REVISTA *THESIS JURIS*

O LIMITE DA DIGNIDADE: NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NOS CONFINS DA VIDA

THE LIMITS OF HUMAN DIGNITY: BINDING PROTECTION OF HUMAN LIFE AT THE RIPE OLD AGE

Bernardo Silva de Seixas

Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Professor da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, Maranhão (Brasil). E-mail: seixas.bernardo@gmail.com.

http://lattes.cnpq.br/2236095085225087

Roberta Kelly Silva Souza

Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, São Paulo (Brasil). E-mail: rkellyss@yahoo.com.br.

http://lattes.cnpq.br/4883537860624365

Editora científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago

DOI – 10.5585/rtj.v4i3.240

Submissão: 08/09/2015

Aprovação: 20/12/2015

RESUMO

O presente trabalho trata da busca a proteção da pessoa humana no derradeiro final da vida, na sua morte, principalmente naquelas situações em que há situações traumáticas, tal qual doenças incuráveis ou crônicas, assim como situações em que o enfermo não detém meios de exprimir sua vontade no tocante ao tratamento médico que será aplicada para prolongamento de sua vida. Analisa-se a temática na Constituição, onde, por meio de interpretação constitucional, intenta-se aplicar a dignidade da pessoa humana nos momentos próximos à morte, tratando de verificar, no ordenamento jurídico pátrio, quais são os meios disponíveis

para que o enfermo manifeste sua vontade sobre procedimentos médicos que deseja ser submetido. Trata-se, também, da instrumentalização deste direito no âmbito das relações privadas, com abordagem acerca das diretivas antecipadas de vontade, nas suas duas espécies, tanto analisando o testamento vital como o mandato duradouro.
PALAVRAS-CHAVE: Dignidade; Vida; Testamento Vital;MandatoDuradouro.

ABSTRACT

The present essay addresses the protection of human beings at the grand old age, especially under affecting circumstances, such as going throw chronic or incurable diseasesthat hinder people from expressing their will regarding the medical treatment they might undergo in order to extend their lifespan. On account of the principle of the dignity of the human person coined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of October 5, 1988, several means available for life extension of the aforementioned category of human beings must be analyzed. Hence, it is important to guarantee the right to freedom of choice under the context of civil liberties, mainly when it comes to advance health care directive and living will.
KEYWORDS: *Dignity; Life; Advance health care directive;Living will.*

INTRODUÇÃO

O Homem, no decorrer da sua existência, realiza inúmeros fatos jurídicos que são regulamentados pelo ordenamento jurídico, havendo leis protetivas que resguardam o direito, inclusive, do nascituro (art. 1ª, Código Civil), sendo necessário que as normas jurídicas protetivas sejam aplicadas também no final da existência humana, protegendo o indivíduo de arbítrios e decisões contrárias aos seus interesses e dignidade.

Este trabalho analisará uma das últimas etapas da vida da pessoa humana, que consiste na sua morte, principalmente, no tocante àquelas pessoas que por algum infortúnio adquirem enfermidades crônicas ou doenças incuráveis.

Com o progresso na tecnologia médica enfermidades que antigamente levariam à óbito o indivíduo, atualmente, podem gerar uma expectativa de vida maior, que proporciona um maior convívio deste com seus familiares, evitando ou, ao menos, postergando a dor do óbito e a perda de um ente familiar.

Contudo, mesmo com técnicas médicas que possibilitem apostergação do falecimento, deve-se verificar como esses procedimentos são aplicados no paciente terminal ou, principalmente, quais são as consequências para esses indivíduos que no afã de prolongar sua vida podem ser submetidos à tratamentos que lhe cause dor, sofrimento, constrangimento, humilhação ou dependência de terceiros para realização de atos mais comezinhos da vida sem que de fato ocorra uma melhora, substancial, da saúde do paciente.

Justifica-se a temática proposta em virtude de haver interesses colidentes do paciente em declarar sua manifestação de vontade da forma como deva ser o tratamento médico em casos de doenças degenerativas, crônicas ou incuráveis, assim como dos interesses dos familiares em utilizar todos os meios disponíveis para prolongamento da vida deste indivíduo, sem olvidar do interesse dos hospitais, no exercício de um serviço sob à regulamentação da relação de consumo, em oferecer um tratamento médico para um paciente ou familiar que se apega à todas possibilidades para crer no prolongamento da vida de um ente próximo.

