

**ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE À EUTANÁSIA SOB
A ÓTICA DA PERDA DA CHANCE DE VIVER**

Isabela Moreira Antunes do Nascimento¹

RESUMO

O objetivo primordial deste artigo é travar uma discussão entre a prática de formas de abreviar a vida, como a eutanásia, sob a ótica da perda da chance de viver. Este buscou investigar, com fundamento nos princípios jurídicos, sobretudo com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, se alguma forma de abreviação da vida seria aceitável ou se essas práticas dariam ensejo a indenizações pela Perda de uma Chance (de viver). Diante disso, o artigo perquiriu também, pela Bioética e pelo Biodireito, o que deveria prevalecer diante da ponderação entre o Princípio da Autonomia e o Princípio da Sacralidade da Vida, concluindo pela tendência à autodeterminação do indivíduo mas de forma parcimoniosa e não de forma absoluta, propondo, assim, uma mudança de paradigmas. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa básica, exploratória e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: EUTANÁSIA. VIDA. AUTONOMIA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior; mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis –UCP; pós-graduanda em Mediação de Conflitos pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP e conciliadora na Justiça Federal – TRF1, Subseção Judiciária Juiz de Fora/MG. <https://orcid.org/0000-0003-3621-9074>. <http://lattes.cnpq.br/7304054533678498>.

INTRODUÇÃO

A Eutanásia pode se representar numa complicada que tramita entre o Direito Público e o Direito Privado, ou seja, perpassa pelo direito constitucional à vida ao princípio da dignidade humana, por direitos da personalidade, pela bioética e biodireito, pois enquanto o Estado tem como princípio a proteção da vida dos seus cidadãos, existem aqueles que, devido ao seu precário estado de saúde, desejam dar um fim ao seu sofrimento antecipando a morte.

É considerado como um assunto controverso, existindo sempre prós e contras – teorias eventualmente mutáveis com o tempo e a evolução da sociedade, tendo sempre em conta o valor da vida humana. Sendo eutanásia um conceito muito vasto, distinguem-se aqui os vários tipos e valores intrinsecamente associados a outras práticas como a distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

O objetivo geral do texto é travar uma discussão entre a prática de formas de abreviar a vida sob a ótica da perda da chance de viver através da investigação de aspectos constitucionais sobre o tema, da análise do instituto da eutanásia assim como outras modalidades de abreviar a vida e suas influências e também da verificação da possibilidade de ingerência na teria da perda de uma chance.

Assim, no Item 2 abordam-se as primeiras considerações relevantes acerca do tema, quais sejam, os princípios que o fundamentam ou não assim como, no campo do direito à vida, quais desses procedimentos seriam de fato propostas aceitáveis para a sociedade, para os médicos, e, claro, para o paciente.

É importante ressaltar que muitas vezes os conceitos das ações citadas são amplamente confundidos. Nesse sentido, o Item 3 trata da etimologia e origem da palavra “eutanásia” assim como os tipos de eutanásia, apresentando as questões ético-jurídicas e seu consentimento à luz do Direito, nos moldes do direito à vida e do direito à morte digna.

Assimilando os conceitos, faz-se, no Item 4, uma análise crítica sobre tais fenômenos, se são atitudes éticas, justas ou lícitas sob a ótica da teoria da perda de chance, revelando os reflexos jurídicos de sua incidência assim como os aspectos jurídicos de aplicabilidade da mesma.

Por fim, destaca-se que a metodologia empregada neste artigo classifica-se, quanto à natureza, como pesquisa básica uma vez que objetiva gerar conhecimentos novos, úteis para o avanço da ciência. (GIL, 2006 apud MÜLLER, 2016). Sua meta é o saber. (CERVO; BERVIAN, 2002 apud MÜLLER, 2016). Já quanto aos objetivos trata-se de uma pesquisa exploratória, ou seja, visa a proporcionar maior proximidade com o problema, objetivando torná-lo explícito ou definir hipóteses. (GIL, 1996; DENCKER, 2000 apud MÜLLER, 2016). Finalmente, quanto aos procedimentos trata-se de uma pesquisa bibliográfica logo que utiliza material já publicado, constituído basicamente de livros, artigos de periódicos e de informações disponibilizadas na internet. (GIL, 2006 apud MÜLLER, 2016).

2 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

2.1 Princípios constitucionais relevantes

2.1.1 Da dignidade da pessoa humana

Esse importante princípio, talvez uma das garantias constitucionais mais relevantes encontra abordagem em Rosenvald (2015, p. 34-35) que destaca “após décadas de período de exceção instaura-se o Estado Democrático de Direito sob a tutela do Art. 1º da CF/88”.

