propriamente na evolução da doença, e de que são exemplos a analgesia, higienização, hidratação, nutrição, a atenção devida à pessoa e a família naquele momento de dificuldade.²¹⁸

Desta forma, se por um lado houve a preocupação do neto, bem assim do hospital que assiste a paciente, por outro não se pode desconsiderar o trauma do tratamento da hemodiálise, causando-lhe sofrimento de cunho físico e moral, de sorte que a sua opção não é desmotivada.

Apenas que, nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tenho que a Vigésima Primeira Câmara Cível do TJ-RS raciocinou com correção, pois a paciente pelo que consta nos autos, manifestou sua vontade no sentido de não se submeter a hemodiálise, com os riscos inerentes à recusa.

Posto isto, é importante destacar que o direito à vida é considerado um dos mais relevantes sob a perspectiva constitucional, servindo de pressuposto para a aquisição e o exercício dos demais direitos elencados no ordenamento jurídico. Por isso, a prática da eutanásia é um fato tão importante e polêmico, pois o que está em jogo é o bem jurídico vida e a possibilidade de o próprio indivíduo dispor desse direito com violação à Carta Magna.

No entanto, por mais que o poder judiciário aparente se preocupar com a aplicação de sanções, sabe-se que a repressão há de ser socialmente adequada, de modo que seus resultados não impliquem em unicidade de interpretações sobre a realidade social e pessoal, buscando-se alcançar sempre os interesses do bem estar de cada indivíduo, respeitando a aplicação do princípio da dignidade humana, estampado no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse mesmo diapasão, a dignidade da pessoa humana vem para propiciar ao homem condições existenciais mínimas para uma vida saudável e para a concretização da essência do ser humano, constituindo-se desde as necessidades e valores mais íntimos e particulares de cada indivíduo até os momentos finais da vida da pessoa.

Portanto, sob o prisma da eutanásia, os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade, somente cumprirão sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade, pois a pessoa tem de viver na plenitude de sua dignidade e autonomia, de acordo com seus valores e interesses legítimos, até o fim da vida.

É notória a exigência cada vez maior da sociedade de que a autonomia do paciente seja respeitada. Ou seja, é necessário que o paciente tenha o conhecimento verdadeiro sobre o seu quadro clínico e todas as condições de tratamento que poderão ou não ser utilizadas, para que

²¹⁸ BÔAS, Maria Elisa Villas, op. cit., 2010, p. 257.

desta forma possa expressar o seu consentimento de forma voluntária, acompanhado de um grau suficiente de reflexão racional baseado em valores próprios.²¹⁹

O consentimento pode ser oral ou escrito, porém a forma escrita é a mais recomendável, haja vista que permite um reconhecimento posterior por outros interessados.²²⁰ No entanto, como a prática da eutanásia é um assunto extremamente delicado, que envolve a vida do paciente, é notório que para evitar possíveis fraudes (v.g. falsificação de documentos) e pessoas morrerem sem realmente terem expressado seu consentimento de forma positiva, há a necessidade de uma formalização para tal procedimento, a qual deve ser realizado na presença do médico e de um representante da lei (v.g. promotor de justiça, juiz), que estejam acompanhando o caso.

Assim, no tocante à possibilidade do indivíduo que padece de uma doença terminal ou incurável dispor livremente da própria vida, ou seja, quando houver o seu consentimento expreso, não há porque se insistir em uma proteção exagerada do direito à vida, pois colocasse em conflito com outros direitos fundamentais. O paciente deve alcançar o término de sua vida com dignidade e sem sofrimento, devendo a dignidade humana ser compreendida tanto pelo lado da vida quanto pelo lado da morte.

Em contrapartida, nos casos em que não houver consentimento do próprio enfermo devido a alguma impossibilidade de expressá-lo, não há que se permitir a prática da eutanásia mesmo levando-se em conta o consentimento de outras pessoas legitimadas na lei. Isso porque não seria possível afirmar com certeza se o enfermo externaria seu consentimento de forma positiva caso não estivesse impossibilitado para tal ato, podendo ocorrer, então, uma discordância entre a manifestação da vontade dos legitimados para expressar o consentimento e a verdadeira vontade do paciente.