Neste ínterim, o ensaio aborda a seguinte problemática: A pessoa capazdetem disposição de vontade sobre a forma de tratamento médico próximo à morte? A pessoa pode determinar que não deseja passar por tratamentos médicos que poderia evitar o seu falecimento? Há instrumentos jurídicos de declarações de vontade que possibilitem a manifestação sobre quais os procedimentos o paciente quer ser submetido? Pode um terceiro decidir pelo paciente incapacitado quais os procedimentos médicos que se devem submeter aquele?

Destarte, o objetivo geral deste trabalho é verificar se há fundamento jurídico para o denominado direito à morte digna no ordenamento jurídico brasileiro. Como objetivo específico verificar-se-á como à disposição de vontade do paciente pode ou não ser veiculada no ordenamento jurídico pátrio sobre quais ou como os tratamentos médicos devam ser aplicados no momento próximo ao seu falecimento e se há possibilidade de um terceiro atuar representando este paciente sobre as formas de tratamento médico que terão que ser seguidas pelos médicos.

Para tanto, visando alcançar os objetivos supracitados, por meio de pesquisa bibliográfica, assim como observando-se o critério dedutivo metodológico, o primeiro capítulo aborda a teoria do direito civil constitucional, dissertando sobre as influências que as normas constitucionais ocasionaram na interpretação e aplicação do direito privado, assim como analisando a modificação paradigmática do atual Código Civil (CC), onde se vislumbra uma maior proteção da pessoa em detrimento do patrimônio.

O segundo capítulo, por sua vez, enfrenta a questão relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, visando fundamentar aplicação desses dispositivos constitucionais à questão da morte com dignidade.

Por fim, o terceiro capítulo tratará a respeito do direito à morte digna e da possibilidade de utilização das denominadas diretivas antecipadas de vontade, onde por meio de instrumentos jurídicos que veiculam manifestação de vontade, quais sejam o testamento

vital e o mandato duradouro, visa-se concretizar direitos fundamentais dos indivíduos no últimoestágio de sua existência.

1.DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Tradicionalmente, as relações jurídicas privadas eram regulamentadas por codificações civilísticas, por influência do Código Civil Francês do Século XVIII, que compilou diversos institutos jurídicos num mesmo diploma legal para evitar insegurança jurídica nas relações privadas. É o estágio em que as codificações regulamentadoras das relações entre particulares eram a constituição do direito privado.

Neste diapasão, a interpretação e aplicação do Direito Privado foram feitas de maneira isolada sem ter em consideração outros diplomas normativos, com aplicação de princípios hermenêuticos e regras próprias, tendo, no Brasil, o Código Civil de 1916 um viés extremamente patrimonialista, haja vista a influência dos ideais liberais do Século XVIII.

Contudo, antes da vigência do atual Código Civil, a Constituição Federal de 1988, assumiu o ápice do ordenamento jurídico-normativo brasileiro, influenciando em todos os atos normativos expedidos pelo Estado, portanto, modificando, substancialmente, a forma de aplicação do Direito Civil, já que este também é um ato normativo infraconstitucional.

Com a entrada em vigor, em 2003, do atual Código Civil, houve uma modificação de paradigma da codificação privada, este, ao invés de conceder proteção máxima ao patrimônio e a propriedade, valores que influenciaram a codificação anterior, veicula, também,normas para proteção da pessoa humana e, principalmente, de seus direitos da personalidade, sem olvidar, contudo, da extensa regulamentação, ainda aplicada aos institutos jurídicos ligados ao patrimônio e à propriedade. Destarte, o Código Civil detem normas de proteção ao patrimônio, todavia, não foi omisso quanto aos direitos da personalidade do indivíduo nas suas relações privadas, sendo esses uma das principais inovações da atual codificação.

Esta importante modificação valorativa da regulamentação privada, somada ao fato que a Constituição Federal também prevê institutos jurídicos eminentemente privados, tal como a responsabilidade civil e o direito à propriedade, dentre outros, em seu texto propagou, no Brasil, a doutrina do Direito Civil Constitucional. Para Anderson Schreiber (2013, p. 06) esta doutrina significa

> [...] corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição [...] as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares [...]. Trata-se [...] de superar a segregação entre a Constituição e o Direito Civil,

> remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial os valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Tal teoria, contudo, não teve sua gênese no direito brasileiro. É na Itália que se encontra o nascedouro desta metodologia jurídica que aplica normas constitucionais ao direito privado, tendo como seu principal expoente Pietro Perlingieri, sendo que no país de origem tal teoria recebeu a denominação de Direito Civil na Legalidade Constitucional. Portanto, o Código Civil e as relações privadas não podem ser interpretadas e aplicadas de maneira isolada, como se estivéssemos, ainda, no século XVIII onde somente a codificação privada tivesse o escopo de resolver todas as questões referente à relação indivíduo/indivíduo, atualmente, deve-se interpretar e aplicar o Código Civil observando as finalidades e limitações imposta pelas normas constitucionais, que em caso de confronto deve-se aplicar estas em detrimento dos dispositivos contidos no código civil.