Assevera o próprio Rosenvald (2015, p. 34-35), citando Tepedino, que a interpretação constitucional que desse princípio tem precedência “não apenas topográfica, mas interpretativa – sobre todos os demais capítulos constitucionais”. Complementando:

Assim, da mesma maneira que não se pode cogitar de direitos de personalidade taxativos, inexistem direitos fundamentais *numerus clausus*. Consequentemente, a dignidade desempenhará a função de último reduto de tutela do ser humano, na missão de evitar seu aviltamento em situações ordinariamente ignoradas pelo legislador. A dignidade atuaria como cláusula aberta, legitimando a construção de direitos não expressos na Lei Maior, mas com ela compatíveis em razão de sua linha axiológica, principiológica. (ROSENVALD, 2015, p. 51-52)

Para Sarlet (2012, p. 141), quando utilizamos a expressão ‘proteção pela dignidade’, estamos nos referindo à função do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto dos assim denominados limites dos direitos fundamentais. Sem que aqui se pretenda explorar esta dimensão do problema, mas considerando a sua relevância, partiremos do pressuposto de que admitida a possibilidade de se traçarem limites aos direitos fundamentais, já que, em princípio, inexistente direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição. De outra parte, igualmente consagrado o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo a sua supressão.

Tal concepção aplica-se também ao nosso constitucionalismo, igualmente caracterizado por uma constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do nosso

Estado Democrático de Direito, como já tem sido amplamente sustentado também no âmbito da doutrina pátria. (SARLET, 2012, p. 92)

Em análise sobre a evolução dos princípios, Rosenvald (2015, p. 44) infere que Paulo Bonavides estuda juridicidade trifásica, iniciando pelo jusnaturalismo – período em que os princípios não possuem normatividade, localizando-se fora do sistema, para alguns em Deus e para outros na razão, passando pelo positivismo – tempo em que os princípios se dispersavam nos códigos apenas com força normativa subsidiária, até atingir o pós-positivismo, alcançando relevância normativa em detrimento de sua antiga condição acessória e secundária.

Consoante já restou destacado o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal. Mas também implica numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia, que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo se sustentar a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Com efeito, de acordo com a lição de Pérez Luño (apud SARLET, 2012, p. 131):

A dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Neste contexto, todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias a dignidade pessoal, quanto ao dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos)

contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim chamados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. (SARLET, 2012, p. 132)

Percebe-se que a dignidade é noção da mais alta relevância axiológica, pois jamais o ser humano poderá servir de meio para os outros, sendo um fim em si mesmo, conforme Rosenvald (2015, p. 02-03). Nesse entorno, ainda segundo mesmo autor, Kant revela que o fundamento da dignidade reside na autonomia da vontade, à medida que esta é uma faculdade de autodeterminação que apenas pode ser exteriorizada em seres racionais como imperativo categórico de ordem moral. Portanto, a norma ética não pode ser dada por algo externo ao agente, sob pena de estar a pessoa servindo de meio para os fins de outrem, com total desconsideração à sua racionalidade. Essa doutrina é uma das expressões mais rigorosas do Estado liberal. Uma vez que o sujeito moral atua segundo a sua vontade no uso da razão, a liberdade se constitui em princípio fundamental do sistema, convertendo a pessoa destinatária da ordem jurídica. Por conseguinte, a tarefa do Direito consiste em propiciar as condições necessárias de liberdade aos cidadãos.

Nesse diapasão, Sarlet (2012, p.157) alerta para um problema que tem sido objeto de amplo debate – com a já lembrada e possível contraposição dos valores dignidade e vida. Com efeito, pressuposta a existência de um direito à vida com dignidade e se tomando o caso de um doente em fase terminal, vítima de sofrimentos atrozes e sem qualquer esperança de recuperação, sempre se poderá indagar a respeito da legitimidade da prática da eutanásia ou do suicídio assistido, justificando-as com base no argumento de que mais vale morrer com dignidade, ou então fazer prevalecer (mesmo contrariamente à vontade expressa do doente ou

mesmo em flagrante violação de sua dignidade), o direito (e, nesta quadra, também dever) à vida, ou mesmo na esteira de exemplo já referido, considerar que a dignidade engloba a necessidade de preservar e respeitar a vida humana, por mais sofrimento que se esteja a causar com tal medida.

