

**A PERDA DA CHANCE DE VIVER: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE  
APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À PRÁTICA DA  
EUTANÁSIA**

**DOI: 10.31994/rvs.v9i1.355**

Isabela Moreira Antunes do Nascimento<sup>1</sup>

**RESUMO**

O objetivo primordial deste artigo é travar uma discussão entre a prática de formas de abreviar a vida, sobretudo a eutanásia, sob a ótica da perda da chance de viver. Este buscou investigar, com amparo nos princípios jurídicos, fundamentalmente 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. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE: EUTANÁSIA. VIDA. AUTONOMIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.**

---

<sup>1</sup> Autora; 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 elaboração deste trabalho motivou-se em 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). Trata-se de um estudo doutrinário que almeja difundir conhecimentos que podem auxiliar a humanização da medicina.

Justifica-se, portanto, na medida em que aborda tema juridicamente relevante, visto que a Eutanásia tramita entre o Direito Público e o Direito Privado, ou seja, alcança do direito constitucional à vida ao princípio da dignidade humana, perpassando pelos direitos da personalidade, pela bioética e pelo biodireito. Também justifica-se socialmente 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 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 as práticas que vem sendo utilizadas com o intuito de abreviar a vida sob a ótica da perda da chance de viver. No ponto, investigou-se os aspectos constitucionais sobre o tema, analisou-se o instituto da eutanásia assim como outras modalidades de abreviar a vida e suas influências e também verificou-se se há possibilidade de ingerência na teoria 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 aspectos e reflexos jurídicos de sua incidência e aplicabilidade.

Por fim, destaca-se que a metodologia empregada neste artigo, nos moldes de Silva e Silveira (2007), classifica-se, quanto aos procedimentos, como uma pesquisa bibliográfica logo que utiliza material já publicado, constituído basicamente de livros e artigos de periódicos.

## **1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES**

### **1.1 Princípios constitucionais relevantes**

#### **1.1.1 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”.

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 atua 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”, faz-se alusão à função do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto dos limites dos direitos fundamentais. Considerando a proeminência do tema, coaduna-se, neste trabalho, com a doutrina que admite a possibilidade de se traçarem limites aos direitos fundamentais (BARROSO; 2014a, MARMELSTEIN; 2016), de modo que, em princípio, não há direito absoluto, estando eles sujeitos a restrições. No ponto, importante destacar o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina alemã denominou de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), ou seja, os direitos fundamentais podem ser relativizados, limitados, mas há restrições a esses limites com o escopo de evitar eventual abuso que pudesse ocasionar seu esvaziamento ou até mesmo a sua supressão.

Em análise sobre a evolução dos princípios, Rosenthal (2015) infere que Bonavides (2017) estuda juridicidade trifásica, principiando pelo jusnaturalismo, período em que os direitos não são escritos, sendo um conjunto de valores que não advém da norma jurídica imposta pelo Estado, mas sim de Deus, jusnaturalistas clássicos, ou da razão, jusnaturalistas racionais, passando pelo positivismo (Kelsen, 2016), em que se restringia a uma interpretação prática e neutra da regra codificada, tendo, portanto, cunho imperativo e coercitivo, até atingir o pós-positivismo (BARROSO, 2014b), alcançando relevância normativa (HESSE, 1991) em detrimento de sua antiga condição acessória e subsidiária.

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).

Nesse diapasão, Sarlet (2012) aponta a possível contraposição dos valores dignidade e vida. No ponto, tendo em vista a existência de um direito à vida com dignidade e no caso de um doente em fase terminal, vítima de intensos sofrimentos e sem vislumbrando de recuperação, perquire-se a respeito da legitimidade da prática da eutanásia ou de suas derivantes assim como o suicídio assistido, fundamentando-se na premissa de que mais vale morrer com dignidade. Em sentido oposto, há também os que defendem a preponderância, ainda que contrária à vontade expressa do enfermo ou mesmo em diante de violação à sua dignidade, o direito, que mais se mostra como dever, à vida, ou seja, a dignidade englobaria a necessidade de preservar a vida humana como um direito absoluto, por mais sofrimento que se cause.