Citado no que consiste, de fato, o direito civil constitucional e sua origem doutrinária, impõem-se frisar quais são as modificações para o Direito Privado com a aplicação desta constitucionalização das relações intersubjetivas privadas. Na esteira de Perlingieri (2008, p. 591) com a aplicação das normas constitucionais ao Direito Civil

> Abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe a realização de objetivos qualificados: individualizar um sistema de direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa, redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de fato à legitimação etc.), em um esforço de modernização do instrumentário e, especialmente, da teoria da interpretação.

Destarte, com aplicação desta teoria ao Código Civil brasileiro, vislumbra-se uma transformação deste ramo jurídico, permitindo-se que a tutela da pessoa humana seja alcançada também pela aplicação das regras do direito civil, ampliando a proteção do indivíduo em todas as suas relações jurídicas, seja com o Estado, onde há uma subordinação jurídica, seja com um igual, onde se verifica uma cooperação jurídica entre os polos que formam a relação intersubjetiva, elevando, ainda mais, o rol de proteção da pessoa humana e evitando-se quaisquer forma de transgressão aos direitos do indivíduo.

Todavia, esta compatibilização entre o Código Civil e a Constituição Federal não foi feita de forma harmoniosa, haja vista que, inicialmente, houve conflitos entre a Constituição e o Código Civil com a proteção daquele de institutos tradicionalmente destinados à codificação privada, sendo um exemplo desta dicotomia e contraposição o instituto da propriedade.

No ordenamento jurídico brasileiro, há época da promulgação do texto constitucional,havia uma incompatibilidade entre a função social da propriedade (art. 5ª, XXIII, CF/88) e o art. 524 da codificação revogada que estabelecia que o direito à propriedade era um direito absoluto, tendo como fundamento a codificação francesa do Séc. XVIII. Tal incompatibilidade é retratada por Schreiber (2013, p. 07) quando afirma que

> [...] enquanto a maior parte das constituições europeias do pós-guerra aludia à necessidade de que a propriedade privada cumprisse uma "função social" e se "tornasse acessível a todos", as codificações civis continuavam definindo a propriedade como um "direito de gozar e dispor da coisa, de modo pleno e exclusivo", sem qualquer referência a uma função "social". Não se tratava [...] de simples desatualidade das codificações civis, mas de um verdadeiro confronto de valores e ideologias, uma autentica colisão axiológica entre Constituição e Código Civil.

Sendo o direito à propriedade um direito absoluto, há época da promulgação da Constituição, a noção de função social da propriedade era apenas uma declaração sem força vinculativa ou eficácia para modificação das relações sociais, sendo, portanto, uma mera simbologia constitucional. Na codificação vigente, no art. 1.228, § 1ª[1], há a resolução deste conflito quando se limita o uso da propriedade, então direito absoluto, à finalidade social e econômica.

Portanto, para aplicação do Direito Civil Constitucional não basta interpretar as normas constitucionais e aplica-las às relações privadas ou, simplesmente, prevê no texto constitucional institutos jurídicos privados, tal como a propriedade, há a necessidade de se fazer uma compatibilização axiológica entre aquilo que se encontra na Constituição e a lei ordinária civil com o escopo de se atingir a finalidade contida no texto constitucional quanto à proteção da pessoa.