Desta forma, como a vida é um direito personalíssimo e irrenunciável que deve ser usufruída até o seu inevitável fim, ficaria muito destoante outras pessoas decidirem sobre a vida do paciente que padece de uma doença terminal ou irreversível, pois o homem é o agente único de seus próprios atos, o qual não transfere a outrem a responsabilidade moral por suas ações.²²¹

Ocorre que, para morrer com dignidade, é preciso viver dignamente, sendo que mesmo nos casos em que o enfermo externe sua decisão ou ainda em situações que não seja possível

²¹⁹ SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: LZN, 2003. p. 63.

²²⁰ Ibidem, p. 66.

²²¹ SOUZA, Neri Tadeu Camara, op. cit., 2003, p. 63.

verificar a vontade expressa manifestada pela pessoa, é necessário tentar dignificar o paciente até o fim proporcionando-lhe

o respeito ao modelo de morte da pessoa; cuidados básicos e solidários; alívio da dor física, principalmente quando esta assume uma dimensão que extrapola a totalidade biológica; companheirismo envolvente [dos familiares e pessoas próximas], carinho sacerdotal e rejeição da crueldade terapêutica, no sentido da aceitação da condição humana.²²²

Não obstante adotar-se neste trabalho esse posicionamento, não se pode negar o fato de que o Brasil, do ponto de vista sociológico, é um país que não poderia tolerar a liberdade de escolha da própria morte, para indivíduos que se encontram em quadros clínicos terminais e irreversíveis, pois a sociedade ainda não adquiriu um grau de desenvolvimento que permita sua aplicabilidade, podendo ocorrer uma utilização exacerbada, inadequada e de forma arbitrária.

Conforme prevê o artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica:²²³ “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Em que pesem as respeitáveis discussões acerca da disponibilidade do direito à vida, deve-se ater tanto às práticas eutanásicas que chegam ao conhecimento das autoridades policiais e da população como um todo (através da mídia), quanto àquelas que ocorrem disfarçadas de “boas intenções”. É necessário analisar o aumento da eutanásia econômica que ocorre de maneira oculta, em decorrência da política adotada pelo governo, que tem por escopo retirar os enfermos que padecem de doenças terminais e incuráveis dos leitos das Unidades de Terapia Intensiva, a fim de que possam ceder seus lugares a pacientes que poderão lograr êxito em seu tratamento.

Nestas condições, o papel do Direito Penal se mostra de extrema importância, quando o assunto envolve a temática da eutanásia, pois sendo ela tipificada pelo Código Penal diminui a ocorrência de crimes praticados por motivos torpes e fúteis (v.g., como o tráfico de órgãos e a antecipação da morte para o recebimento de uma herança) e que possam morrer antecipadamente sem o seu consentimento.

No campo da responsabilidade civil, instrumento de fundamental importância na proteção dos direitos da personalidade e em especial nas questões voltadas a corrigir/reprimir

²²² DÓRO, Maribel Pelaez, op. cit., 2003, p. 49.

²²³ BRASIL. **Pacto San Jose da Costa Rica (1969)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016

a arbitrariedade médica no final da vida do paciente, o que se espera do Judiciário é que aja de forma coerente, firme no controle da apuração de desvios de condutas praticados pelos médicos. Contudo, vindo a reconhecer atos ilegais ao exercício da medicina, que proceda a condenação com a devida severidade, principalmente no tocante à quantificação dos valores indenizatórios, a fim de reprimir tais condutas.

A atividade médica é sempre, pela sua própria natureza, uma atividade de risco. De outro lado, o médico lida no seu dia a dia com o bem mais preciso do ser humano – a vida. Nessa circunstância o ato ilícito não pode, nem deve, ser apenado com benevolência, pois tal ato em outras atividades profissionais pode ser corrigido retornando a coisa ao *status quo ante*, ainda que com custos materiais elevados. Na atividade médica, o erro quase nunca permite um retorno ao estado anterior.