No âmbito de uma hierarquização axiológica, estar-se-á fatalmente dando margem à eventual relativização e, neste passo, também admitindo (como decorrência lógica) uma ponderação da dignidade, de tal sorte que desde logo (embora não apenas por este motivo) merece ser encarada com certa reserva a assertiva de que a dignidade não se encontra sujeita, em hipótese alguma, a juízos de ponderação de interesses. No mínimo, parece-nos que a realidade da vida (e da dignidade) oferece situações limite, diante das quais dificilmente não se haverá de pelo menos questionar determinados entendimentos. Nesse entorno, a posição de Rosenvald (2015, p. 55):

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

Para Sarlet (2012, p.169), é preciso retomar aqui a noção de que a dignidade, sendo um conceito necessariamente aberto, relacional e comunicativo e, para além disso, histórico-cultural, não pode servir como justificção para uma espécie de tirania da dignidade, já que, como bem lembra Jônatas Machado (apud SARLET, 2012),

o conceito de dignidade humana apresenta-se desvinculado de qualquer concepção mundividencial fechada e heterônoma acerca do sentido existencial e ético da vida, não podendo servir para a imposição constitucional de qualquer absolutismo valorativo já que

pela sistemática adotada pelo Constituinte pátrio apenas são vedadas emendas (ou propostas de emendas) que resultem numa abolição efetiva ou tendencial das assim denominadas “cláusulas pétreas”, proteção esta que se aplica igualmente aos limites implícitos. Tal entendimento, em verdade, harmoniza com a concepção principiológica da dignidade da pessoa, que, na sua condição de norma (princípio), tolera certa relativização.

O conceito que se propõe, vale repisar, representa uma proposta em processo de reconstrução. Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

2.2 Da bioética ao biodireito

2.2.1 Princípios da bioética

É o ramo da Filosofia que aborda temáticas que surgem com o progresso científico e que são referentes à vida humana. Auxilia o Direito na medida em que direciona os profissionais envolvidos com situações fáticas cujo conteúdo envolve indagações hodiernas, decorrentes da evolução tecnológica e das mudanças científicas e culturais, que ainda não foram positivadas e que necessitam de uma posição ética referente aos direitos e deveres do ser humano.

Destacam-se quatro princípios: a beneficência, que visa promover o bem do outro sempre que possível, baseando-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo; a não maleficência, que é quando não for possível fazer o bem, devemos evitar fazer o mal, desdobrando-se do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional; a autonomia, que atribui a cada indivíduo o direito de autodeterminar-se segundo seus valores desde que dentro dos

limites legais, decorrendo a exigência do consentimento livre e informado (Código de Ética Médica, arts. 12-13, 22, 34, 44 e 101; a justiça, que é igualitária distribuição dos recursos médicos e a imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios.

Conforme preceitua Maria Helena Diniz (2011, p.33-34), o termo foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, num sentido ecológico, considerando-a a 'ciência da sobrevivência'.

Para esse autor, a bioética seria uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. Seria a ciência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado crescimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de animais em pesquisas ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição aquática, atmosférica e sonora. A bioética, portanto, em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.

Ainda segundo Maria Helena Diniz (2011, p.36), esse sentido é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por André Hellegers, que fundou, em 1971, na Universidade de Georgetown, o *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* que passou a considerar a bioética como ética das ciências da vida, uma ética biomédica. A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, consistindo no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível.

A bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que circundam dos direitos entre a vida e a morte. Para tanto, a bioética precisa de um paradigma de referência antropológico moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos e em busca de uma qualidade de vida digna, dando, portanto, prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência. (DINIZ, 2011, p.36-37)

Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art.1, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituírem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna. (DINIZ, 2011, p.40)

Assim, a ciência é poderoso auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida. Mas nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível. Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana. [...] Para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de 'vida com dignidade'. (DINIZ, 2011, p.41)

2.2.2 Princípios do biodireito

Com a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas e com o surgir das difíceis questões ético-jurídicas por elas suscitadas, o direito não poderia deixar de reagir, diante dos riscos a que a espécie humana está sujeita, impondo limites à liberdade de pesquisa, consagrada pelo art. 5, IX, da CF/88, sendo necessário buscar um ponto de equilíbrio entre duas posições antiéticas: proibição total de qualquer atividade biomédica, que traria uma radical freada no processo científico, ou permissividade plena, que geraria insanáveis prejuízos ao ser humano e à humanidade, conforme Maria Helena Diniz (2011, p.31)

Ainda segundo mesma autora (2011, p.31), a CF/88, em seu art. 5, IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade ou outro direito fundamental da pessoa humana, etc., que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica. A solução ou o ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1, III, da CF. Nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo a pessoa humana e sua dignidade. A liberdade científica sofrerá as restrições que forem imprescindíveis para a preservação do ser humano e sua dignidade.

O direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surgindo uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade. Por

isso, como diz Regina Lúcia Fiuza Sauwen, 'a esfera do biodireito compreende o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana'. (DINIZ, 2011, p.32)

Assim, com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça pois os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.