No Brasil houve a oportunidade de adequar, por intermédio do Poder Legislativo, o direito privado aos ditames constitucionais com a publicação do atual Código Civil, contudo, em que pese alguns avanços desta na seara dos direitos da personalidade e na questão tocante à propriedade, conforme alhures mencionado, não houve uma aceitação ampla da atual codificação privada à teoria do Direito Civil Constitucional. Corrobora este entendimento a crítica de Schreiber (2013, p. 17) para quem o atual Código Civil

[1] Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

> [...] tem muito pouco de realmente novo. Seu texto repete substancialmente aquele do Código Civil de 1916, já tendo sido chamado de "cópia mal feita" do seu antecessor. Fruto de projeto elaborado na década de 70 [...] o novo código civil chega com um atraso de mais de três décadas e em flagrante descompasso com a Constituição. O Código Civil de 2002 não afastou (nem poderia) a necessidade de aplicação da Constituição às relações privadas. Ao revés, reforçou-a. pois sob o disfarce da novidade legislativa, a codificação de 2002 oculta a ideologia do passado. O patrimonialismo, o individualismo, o liberalismo, o voluntarismo continuam vivamente presentes no texto do "novo" Código Civil, em franca oposição ao solidarismo humanista consagrado no texto constitucional. A aparência da novidade não deve, portanto, nos iludir. Mais do que nunca, impõem-se a releitura do direito civil à luz da Constituição.

Destarte, se o Legislador não assumiu o ônus desta nova interpretação da legislação privada compete ao Poder Judiciário resolver questões atinentes à aplicação dos regramentos constitucionais a situações típicas da relação entre indivíduos. Nesta seara, o atual código civil é silente no tocante à maneira de quaisquer atos de disposição de vontade do indivíduo no momento de sua morte, surgindo, então, a necessidade de utilização das normas constitucionais para alcançar uma resposta adequada aos ditames previsto pelo legislador constituinte originário.

Há inúmeras razões para esta omissão legislativa, desde questões religiosas da sociedade brasileira, ainda muito sensível e com forte influência no Poder Legislativo, até desconhecimento, há época da tramitação do Código Civil, referente às técnicas médicas de prolongamento da vida próximo ao falecimento.

No entanto, esta falta de regulamentação legislativa sobre o direito de escolher os procedimentos médicos próximos ao falecimento, quando há esta possibilidade, não é um caso isolado brasileiro. Luís Roberto Barroso (2013, p. 108), analisando regulamentações sobre suicídio assistido em diversos países informa

> Um pequeno conjunto de países tem legalizado o suicídio com assistência médica, incluindo Bélgica, Colômbia, Holanda, Luxemburgo e Suíça. Nos Estados Unidos, onde proibições ao suicídio assistido instituídas por alguns estados foram mantidas pela Suprema Corte, três estados já legalizaram esta prática para pessoas com tempo restante de vida muito limitado. [...] o legislativo deste Estado, contudo, tem hesitado em aprovar uma lei que descreva integralmente os limites do direito de morrer, deixando a questão em uma espécie de "limbo jurídico".

Todavia, tal fato social merece uma regulamentação jurídica, devendo-se recorrer às normas contidas no texto constitucional para verificar a possibilidade de disposição do paciente terminal sobre a aplicação de técnicas que possibilitam o prolongamento da vida ou não.

2.OS DIREITOS DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Verificado que, atualmente, o Direito Civil não pode ser aplicado sem a observância dos ditames constitucionais, deve-se questionar quais as normas contidas na Constituição que possibilitam a aplicação metodológica do direito civil sob a ótica constitucional, no tocante à problemática proposta por este ensaio.

Neste ínterim, a Constituição Federal prevê inúmeros direitos fundamentais à pessoa humana, desde a previsão da dignidade daquela (art. 1ª, III, CF/88) ao extenso rol de direitos fundamentais previsto no art. 5ª, sem olvidar da cláusula de abertura contida no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal que possibilita a existência de direitos fundamentais mesmo contido em documentos internacionais ou veiculados em diversos dispositivos da Constituição alheio ao rol exemplificativo de direitos fundamentais.

Com esta ampla previsão constitucional, inclusive de direitos eminentemente privados, tal como a propriedade e a responsabilidade civil, essas normas garantidoras são aquelas que influenciam a aplicação do Direito Civil contemporâneo. Nessa esteira, Gustavo Tepedino (2015, p. 02) pontifica

> Paralelamente, também com a Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, foi alçado à posição de valor máximo do ordenamento, justificando a tutela prioritária de interesses existenciais em face de direitos patrimoniais e, com isso, oferecendo o substrato filosófico e jurídico necessário para a tutela dos direitos humanos. Nessa esteira, as normas constitucionais passaram a ocupar posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, o que permitiu a aceitação da incidência dos direitos fundamentais também nas relações privadas. Em outras palavras, e sem embargo de sua menção esporádica em decisões judiciais nas décadas anteriores, apenas após a Constituição atual os direitos humanos e os direitos fundamentais tiveram reconhecidas sua importância e sua abrangência no ordenamento jurídico brasileiro e, particularmente, nas relações privadas.