Neste trabalho coaduna-se com aqueles que admitem eventual relativização e, neste passo, também uma ponderação de interesses (ALEXY, 2017). Assim como Rosenvald (2015, p.55), “no mínimo, parece-nos que a realidade da vida (e da dignidade) oferece situações limite, diante das quais é importante pelo menos questionar determinados entendimentos”:

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 (ROSENVALD, 2015, p. 55).

Portanto, compreendem-se que o princípio da dignidade assim como o direito à vida digna como conceitos abertos, flexíveis e comunicativos não podendo servir de justificativa para uma conceitos herméticos (SARMENTO, 2016). Propõe-se, vale repisar, uma mudança de paradigma na medida em que esse entendimento vai ao encontro da concepção de que enquanto normas (princípio), nos termos de Alexy (2014), toleras certa relativização.

## 1.2 Da bioética ao biodireito

### 1.2.1 Princípios da bioética

A bioética 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.

Para Beauchamp e Childress (2002) 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; e a justiça, que é igualitária distribuição dos recursos médicos e a imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios.

Conforme preceitua Namba (2015) e Diniz (2011, pp.33-34), o termo foi empregado pela primeira vez pelo oncologista 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”. Nesse entendimento, a bioética vincularia-se às ciências biológicas com escopo de melhorar a qualidade de vida do ser humano, de permitir a sua participação na evolução biológica e, conseqüentemente, de preservar a harmonia universal, garantindo a sobrevivência na Terra. Inicialmente, portanto, visa-se o equilíbrio ecossistêmico que garante a sobrevivência na Terra, ameaçado pelo crescimento da tecnologia industrial.

Para Diniz (2011), esse sentido é diverso do empregado na atualidade, cunhado por André Hellegers, em 1971. Para ele, considera-se a bioética como uma ética biomédica, visto que seria uma resposta ética às novas situações advindas da ciência no âmbito da saúde, averiguando o que seria lícito e, ao mesmo tempo, científica e tecnicamente possível.

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 melhorar a qualidade de vida do ser humano mas nem tudo que é cientificamente possível é ético e legalmente admissível. Torna-se necessário, no ponto, a imposição de limites à medicina e à tecnologia, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano deve ser prioridade em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer). Entretanto, justamente do descompasso entre o progresso biotecnológico e o ornamento jurídico advém a necessidade do estudo interdisciplinar para melhor ponderar as nuances da situação fática. É o que se passa a analisar a seguir.

### **1.2.2 Princípios do biodireito**

Com a rapidez das revoluções tecnológicas que refletem nas ciências biomédicas e com a conseqüente manifestação das complexas questões ético-jurídicas correspondentes, impõe-se ao meio jurídico manifestar-se diante dos riscos a que a espécie humana está sujeita, estabelecendo limites à pesquisa e à tecnologia e buscando harmonizar os valores envolvidos para evitar proibição

absoluta de qualquer atividade biomédica, que obstaculizaria o processo científico, ou permissividade plena (DINIZ, 2011), que geraria prejuízos ao ser humano e à humanidade.

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, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana. Diante da análise das questões até então expostas, construiu-se arcabouço teórico para melhor compreender se alguma forma de abreviação da vida seria aceitável ou se essas práticas dariam ensejo a indenizações pela Perda de uma Chance (de viver).

## **2 DA EUTANÁSIA COMO FORMA DE ABREVIAR A VIDA**

### **2.1 Eutanásia, Mistanásia, Distanásia, Ortotanásia e Suicídio Assistido**

O termo "eutanásia" (*eu*: boa; bondade; benevolência, *thanos*: morte) foi empregado pela primeira vez, no século XVII, por Francis Bacon no sentido de um passamento sem dor e sem sofrimento (SÁ; MOUREIRA, 2012). Diniz (2011, p. 439), nesse contexto, ressalta que 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”.