3 DA EUTANÁSIA COMO FORMA DE ABREVIAR A VIDA

3.1 Etimologia e origem da eutanásia

O termo 'eutanásia' (*eu*: boa; *thanos*: morte) foi empregado pela primeira vez, em 1623, por Francis Bacon, na sua obra *Historia vitae et mortis*, no sentido de boa morte, sendo que a palavra "eutanásia" tem sua origem no grego, e significa "boa morte", como denota o prefixo *eu*, que indica bem, com bondade, com benevolência. Trata-se, portanto, de um passamento sem dor e sem sofrimento.

Maria Helena Diniz (2011, p. 439), nesse contexto, ressalta que Platão, em seus 'Diálogos' lembra a respeito à afirmação de Sócrates de que 'o que vale não é viver, mas o viver bem'. O princípio da qualidade de vida é usado para defender a eutanásia, por considerar que uma vida sem qualidade não vale a pena ser vivida. O processo de secularização conduziu à dessacralização da vida, delegando o governo da vida à autodeterminação do ser humano, responsabilizando-o pela qualidade de vida, ou seja, pela busca de condições de uma vida mais digna,

desfraldando a bandeira de que só vale viver uma vida de qualidade, justificando, assim, a eutanásia.

Para Tania da Silva Pereira (2010, p.39-40), a questão da abreviação do sofrimento no fim da vida é debatida desde a antiguidade. A crescente medicalização da vida e da morte, iniciada na modernidade, aliada ao aparato biotecnocientífico, trouxeram novos e grandes desafios a humanidade, em especial a ética e ao direito, em decorrência do poder dos médicos de abreviar ou prolongar o processo de morrer. A quantidade e a qualidade de vida passaram a ser objeto de avaliação e debate, na fase terminal da existência humana.

3.1.1 Tipos de Eutanásia

Houve, especialmente no pós guerra, grande repulsa ao tema eutanásia. Os debates só foram retomados nas décadas de 1960 e 1970, especialmente em face dos avanços tecnocientífico que permitiam o prolongamento de vidas humanas, mesmo sem qualquer perspectiva de recuperação, e de incontornáveis e diversificadas “situações clínicas”, que punham em franco confronto a quantidade de vida e qualidade da vida, provocando indagações sobre a moralidade da eutanásia e do suicídio assistido, segundo Tania da Silva (2010, p.41).

Sob o conceito genérico de eutanásia abrigam-se termos específicos, quais sejam: a) eutanásia ativa – ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários (por exemplo utilizando uma injeção letal); b) eutanásia passiva – quando a morte ocorrer por omissão proposital de uma ação médica que garantiria a sobrevivência (por exemplo deixar de administrar um medicamento ou de adotar um procedimento indispensável para manter a vida do doente); c) eutanásia pelo duplo efeito– nos casos em que a morte é acelerada como consequência de ações médicas que visam o alívio do sofrimento do paciente,

mas são letais (por exemplo, emprego de morfina para controle da dor, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito). Levando-se em conta o consentimento do paciente, a eutanásia também pode ser: a) voluntária – em resposta à vontade expressa do doente – o que seria um sinônimo do suicídio assistido; b) involuntária – quando a vida é abreviada sem que se conheça a vontade do paciente ou o ato é realizado contra vontade do enfermo.

Há ainda, conforme pontua Maria Helena Diniz (2011, p. 452) a eutanásia social ou Mistanásia, frequente em países de terceiro mundo, ou seja, a morte miserável fora e antes da hora, que nada tem de boa ou indolor e que ocorre quando: a) uma grande massa de doentes e deficientes, por razões políticas, sociais e econômicas, nem chega a ser paciente, pois não consegue ingressar no sistema de atendimento médico, que é ausente ou precário, configurando a mistanásia passiva. b) doentes crônicos e terminais que conseguem ser pacientes em hospitais, clínicas, etc. e são vítimas de erro médico c) pacientes são vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. Todavia, há casos em que se tem a mistanásia ativa, como: o extermínio de pessoas defeituosas ou indesejáveis que ocorreu, durante a Segunda Guerra Mundial, em campos nazistas de concentração, o uso de injeção letal em execuções nos Estados Unidos, principalmente se a aplicação se der por médico.

3.2 Distanásia

“Distanásia”, etimologicamente, significa morte lenta (*dis*, lenta, *thanatos*, morte). Trata-se da obstinação terapêutica ou futilidade médica, pois tão logo impossível a cura diante das atuais possibilidades da medicina, não há reais expectativas de melhoras. Nesse sentido, prolonga-se abusivamente,

desproporcionalmente, artificialmente e indeterminadamente o processo de morte, e não a vida em si.