Sem olvidar de outras normas constitucionais passíveis de aplicação ou não da questão de disposição de vontade referente à técnicas médicas para prolongamento da vida, entende-se que a dignidade da pessoa humana, com sede nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, é o fundamento primordial para viabilidade jurídica das declarações de vontade que visam evitar o prolongamento da vida por meio de técnicas médicas inovadoras, mas que, eventualmente, possa causar desconforto, infortúnios dor e afronta à dignidade do paciente.

Analisando a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana Luís Roberto Barroso (2013, p. 61) leciona que

> [...] a dignidade da pessoa humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa. [...] Nesse contexto, há uma dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; ou externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros.

Portanto, a dignidade humana, dentre de uma de suas inúmeras perspectivas, possibilita a proteção do indivíduo contra atos de terceiros que tenham como escopo atingir sua integridade física, moral, psicológica, sendo um fundamento jurídico amplo para proteção do indivíduo.

A dignidade da pessoa humana é um conceito multifacetado, sendo uma cláusula aberta que permite inúmeras interpretações, possibilitando uma ampla rede de proteção da pessoa humana, tornando-se este um fim em si mesmo e não um mero instrumento ou objeto das pretensões de outrem. Pietro Alarcón (2004, p. 251) analisando a dignidade da pessoa humana relata que

> [...] o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas é fundamento do Estado Democrático de Direito, mas valor constitucional. Transcende, assim, a dignidade consignada no art. 1º, inciso III, da Constituição, o normativismo positivo puro [...] o Homem não pode ser usado como mercadoria ou coisa. A civilização jurídica rejeita qualquer possibilidade [...] de utilizar-se o ser humano com finalidades distintas à da procura da felicidade e seu pleno desenvolvimento sobre a base da autodeterminação.

Nesta esteira, a dignidade da pessoa humana deve ser aplicada como fundamento constitucional para evitar que pacientes sejam compelidos, pelos próprios parentes ou pelos prestadores de serviço de saúde hospitalar, a serem submetidos a técnicas médicas de prolongamento de vida sem que tenha certeza do resultado, a cura ou, ao menos, uma melhora substancial na enfermidade crônica, evitando-se que para estender a vida se afronte os mais comezinhos direitos fundamentais do indivíduo, tais como a imagem, a integridade física/psíquica e o próprio direito à vida.

Tal fundamentação jurídica visa resguardar o paciente terminal de intenção egoísticas de seus próprios parentes, assim como de práticas comerciais abusivas por parte de empresas prestadoras de serviço à saúde que utilizam da fragilidade do paciente para lhe oferecerem tratamentos altamente custosos, mas que não ocasionará uma mínima chance de melhora ou recuperação plena da saúde do paciente.

Neste estágio em que a pessoa estará, psicologicamente, abalada, suscetível de concordar com qualquer forma de ingerências para prologar sua vida, impõem-se o respeito à sua disposição de vontade e sua dignidade, evitando-se que se utilize um paciente como um instrumento para alcançar direitos de outrem. A aplicação desta forma da dignidade da pessoa humana visa, portanto, a proteção deste paciente em estado de vulnerabilidade extrema,

indicando para terceiros, familiares ou não, que mesmo em hipóteses extremas da vida, a pessoa humana ainda continua sendo um fim em si mesmo e não um mero objeto, devendo ter respeitados suas manifestações de vontade, mesmo que esta ocasione seu falecimento.

Por outro lado, não somente a dignidade da pessoa humana pode ser o fundamento para a viabilidade da morte digna. Uma interpretação do direito à vida também pode corroborar uma argumentação constitucionalmente válida para se permitir que a pessoa humana possa decidir sobre os métodos médicos aplicados na fase da vida próxima ao falecimento.

A inviolabilidade ao direito à vida, para Alarcón (2004, p. 182) é tratado pela Constituição Federal "como direito, mas também como garantia fundamental, uma garantia de usufruto de outros direitos". Logo, o texto constitucional, ao proteger a vida humana na totalidade do desenvolvimento de sua existência, protege-se, também, o direito à morte digna, já que ao eleger a forma de tratamento médico no momento do desfalecimento é uma extensão da proteção à inviolabilidade do direito à vida. NelsonRosenvald (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 372) trata a este respeito, quando leciona que

> [...] a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente, da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à more digna é o reverso da moeda do direito à vida digna. Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade, haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a consequência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações.