Assim, relevante se mostra o papel do poder judiciário, de sempre cumprir diminuir os perigos que colocam em risco a existência da espécie humana, resguardando a vida contra qualquer forma de agressão considerada inadmissível. Construindo, assim, uma dogmática compatível com as exigências da sociedade contemporânea, pautada nos valores da dignidade da pessoa humana e no respeito ao ser humano independentemente da forma física ou estrutura mental que apresente.

CONCLUSÃO

A realização da presente pesquisa permitiu a reflexão sobre os direitos da pessoa no final da vida, sendo possível verificar que a eutanásia, embora discutida desde os tempos mais antigos, ainda hoje causa controvérsias em todas as esferas da sociedade.

No que diz respeito à eutanásia, buscou-se esclarecer de maneira clara e objetiva tal expressão, bem como diferenciá-la dos outros conceitos que surgiram para explicar o processo de intervenção humana no final da vida, como a ortotanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido. Destaque-se que estas diferentes terminologias devem ser cercadas de todos os cuidados (linguísticos e técnicos) para não incorrer em equívoco.

Inúmeras ponderações são realizadas acerca do conflito que envolve os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa, pois a eutanásia consiste na antecipação da morte do paciente, normalmente em estágio terminal, irreversível e em sofrimento insuportável, estando o agente munido pelo sentimento de compaixão.

Ocorre que, com relação à prática da eutanásia, deve-se ater ao direito à vida, que é considerado o mais elementar dos direitos humanos, para a aquisição e o exercício dos demais direitos. Dessa forma, a sua inserção na Carta Magna deve ser compreendida de acordo com uma visão global, incluindo na sua interpretação outros valores superiores inerentes aos seres humanos, entre os quais se destaca o princípio da dignidade humana, que deve ser respeitado no decorrer da vida e inclusive no momento da morte.

É fundamental frisar que a Constituição Federal brasileira determinou o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e reconheceu que a vida do homem há de constituir o objetivo precípua da ordem jurídica.

Assim, no tocante à possibilidade do indivíduo que padece de uma doença terminal ou incurável dispor livremente da própria vida, deve-se levar em consideração seu consentimento e vontade, não sendo possível que outras pessoas decidam o que é melhor para o enfermo, pois não se pode afirmar que retirar a vida de uma pessoa terminal é respeitar sua dignidade, nem mesmo que prolongar a vida de sofrimento devido ao grau da doença terminal é considerado respeito à vida e ato digno.

Demais disso, o consentimento na eutanásia não opera por si só na descriminalização da conduta. Entretanto, faz-se necessário que não haja uma rigidez absoluta com relação à proteção do direito à vida, pois outros direitos fundamentais do paciente no término da vida podem ser colocados em risco, devendo o consentimento ser analisado como atenuatório do injusto penal, tendo em vista que denota menor desvalor moral.

Nestes moldes, a eutanásia por ora não é uma demanda da sociedade brasileira, tendo em vista que a mesma não está preparada para tal nível de ingerência no final da vida. Sua legalização poderia levar ao abalo na relação de confiança que deve existir entre médico e paciente, além de representar maior risco de intervenções por motivos escusos, abrindo precedentes para a ocorrência de crimes estruturados em motivos torpes e fúteis.

Em contrapartida, com relação à ortotanásia, sabe-se que esta consiste na abstenção ou interrupção de tratamentos inúteis, deixando que o fluxo da doença transcorra normalmente, utilizando apenas métodos paliativos. Neste sentido, é totalmente plausível afastar a tipicidade da conduta, pois a morte não foi antecipada, ela já estava instalada no organismo do enfermo.

No entanto, é perceptível que para uma melhor solução desse conflito no ordenamento jurídico há a necessidade da criação de uma legislação especial que regule o assunto de maneira mais minuciosa e detalhada.

Assim, a alteração legal teria por função esclarecer de maneira mais contundente os direitos do paciente, quais métodos são considerados lícitos e quais práticas que são vetadas ao médico, qual o local apropriado para a realização do procedimento, se há necessidade de consentimento da vítima ou se dependerá da autorização do cônjuge ou parentes, bem como as exigências necessárias para que não se produza uma morte arbitrária e não represente novas fontes de dúvidas.