A questão da abreviação do sofrimento no fim da vida é debatida desde a antiguidade (BECKER; 19--?, PEREIRA; 2010) mas a medicalização da vida e da morte, iniciada na modernidade, assim como o progresso tecnológico potencializaram o debate pois acarretaram novos desafios à humanidade, em especial a ética e ao direito. Desse modo, a questão da terminalidade e do prolongamento da vida e da morte ganharam destaque (DWORKIN, 2016).

Sob o conceito genérico de eutanásia abrigam-se termos específicos, quais sejam (SÁ; MOUREIRA; 2012, MALUF; 2015), em relação ao ato em si: a) eutanásia ativa ou benemortanásia – ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente incurável, com finalidade benevolente; b) eutanásia passiva ou paraeutanásia – quando a morte ocorrer por omissão proposital de uma ação médica que garantiria a sobrevivência; 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. Levando-se em conta o consentimento do paciente, a eutanásia também pode ser: a) voluntária – em resposta à vontade expressa do doente, que, para alguns, seria sinônimo de suicídio assistido; b) involuntária – quando não se sabe qual é a vontade do paciente ou o ato é realizado contra sua vontade. Atualmente, o conceito de eutanásia refere-se à sua forma ativa, não mais sendo aplicado de forma genérica e ampla (BARROSO; MARTEL, 2014c).

Há ainda, conforme preceitua Diniz (2011) a eutanásia social ou Mistanásia, frequente em países de terceiro mundo, ou seja, a morte fora e antes da hora e que ocorre em sua forma passiva quanto doentes e deficientes, por motivos políticos ou socioeconômicos, sequer chega a ser paciente, vez que não consegue ingressar no sistema de atendimento médico, que é ausente ou precário. Todavia, há casos em que se tem a mistanásia ativa, quais sejam: o extermínio de pessoas defeituosas ou indesejáveis como ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial, em campos nazistas de concentração e também na situação de doentes que conseguem atendimento mas são vítimas de erro ou descaso médico.

“Distanásia”, etimologicamente, significa morte lenta (*dis*, lenta, *thanatos*, morte). Trata-se da obstinação terapêutica ou futilidade médica (FREITAS, 2016), 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 nítido 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” (DINIZ, 2011). Assim, trata-se da morte com muito sofrimento tendo em vista a aplicação de todos os meios terapêuticos possíveis, inclusive os experimentais. Esse modelo prolonga a existência (e não a vida) sem certeza de eficácia, nem de reversibilidade do quadro, refletindo tratamento insistente, desnecessário e inútil com atroz deformação natural do processo de morrer.

Por sua vez, a terminologia de Ortotanásia (o prefixo *orto* significa “direito”, “colocar certo”) consiste na interrupção do tratamento ou procedimentos artificiais já inúteis (CABRAL; PERES, 2016), diante de quadro clínico irreversível. Em lugar de procurar a cura, que não é possível, cuida-se do enfermo. É entendida também como morte no seu tempo certo, sem os tratamentos desproporcionais (distanásia) e sem abreviação do processo de morrer (eutanásia). Tem-se como “procedimento correto”, aquele que é aceitável sob o ponto de vista ético e jurídico e como “tempo certo para a morte”, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana aquele escolhido pelo enfermo, no exercício de sua autonomia, ou por terceiro (médico ou familiar), conforme a situação fática, para evitar ou pôr fim à distanásia.

A ortotanásia é a única prática tida como viável no ordenamento jurídico pátrio 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, prática relacionada e garantidora da autodeterminação do sujeito (MARTEL, 2010).

Por fim, a expressão “suicídio assistido” consiste na retirada consciente da própria vida com auxílio, ou seja, com efetivo apoio material de terceiro. É importante mencionar, assim como Barroso e Martel (2014), que não se trata de induzimento ou instigação ao suicídio pois nesses casos incute-se ou estimula-se uma ideia, sem assistência prática. Após a clarificação dos conceitos, encaminha-se o trabalho para uma análise crítica sobre tais fenômenos.