Neste ínterim, na esteira do caso analisado neste trabalho há plena possibilidade que o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida seja utilizado como fundamento jurídico para proteção daquele que se encontra perto do falecimento, possibilitando-o, caso seja possível, que se manifeste a respeito da continuidade do tratamento médico para prolongamento da vida ou evitando-se que se utilize um novo método mais invasivo, com uma gama enorme de efeitos colaterais, que pode não ter o resultado esperado. Corrobora este entendimento a lição de Barroso (2013, p. 109)

> [...] certamente há um direito à integridade física e mental que também esta associado com o valor inerente de cada ser humano. O fato é que a tecnologia médica contemporânea tem a capacidade de transformar o processo da morte em uma jornada que pode ser mais duradoura e dolorosa do que o necessário. Cada indivíduo, portanto, deveria ter o direito de morrer com dignidade e de não ser obrigado a sofrer por um período prolongado de tempo, privado do domino normal sobre seu próprio corpo.

Reconhecido, portanto, que das normas constitucionais há o direito à morte digna, impõem-se a análise da forma como pode ser efetivado este direito, já que, como visto, não há qualquer regulamentação infraconstitucional que conceda segurança jurídica aos atos jurídicos necessários que o paciente próximo à morte possa tomar para que sua manifestação de vontade possa ser aceita tanto pelos médicos, como por seus parentes.

Desta maneira, deve-se perquirir de que forma se instrumentaliza este direito de morrer dignamente no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que o intérprete dos direitos fundamentais deve não só declarar direitos, mas construir ou vislumbrar caminhos para que se alcance a concretização da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

3.A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA MORTE DIGNA POR MEIO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

É com os olhos voltados para a Constituição que o intérprete e aplicador do direito privado deve resolver os dilemas que envolvem a pessoa humana e sua existência digna, seja no transcurso de sua vida, seja no momento próximo ao falecimento. O Código Civil vigente é silente no tocante às disposições de escolha de tratamento médicos de pessoas em estado terminal ou com saúde debilitada de difícil recuperação, cabendo, portanto, ao intérprete encontrar uma solução constitucionalmente justa para este conflito ético, entre aqueles que desejam manifestar sua vontade sobre os tratamentos médicos utilizados para prolongamento da vida humana.

Entende-se que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à vida, qualquer pessoa possa realizar disposições de vontade enquanto detentora dos direitos da personalidade. Neste ínterim, há fundamento jurídico para que enquanto em vida este indivíduo declare se deseja ou não realizar tratamentos médicos que prologuem sua vida, evitando a prática de quaisquer cirurgias, exames, ou procedimento médicos que ocasionem prolongamentos desnecessário de sua vida, caso esses tratamentos médicos não possam sanar com certa probabilidade de certeza suas enfermidades.

Não se pode olvidar que a pessoa em estado próximo à morte, sendo capaz ou não de manifestar sua vontade sobre o tratamento de saúde, é titular de direitos fundamentais, nesses termos é a lição de a lição de Ingo Sarlet (2012, p. 222)

> No outro extremo da vida, merecem atenção diversas hipóteses que envolvem a atribuição da titularidade de direitos fundamentais àqueles que se encontram pelas, mais diversas razões, em situações limítrofes, como é o caso da manutenção

> artificial da vida, da capacidade de ser titular de direitos nos casos de demência e senilidade aguda, onde a falta de consciência até mesmo de eventuais violações da dignidade e da própria condição pessoal, acaba, tal qual em outras hipóteses, implicando a discussão a respeito de um direito a uma morte digna. [...] o que se verifica, nessas hipóteses, é de que se trata mais de um problema vinculado à capacidade de exercício (pessoal ou de terceiros), bem como de uma questão relativa à possibilidade de limitação de direitos nessas circunstâncias. Assim, as controvérsias vinculadas aos direitos fundamentais nas circunstancias referidas não são propriamente, pelo menos em termos gerais, um problema de titularidade de direitos, mas sim dos limites e possibilidades da proteção de determinados direitos.