Há conflito entre o progresso da medicina e a integridade da pessoa humana pois o procedimento, o tratamento médico e a tecnologia se tornam um fim em si mesmo, o foco deixa de estar no ser humano apesar de o médico dever acompanhar o “paciente doente” e não a “doença do paciente”. Assim, trata-se da morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento, com o emprego de todos os meios terapêuticos possíveis, inclusive os experimentais, ou seja, tais providências podem prolongar-lhe a existência (e não a vida) sem mínima certeza de sua eficácia, nem da reversibilidade do quadro, vislumbrando tratamento insistente, desnecessário e inútil com violenta deformação natural do processo de morrer.

3.3 Ortotanásia

Por sua vez, a terminologia de Ortotanásia (o prefixo *orto* significa “direito”, “colocar certo”, como em “ortodontia”, “ortopedia”, etc) consiste em apressar a morte natural pela interrupção do tratamento já inútil, em vista de quadro clínico irreversível. É uma forma de morrer abrindo mão de processos artificiais. Em lugar de procurar a cura, que não é possível, cuida-se do enfermo, para manter a vida “enquanto isto for o procedimento correto”. É entendida também como morte no seu tempo certo, sem os tratamentos desproporcionais (distanásia) e sem abreviação do processo de morrer (eutanásia). Deve-se considerar par afins de avaliação do “procedimento correto”, aquele que é aceitável sob o ponto de vista ético e jurídico. Com relação ao “tempo certo para a morte”, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pode se considerar aquele que é determinado pelo enfermo, no exercício de sua autonomia, ou por terceiro (médico ou familiar) para evitar ou pôr fim à distanásia.

A ortotanásia é tida como viável em razão da sua constitucionalidade, pois o que define a constitucionalidade de um instituto não é a sua perfeita conformação a algum diploma legal e sim sua adequação a regras e/ou princípios constitucionais e a ortotanásia é, essencialmente, garantidora da autonomia privada, por ser uma prática afeta a autodeterminação do sujeito, de modo que independe de normatização do instituto, por decorrer da principiologia constitucional.

3.4 Suicídio assistido

Já a expressão “suicídio assistido” refere-se ao fato de alguém, geralmente o médico de confiança, oferecer ajuda necessária para facilitar a morte de pessoa que deseja – conscientemente- e que está com uma doença incurável ou fatal a curto prazo – que claramente, querem pôr fim ao seu ciclo de vida e não encontram meios de como praticá-lo, por Tania da Silva (2010, p.128-129).

Há quem tenha, com o escopo de garantir o direito a uma morte digna, defendido o suicídio assistido, hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico. Ainda assim, no ordenamento jurídico pátrio, a solicitação ou consentimento do ofendido não afastam a ilicitude da conduta pois há auxílio já que a pessoa que quer morrer não tem condições físicas de fazê-lo.

3.5 Questões ético-jurídicas da eutanásia e seu consentimento à luz do Direito

3.5.1 Argumentos favoráveis

O primeiro argumento a ser destacado é a viabilidade do testamento vital. Nas palavras de Tania da Silva, (2010, p.65), embora ausente previsão legislativa

que discipline de maneira específica sobre o tratamento vital, é possível entendê-lo como possível, válido e eficaz no ordenamento brasileiro, como instrumento garantidor da autonomia do paciente terminal, que redigiu este documento em momento de sanidade mental. Testamento vital seria fruto de tradução errônea do inglês, no qual este instituto é denominado *Living Will*. *Will* possui vários significados, de acordo com o Dicionário Oxford: vontade, desejo ou testamento. Enquanto *living* é uma conjugação do verbo *live* que significa viver. Assim, a tradução que mais se aproxima do nome original seria “desejos de vida”.

Ultrapassada a questão da terminologia, a validade do testamento vital é questionada diante da existência de norma específica sobre o tema, entretanto, esta lacuna não pode ser encarada com um obstáculo para que as pessoas manifestem sua vontade acerca dos tratamentos aos quais desejam ou recusam ser submetidas quando estiverem em situação de terminalidade da vida. Isto porque o testamento vital é instrumento garantidor da autonomia do paciente, autonomia esta que não pode ser dissociada da Dignidade da Pessoa Humana. Concordar que o testamento vital só pode ser válido ante a existência de norma específica e engessar o sistema normativo brasileiro e ignorar a existência e aplicação de princípios constitucionais, normas que, *per se*, possuem conteúdo aberto e se moldam a uma vasta gama de situações jurídicas, inclusive aquelas não tipificadas em regras. Logo, a validade do testamento vital no Brasil não está, e nem poderiam estar, submetida a positivação, posto que existem princípios jurídicos capazes de validar essa manifestação de vontade, independentemente de lei específica. O documento a ser registrado não tem o condão de gerar obrigação no sentido jurídico, mas faz nascer para os que amam o signatário um dever moral de acatar a sua vontade, ou melhor, dizendo, ficariam desobrigados moralmente de prolongar em vão uma vida vegetativa e estariam moralmente livres para consolidar o desejo do paciente que não é outro senão o de deixar que a vida flua normalmente para o seu destino final. (PEREIRA, 2010, p. 72-73)