## **2.2 Questões ético-jurídicas da eutanásia e seu consentimento à luz do Direito**

### **2.2.1 Argumentos favoráveis**

O primeiro argumento a ser destacado é a viabilidade do testamento vital (DATAITO; 2015, PONA; 2015). Nas palavras de Teixeira e Penalva (2010), embora ausente previsão legislativa que discipline de maneira específica sobre o tratamento vital, é possível entendê-lo como viável e eficaz no ordenamento brasileiro, como instrumento garantidor da autonomia. Testamento vital seria fruto de tradução errônea do inglês, no qual este instituto é denominado *Living Will* (*living*: viver; *will*: vontade, desejo). 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 posituação, posto que existem princípios jurídicos capazes de validar essa manifestação de vontade, independentemente de lei específica. (TEIXEIRA; PENALVA, 2010, p. 72).

Como segundo argumento, temos a, já discutida, autonomia da vontade pautada pela dignidade da pessoa humana pois não podemos afastar o direito do paciente decidir, diante de suas efetivas condições de saúde, quais alternativas de tratamento aceita submeter-se, permitindo-lhe uma opção por um menor sofrimento, conforme também preceitua Pereira (2010) e Diniz (2011). Para melhor esclarecimento, diante de um conceito aberto, tem-se aqui, o seguinte significado de autonomia:

*Autonomy: [...] In the ethics of health care, respect for individual autonomy is generally understood to mean respect for various forms of self-determination and individual control over one's own body. Thus it presupposes that the individual whose autonomy is to be respected has the capacity to form and express choices on her own behalf. It also presupposes the possibility of, and requires respect for, her liberty, that is, freedom of thought, self-directed action, and self-regarding choice, including the freedom of withhold consent to medical treatment or research participation for oneself. Respect for autonomy is also viewed as the ground or basis for several other patient-regarding norms as well, including respect for privacy (of information, personal space, decisions, and personal property) and maintenance of confidentiality (of patient-related information). Furthermore, because any true exercise of autonomy via voluntary, informed consent would require prior disclosure and comprehension of accurate and complete information, respect for autonomy may also be seen as a foundation for the norm of truthfulness in the disclosure of patient-centered information. (See, for example, Beauchamp and Childress, Principles of Biomedical Ethics, 6<sup>th</sup> ed. [New York: Oxford University Press, 2009], especially chapters 4 and 8) (TUBBS Jr.; WASHINGTON, 2009, p.-?).*

A seguir, passa-se à análise dos argumentos em sentido oposto.

## 2.2.2 Argumentos contrários

O princípio da Sacralidade da Vida (PSV) é a matriz dos mais importantes argumentos dos opositores à prática das formas de disposição da vida, em especial a eutanásia, pois a pressupõe em termos absolutos, de modo a não admitir sua interrupção, nem mesmo por expressa vontade de seu titular. Para Batista (2010, p.345) infere-se 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”. Nesse sentido, o sofrimento não é principal problema, sendo visto como algo aceitável e, até mesmo benéfico.

Indaga-se também: (a) se a permissão da eutanásia voluntária não abriria possibilidade para a involuntária; (b) se não haveria possibilidade de um diagnóstico errôneo ou, até mesmo, de abuso por parte de médicos e familiares; (c) se a relação médico-paciente ficaria abalada; (d) uma vez que se pune o aborto e não se admite a pena de morte seria incongruente tornar lícita a eutanásia; (e) não se poderia estabelecer limites de eticidade nas fronteiras entre a vida e a morte já que não há domínio sobre elas e (f) nos moldes de Diniz (2011, p.444), a incurabilidade, e a inutilidade do tratamento não justificam a eutanásia porque em primeiro lugar, a incurabilidade é prognóstico, ou seja, além de ser uma presunção falível a qualquer momento pode surgir uma nova técnica de cura ou um eficaz meio terapêutico e, em segundo, porque conceito de inutilidade do tratamento é muito ambíguo.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a distanásia é rechaçada, sem grandes debates, vez que considerada conduta desumana; a ortotanásia tem melhor aceitação na medida em que encontra aparato no ordenamento jurídico e o suicídio assistido é criminalizado. O grande debate, portanto, gravita em torno da eutanásia. Perquire-se, então, por fim, se sua prática daria ensejo à incidência da teoria da perda de uma chance.