Neste ínterim, surgem as denominadas diretivas antecipadas de vontade que para Sanchez (2003, p. 27-28) consiste

> [...] uma directriz antecipada es um término general que contieneinstrucciones acerca de los futuros cuidados médicos que ha de recibir una personaenel caso de que vuelva incapaz de expresarlos por símisma. Esta denominación, directrices antecipadas, em realidadconstituyeel género que compreende dos tipos de documentos em virtude de loscuales se puede plasmar por adelantadolavoluntad de lapersona que losredacta. Así, por um lado, penemos elllamado testamento vital y por otro, el poder médico o poder para el cuidado de lasalud que se otorga a um representante

Neste ínterim, para Pona (2015, p. 36-37) as diretivas antecipadas são um gênero, onde há dois documentos específicos para veicular a manifestação de vontade do indivíduo sobre os tratamentos médicos que lhe devem ser aplicados próximo ao falecimento, esses documentos são: o *living will*(testamento vilta) e *durablepowerofattorney for healthcare* (mandato duradouro ou procuração para cuidados de saúde).

O instituto jurídico denominado de testamento vital, em que pese não detenha uma previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, é um dos instrumentos hábeis para concretizar o direito à morte digna, haja vista que por intermédio deste instrumento de declaração de vontade, o paciente manifesta sua intenção de aceitar determinados procedimentos médicos. Conceitua-se testamento vital, conforme a lição de Luciana Dadalto (2015, p. 97)

> [...] documento de manifestação de vontades pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em estado terminal, com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade.

Nesta modalidade de diretiva antecipada, o próprio paciente, com base no seu consentimento, determina*per si* quais procedimentos médicos deseja ser submetido, sendo uma declaração de vontade consubstanciada na autonomia privada da vontade, realizada de maneira livre e desembaraçada de qualquer vício de consentimento.

Em que pese se utilizar tal denominação neste trabalho, há críticas quanto à sua utilização, pois segundo Pona (2015, p. 40)

> A denominação do documento varia, de modo que pode ser chamado também de documento de vontades antecipadas, testamento relativo à vida, testamento biológico e ainda de *testamentdevie*. Desde muito cedo presenciam-se críticas da doutrina quanto à adoção da expressão testamento vital. Especificamente, critica-se a noção de testamento, posto que o instituto, no direito das sucessões, destina-se a produzir efeitos única e exclusivamente depois da morte do testador, ao passo que o testamento vital vigora enquanto o seu feitor ainda está vivo, mas apenas incapacitado de expressar sua vontade.

Por outro lado, o segundo instituto que tem o condão de veicular uma diretiva antecipada é denominado de mandato duradouro ou procuração para cuidados de saúde, que consiste na lição de Dadalto (2015, p. 91)

> [...] documento por meio do qual um paciente nomeia um ou mais "procuradores" que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente – definitiva ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente.

Este instituto, por sua vez, terá aplicabilidade quando o paciente não detem mais capacidade para manifestar sua vontade, contudo, constituiu um terceiro para se manifestar sobre os tratamentos médicos que poderão ser aplicados ao paciente ou não. Nesta esteira Pona (2015, p. 52) leciona que

> O que se pretende com a designação de um procurador é permitir que, estando o paciente incapaz de se expressar autonomamente e, não tendo manifestado previamente suas preferências e vontades relativas aos tratamentos e cuidados médicos, o representante designado possa orientar a equipe médica durante o período de ausência de capacidade.

Aceitando-se tais institutos jurídicos, evitam-se discussões e impasses entre os familiares e o médico na utilização de procedimentos médicos que possa ferir a dignidade da pessoa humana sem haver certeza que haverá uma melhora na saúde do paciente. Haverá uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, compreendido este no sentido de resguardar a vida humana digna até o momento final da existência do indivíduo.

Submeter o enfermo ao prolongamento de vida sem que este possa manifestar sua vontade, por exclusiva vontade de parentes próximos, sem que se olvide das boas intenções que fundamentam esta decisão, ou até mesmo do hospital, pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade econômica, que pode oferecer tratamentos médicos com alto custo financeiro somente para alcançar lucro, é transformar o indivíduo próximo ao falecimento em

um instrumento da vontade de outrem, esquecendo-se que a pessoa humana deve ser entendida como um fim em si mesmo e não como um meio para alcançar objetivos e anseios de outrem.