Posto isto, o estudo desenvolvido não tem a pretensão de trazer uma resposta imutável e rígida sobre a questão, mas sim ser um ponto de reflexão sobre o fim da vida humana e os princípios que cercam o tema, que irão ajudar as pessoas a compreender e fundamentar seus posicionamentos tendo sempre por base o respeito pelos Direitos do Homem.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, R.L.L.S. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ASSIS, José Francisco de. **Direitos Humanos: fundamentações onto-teológica dos Direitos Humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIZATTO, José Ildefonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Editora de Direito, 2009.

BÔAS, Maria Elisa Villas. Ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília: Conselho, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 set. 2016

_____. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. **Pacto San Jose da Costa Rica (1969)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº387**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='387'>> Acesso em 05 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 719738/RS**. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. 16/09/2008. DJe 22/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro+200500121767&dt_publicacao=22/09/2008>. Acesso em 21 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1262356/SP**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma 04/04/2013. DJe 16/04/2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201101439066&dt_publicacao=16/04/2013>. Acesso em : 05 set. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Apelação n° 00030091220108260004, da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, SP, 12 jun. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00030091220108260004_c0ef1.pdf?Signature=qT2kP7rsfYSk8bJCDzJsLSdhd9o%3D&Expires=1475189084&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=175809891e512ba878d8e511fd018da8>. Acesso em 21 set. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação n° 70042509562, da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 1 jun. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70042509562%26num_processo%3D70042509562%26codEmenta%3D4200429+EUTAN%C3%81SIA++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70042509562&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=01/06/2011&relator=Arm%C3%ADnio%20Jos%C3%A9%20Abreu%20Lima%20da%20Rosa&aba=juris> Acesso em: 26 set. 2016.

BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa.** 5.ed. São Paulo: Rio, 1979.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia.** São Paulo: IBCRIM, 2001.

_____. **Suicidio, euthanasia y Derecho Penal:** estudio del art. 143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Granada: Comares, 2009.

CASABONA, Carlos Maria Romero. **El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana.** Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Acers, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução (1480/1997).** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 27 set 2016.

_____. **Resolução (1.805/2006).** Disponível <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. **Código de Ética Médica (2009)**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 31 ago. 2016.

COORDENADORIA de Editorial e Imprensa. Acumulação de dano estético com moral: uma realidade no STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. Sala de Notícias. 15/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=9464>. Acesso em: 05 set. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. v. I.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 15-39, jan./fev. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 24. ed. São Paulo, 2010. p. 64.

FRISO, Gisele de Lourdes. A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 885, p. 130-153, jul. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. III. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOLDIM, José Roberto. **Comentários sobre a Declaração sobre Eutanásia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutvatic.htm>>. Acesso em: 12 set. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. IV. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Arts. 121 a 136. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. V.

KFOURI NETO, Miguel. **A Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o Direito de morrer como dignidade. **Revista Bioética**. Brasília, v. 6, n. 1.

MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/include/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm>. Acesso em: 17 maio 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.

MOORE, Keith L; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVER, Xavier Hurtado. **El derecho a la vida y a la muerte?: procreación humana, fecundación *in vitro*, clonación, eutanasia y suicídio assistido (problemas éticos, legales y religiosos)**. 2. ed. México: Porrúa, 2000.

PESSINI, Leocir ; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. **Eutanásia: Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Loyola, 2004a.

_____. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Revista Bioética**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 39-60, 2004b.

_____. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. **Revista Bioética**. Brasília, v. 13, n. 2, 2005.

_____. **Bioética: um grito por dignidade de viver**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Paulinas, 2007a.

_____. **Distanásia: até quando prolongar a vida?**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007b.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte especial**. 2. ed. rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial**. 10 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: _____. Estudo de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 176-177 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. IV. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

REY, Luís. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Eutanásia**: viver bem não é viver muito. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=89&p_ch=>>. Acesso em: 17 set. 2016.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. v. 4. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROXIM, Claus. A apreciação jurídico penal da eutanásia. trad. Luis Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT/IBCCRIM, a. 8, n. 32, p. 9/38, out./dez. 2000. p. 25.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: LZN. 2003.

STEDMAN, Thomas Lathrop. **Dicionário Médico**. 23.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979. v. II.