Em relação ao medo de perda de controle, este movimento sempre enfatizou os direitos das pessoas competentes de aceitar ou recusar tratamentos de suporte vital assim como a importância das diretivas antecipadas, como uma defesa

da autonomia individual. Significa dizer que do ponto de vista bioético, que o testamento vital é visto como um aliado na tarefa de garantir uma morte digna aos indivíduos, pois a morte é concebida como algo natural, que deve ser respeitada e aceita quando não houver mais tratamento capaz de reverter a enfermidade ou quando a morte se tornar iminente. Este quadro, em última análise, resvala na garantia de que o paciente terminal possa escolher não mais ser submetido a suspensão de esforço terapêutico frente ao diagnóstico de terminalidade. (PEREIRA, 2010, p. 65)

Por isso, não há nenhum impedimento de que, como inexiste normativa específica para a disciplina dos testamentos vitais, seja utilizada a declaração unilateral de vontade como instrumento viabilizador das declarações prévias de vontade.

Após o estudo do testamento vital, concluímos, com fundamento nos estudos de Tania da Silva (2010, p. 79) o seguinte: na atual arquitetura constitucional, podemos afirmar a existência de um espaço de decisão pessoal que cabe apenas a pessoa fazer opções afetas a própria legitimidade. Tendo em vista que os pilares do Estado Democrático de Direito se fundam no pluralismo jurídico e na dignidade da pessoa humana, cabe à própria pessoa decidir como pretende viver a própria vida e o processo do morrer, principalmente se em estado de terminalidade. O testamento vital é um instrumento garantidor da efetividade futura de escolhas pessoais feitas no presente, pois não há nenhum obstáculo para que, no momento de morrer, a forma para este ato seja coerente com as concepções individuais de vida.

Como segundo argumento, temos a, já discutida, autonomia da vontade pautada pela dignidade da pessoa humana pois não podemos afastar o direito de o cidadão ser informado de suas efetivas condições de saúde e as alternativas de tratamento e sobrevida, permitindo-lhe uma opção por um menor sofrimento. Diante

da impossibilidade do paciente tomar decisões, consiste direito dos familiares conhecerem sua situação real para eventual tomada de decisão, sempre com o apoio de um profissional da área médica, ainda conforme Tania da Silva Pereira. (2010, p.3)

O conceito de autonomia moral do indivíduo se consolidou no Iluminismo e ganhou sua expressão máxima na formulação moral sistemática de Kant, segundo o qual, a moralidade é a única condição capaz de tornar o homem, ser racional, um fim em si mesmo. O universalismo categórico da filosofia moral kantiana assim permaneceu até o final do século XIX. No século XX, sua formulação original foi questionada, com a “substituição” dos deveres absolutos por deveres *prima facie*. Contudo, a autonomia e a justiça mantiveram-se como grandes norteadoras da construção da cidadania no século passado, no contexto das sociedades democráticas, laicas e plurais contemporâneas. (PEREIRA, 2010 p.135)

3.5.2 Argumentos contrários

O princípio da Sacralidade da Vida (PSV) é a matriz dos mais importantes argumentos dos opositores da eutanásia. O PSV pressupõe, em termos absolutos, que a vida consiste em um bem – concessão de divindade ou manifestação de um finalismo intrínseco da natureza -, possuindo assim um estatuto sagrado, não podendo ser interrompida, nem mesmo por expressa vontade de seu titular. Outra leitura possível acerca da sacralidade ganha força na afirmação de que a vida é sempre digna de ser vivida, independente da cruza dos padecimentos aos quais se esteja submetido, sendo, eticamente, indefensável lançar-se mão de medidas para abreviar o processo de morrer, nestes termos, o sofrimento não é o problema central, sendo visto como algo aceitável e, até mesmo benéfico. (PEREIRA, 2010, p.342-345)

Maggiore assevera, acertadamente, que: A consciência ético-jurídica não admite que um terceiro se levante como juiz do direito de outrem à vida e se torne cúmplice ou auxiliador de sua morte. Ao que completa Genival V. de França: ao defender-se, intransigentemente, a vida humana e se punir, incondicionalmente, qualquer forma de homicídio piedoso, cria-se um novo direito: o direito de defender a pessoa humana de si mesma. O direito sobre a vida não é um direito de propriedade. Há apenas uma probabilidade de disposição. Dispõe-se de uma prerrogativa não absoluta sobre a vida. (DINIZ, 2011, p.445)