Destarte, o paciente terminal, o enfermo sem perspectiva de substancial melhora em seu quadro clínico, aquele que não deseja submeter-se a determinado tratamento médico por convicções religiosas ou aquele que é possuidor de doença crônica incuráveldetem, ainda, direitos subjetivos, devendo ser respeitados, tanto pelo Estado, como pelos demais indivíduos, principalmente por seus familiares, já que quem detem a competência para decidir sobre sua existência é tão somente a pessoa, seja manifestando livremente seu consentimento ou sendo representado por outrem. Neste ínterim, Helena Pereira de Melo (2006, p. 69-70) indica quais são os direitos dos pacientes terminais

> [...] ser tratado como pessoa humana, de modo a não reduzir o paciente à sua doença; a não ser morto, direito que se baseia na proibição normativa da eutanásia; a não ser declarado morto antes de ter "chegado a hora"; a uma alimentação suficiente e equilibrada, com finalidade de atender às necessidades básicas do indivíduo; a não sofrer maus-tratos; não ser sujeito ao "encarniçamento terapêutico" [...].

No Brasil, conforme já mencionado, não há uma regulamentação, oriunda do Poder Legislativo, sobre os institutos jurídicos ora em exame, todavia, há um embrião regulamentador, que é a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1995/2012, ato normativo secundário, com aplicação restrita aos médicos, que disciplina a forma de manifestação de vontade do paciente no tocante aos cuidados e procedimentos médicos que deseja receber enquanto estiver impossibilitado de manifestar sua vontade.

Em que pese a existência desta regulamentação, faz-se imprescindível que o Poder Legislativo edite norma infralegal para regulamentar a questão atinente às declarações antecipadas de vontade, concedendo segurança jurídica tanto para os familiares como para os profissionais da área da saúde, concretizando, assim, mais um direito fundamental do indivíduo, ampliando, ainda mais, a rede de proteção da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Inicialmente, deve-se mencionar que este trabalho tratou da temática de forma estritamente jurídica, não houve análise de conflitos bioéticos ou como deve proceder o médico neste caso específico onde o paciente manifesta sua vontade sobre quais tratamentos médicos aceita ou não ser submetido para prolongamento de sua vida. Ademais, teve como

escopo demonstrar quais são os documentos jurídicos hábeis para veiculação da vontade humana quando o paciente já não detem expectativa de melhora substancial, sendo esses institutos o testamento vital e a procuração para cuidados da saúde ou denominado mandato duradouro.

Com a teoria do direito civil constitucional, vislumbra-se novos âmbitos de aplicação do direito civil, não apenas abrangendo questões atinentes à propriedade ou ao contrato, institutos do direito privado por excelência, contudo, as fronteiras do direito civil se expandem para proteção do indivíduo e de seus direitos da personalidade com a influência das normas constitucionais, sendo este, atualmente, o fundamento de todas as normas regulamentadoras do direito privado, onde se privilegia determinados direitos da personalidade em prol de demais direitos de índole meramente patrimoniais.

Por todo o exposto neste breve ensaio, que não detem a pretensão de esgotar todos os meandros desta temática tão sensível sobre o consentimento privado e os direitos fundamentais da pessoa humana próximo à morte, entende-se que o testamento vital é o instrumento jurídico hábil para que o paciente possa manifestar sua vontade sobre os tratamentos médicos utilizados próximo à morte, sem olvidar que caso a sequela ou enfermidade impossibilitem este de manifestar sua vontade, por este mesmo instrumento jurídico, possa o paciente indicar um terceiro, parente ou não, para que represente sua vontade sobre tratamentos médicos de prolongamento de vida que não terão chance mínima de êxito.

Aceitar tal instituto jurídico no ordenamento pátrio é conceder maior proteção para todos os indivíduos que se encontram desamparados ou sem quaisquer expectativa de melhoras, uma vida de sofrimentos, dor e angústia, onde o indivíduo se ver na condição de dependente para realizar todo e qualquer ato da vida humana é tão danoso à dignidade humana quanto às atrocidades que originaram o desenvolvimento, constitucional e transconstitucional, da proteção da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de JesúsLora. **Patrimônio Genético Humano e sua Proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. Salvador : Juspodivm, 2013.

MELO, Helena Pereira de. **O Direito a morrer com dignidade**. Coimbra: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2008.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: Fundamentos das Diretivas Antecipadas de Vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

SANCHEZ, Cristina Lopez. **Testamento Vital y voluntaddel paciente**: conforme ley 41/2002 de 14 de Noviembre. Madrid : Dykinson, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A influência dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Direito Civil Brasileiro. In LEAL, Larissa Maria de Moraes. **Direito Civil Constitucional**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.