Como segundo argumento, indaga-se se a permissão da eutanásia voluntária, não abriria possibilidade para a involuntária e se não haveria possibilidade de um diagnóstico errôneo ou, até mesmo, de abuso por parte de médicos e familiares. Além disso, se a relação médico-paciente ficaria seriamente abalada pela terrível suspeita de a próxima injeção ser para curar o paciente ou para matá-lo. E mais: uma vez que se pune o aborto e não se admite a pena de morte seria incongruente tornar lícita a eutanásia além de não se poder estabelecer limites de eticidade nas fronteiras entre a vida e a morte já que não há domínio sobre elas.

A incurabilidade, a insuportabilidade da dor e a inutilidade do tratamento não justificam a eutanásia porque: a) a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma nova técnica de cura; b) o conceito de inutilidade do tratamento é muito ambíguo. Afirmarções como “incurável”, “proximidade da morte”, perspectiva de cura”, “prolongamento da vida são posições muito relativas e de uma referência em muitas ocasiões pouco confiáveis. Daí a delicadeza e escrupulosidade necessárias na hora de enfrentar-se com o caso concreto. Incurabilidade é um prognóstico, uma presunção, uma conjectura. Possível superveniência de tratamento. (DINIZ, 2011, p. 444)

Em terceiro lugar, o Código de Ética Médica do Brasil, no art. 41, veda ao médico a utilização, em qualquer caso, de meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal. Isso deve ser assim

ante o juramento de Hipócrates: ‘a ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho para induzir a perdição’. Logo, a eutanásia ou morte piedosa não envolve o direito de matar, sendo sempre um homicídio, mesmo que o paciente esteja condenado à morte próxima e prolongado sofrimento.

4 A EUTANÁSIA SOB A ÓTICA DA PERDA DA CHANCE DE VIVER

4.1 A teoria da perda de uma chance

A “teoria da perda de uma chance” surgiu na França, onde houve grande dedicação ao tema pela doutrina e jurisprudência. Nesse sentido Savi (2009, p. 3) aduz que “em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance”. Neste sentido esclarece o autor:

Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem que não pôde realizar. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. (SAVI, 2009, p.3)

O termo ‘chance’ utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo ‘chance’ seria ‘oportunidade’, ainda conforme Savi (2009, p.3). No direito brasileiro, esse instituto não está expressamente previsto na

legislação mas vem sendo admitido por analogia aos arts. 5, incisos V e X, CF/88 e 186 c/c 927 c/c 402, CC/02.

4.2 As expectativas de vida diante da abreviação da vida

Segundo Grácia (2009, p.132-137), a responsabilidade médica se subordina à presença de três elementos, quais sejam, o fato prejudicial, o(s) dano(s) e uma relação causal entre o fato prejudicial e o(s) dano(s):

O fato prejudicial pode ser uma falha, ou o fato de uma coisa, ou o fato de um empregado. No que diz respeito à falha, o médico é primeiramente ligado a um dever de humanismo médico completamente fundamental para informar o paciente e obter sua aceitação ao tratamento indicado. A informação dos riscos do ato médico deve relacionar-se àqueles normalmente verificados na prática; deve ser honesta, desobstruída e apropriada. Em segundo lugar, deve trazer detalhadamente as informações incidentais do tratamento ou nas continuações do ato médico. Depois da informação, o consentimento deve ser coletado, não podendo ser ignorado que é uma liberdade fundamental do indivíduo recusar qualquer intervenção sobre o seu corpo. (ROSÁRIO, 2009, p.132-137)

Portanto, a responsabilidade somente pode ser imputada se os danos pelos quais um indivíduo pede reparação foram inquestionavelmente causados pelo fato prejudicial que lhe deu causa. Entretanto, vem-se acentuando, pela jurisprudência, a utilização da teoria da perda da chance de cura ou sobrevivência.

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que infere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas

probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável que integra as faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. (ROSÁRIO, 2009, p.132-137)

Deve-se, então, distinguir os casos de dano futuro palpável do evento hipotético, este último não indenizável pois “o juiz só poderá aplicar a perda da chance quando verificar a existência do vínculo de causalidade, e mais, quando esse vínculo for forte o suficiente para proporcionar ao requerente sucesso na demanda.” Logo, havendo verossimilhança do dano é possível a indenização. Nesse sentido se manifesta a autora:

A perda da chance retrata o insucesso de uma oportunidade que seria ofertado ao doente, caso não houvesse a interrupção abruptada em razão de um ato ilícito. A conjuntura que é frustrada não é o proveito esperado, mas a probabilidade de que esse proveito ocorreria se não fosse a interrupção oriunda do ato ilícito. A chance deve ser séria e provável. É rejeitada a indenização de mera suposição. Assim, a perda da chance só será suscetível quando der lugar à reparação do dano oriunda da oportunidade perdida devido a um erro. A indenização será limitada ao único valor da chance perdida, que será consubstanciado no dano constituído pela não realização do que era esperado. (ROSÁRIO, 2009, p.132-137)

4.3 Posição jurisprudencial

Apesar do reconhecimento da possibilidade de reparação da chance perdida, desde que séria e real, os tribunais pátrios ainda encontram dificuldade para aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. Alguns julgados entendem que a perda da chance deva ser considerada uma modalidade de dano moral, ou seja, que apenas desencadearia dano de natureza extrapatrimonial. Por outro lado, há jurisprudência reconhecendo a possibilidade da perda de uma chance gerar danos de natureza patrimonial. Nestes casos, os

tribunais, na maioria das vezes, entendem que estaríamos diante de hipóteses de lucro cessante. Raramente encontra-se julgados no sentido de que a perda de chance, quando gera dano material, deva ser tratada como modalidade de dano emergente.

Para Talita Rinaldi e Zilda Consalter, no direito brasileiro, é Miguel Kfourri Neto quem melhor analisa a responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, filiando-se à corrente francesa majoritária, qual seja, teoria da causalidade, na qual aplica-se a perda de uma chance na modalidade de dano, embora tenha consciência da precariedade do sistema nacional de saúde, motivo pelo qual avalia a aplicação com a máxima cautela, principalmente nos casos de culpa grave. Afirma:

Já existem alguns julgados brasileiros que admitem a aplicação da teoria da perda de uma chance às questões médicas e hospitalares. Mesmo nos acórdãos em que a falha médica ou hospitalar é a causa para a perda das chances, não existe a preocupação de que a reparação das chances perdidas poderia caracterizar um desvirtuamento da noção clássica denexo de causalidade. (KFOURI NETO, 2002, p.99 apud RINALDI; CONSALTER, 2015)

Reitera-se que tal aplicação somente terá incidência quando não for possível saber, com precisão, se a conduta do médico causador do dano fez com que, necessariamente, a chance fosse perdida, mas que haja alta probabilidade de tal ocorrência. Assim, embora não se possa afirmar que a chance perdida não decorre diretamente da ação do agente, o prejuízo causado é certo e, portanto, deve ser indenizado pela perda de uma chance, ainda nos moldes de Talita Rinaldi e Zilda Consalter (2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo primordial dessa pesquisa é travar uma discussão entre a prática de formas de abreviar a vida, como a eutanásia, sob a ótica da perda da chance de viver. A temática é abordada, precipuamente, sob a perspectiva do Estado, como protetor do direito constitucional à vida; do médico, analisando-se, pela bioética e pelo biodireito, quais os limites do seu poder de decidir e intervir e do paciente, detentor do direito e não do dever de viver, nos moldes da autodeterminação vinculada à dignidade da pessoa humana.

Deve-se notar a diferença entre a etimologia de eutanásia, distanásia e ortotanásia, assim como as questões ético-jurídicas que a envolvem, apesar de a base teórica distanciar-se da complexa realidade de quem está imerso nessas situações, tanto pelo fato de ver-se obrigado a prolongar intenso sofrimento tanto pela perda da chance de viver, apesar do intenso sofrimento.

O tempo passa, os anseios sociais mudam e com isso o Direito se transforma assim como a Medicina tenta se aperfeiçoar mas as inquietações advindas da vida e da morte permanecem. É um tema bastante controverso e de difícil solução pois a linha que separa a vida da morte é mais tênue do que se imagina.

Nesse diapasão, o presente estudo pretendeu analisar, por diversas abordagens, se a eutanásia, assim como outras práticas para abreviar sofrimento humano, podem ser vistas como a perda da chance de viver e, nesse sentido, propor uma mudança de paradigmas já que o bem estar pessoal talvez devesse sobrepor-se à moral coletiva.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 8. ed. 2011. São Paulo: Saraiva

MORAES, Alexandre. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MÜLLER, Alexandra Feldekircher. **Disciplina: Metodologia**: Porto Alegre: 2016. 87 slides, color, 254,0 mm x 190,5 mm.

PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengar; BARBOZA, Heloisa Helena. **Vida, Morte e Dignidade Humana..** Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RINALDI, Talita Jaroskievicz; CONSALTER, Zilda Mara. **O erro de diagnóstico médico e a teoria da perda de uma chance**: linhas sobre a questão indenitária. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11316&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 01.out.2015.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e Lindb**. 13. ed. 2015. São Paulo: Atlas. v. 1.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.