### **3 A EUTANÁSIA SOB A ÓTICA DA PERDA DA CHANCE DE VIVER**

#### **3.1 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 conta positivado mas vem sendo admitido por analogia aos arts. 5º, incisos V e X, CF/88 e 186 c/c 927 c/c 402, CC/02.

#### **3.2 As expectativas de vida diante da abreviação da vida**

Segundo ROSÁRIO (2009), a responsabilidade médica se subordina à presença de três componentes, 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. Contudo, pulula na jurisprudência, a utilização da teoria da perda da chance de cura ou sobrevivência (ROSÁRIO, 2008).

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).

No ponto, ainda nos moldes de Rosário (2008), portanto, a perda da chance demonstra a possibilidade idônea e provável consubstanciada em um vínculo de causalidade que teria sido oferecida ao enfermo se não tivesse havido interrupção ilícita, decorrente de erro. Deve-se, então, distinguir os casos de dano futuro palpável do evento hipotético, este último não passível de ser indenizado.

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 (ROSÁRIO, 2009, p.147).

Para Talita Rinaldi e Zilda Consalter (2015), no direito brasileiro, é Miguel Kfoury Neto (apud RINALDI; CONSALTER, 2015) quem melhor analisa a responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, associando-se à corrente francesa majoritária, qual seja, teoria da causalidade, na qual aplica-se a perda de uma chance na modalidade de dano:

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 de nexo de causalidade (KFOURY NETO, 2002, p.99 apud RINALDI; CONSALTER, 2015).

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

De todo o exposto, conclui-se, então, que a prática da eutanásia daria sim ensejo à incidência da teoria da perda de uma chance (de viver), devendo ser evitada, ainda que não esteja proibida por lei e ainda que se considere o direito à vida como norma (princípio) passível de relativização.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo primordial dessa pesquisa é travar uma discussão entre a prática de formas de abreviar a vida, sobretudo 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, que a distanásia é rechaçada, sem grandes debates, vez que considerada conduta desumana; a ortotanásia tem melhor aceitação na medida em que encontra aparato no ordenamento jurídico e o suicídio assistido é criminalizado. O grande debate, portanto, gravita em torno da eutanásia. Conclui-se, então, que sua prática daria sim ensejo à incidência da teoria da perda de uma chance (de viver), devendo ser evitada, ainda que não esteja proibida por lei e ainda que se considere o direito à vida como norma (princípio) passível de relativização.

## THE LOSS OF THE LIVING CHANCE: ANALYSIS OF THE POSSIBILITY OF THE APPLICATION OF THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE TO THE PRACTICE OF EUTANASIA

### ABSTRACT

The main objective of this article is to fight a discussion between the practice of ways to shorten life, especially euthanasia, from the perspective of the loss of the chance to live. He sought to investigate, based on legal principles, fundamentally based on the Principle of the Dignity of the Human Person, whether some form of abbreviation of life would be acceptable or whether these practices would give rise to damages for the Loss of a Chance. Thus, the article also looked for, through Bioethics and Biological Right, what should prevail in the consideration of the Principle of Autonomy and the Principle of Sacrality of Life, concluding by the tendency to self-determination of the individual but in a parsimonious and not absolute way. As for the methodology, it is a bibliographical research.

**KEY WORDS: EUTHANASIA. LIFE. AUTONOMY. DIGNITY OF THE HUMAN PERSON. THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE.**

### REFERÊNCIAL TEÓRICO

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

ALEXY, Robert. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Gen/forense Universitária, 2014. Organizadores: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Aziz Tuffi Saliba; Mônica Sette Lopes.



BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2014(a).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014(b).

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Bioética e Direitos Fundamentais: A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** São Paulo: Saraiva, 2014(c). Organizadores: Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica.** São Paulo: Loyola, 2002. Tradução de: Luciana Pudenzi.

BECKER, Ernest. **A Negação da Morte.** São Paulo: Círculo do Livro, 19--?. 337 p. Tradução de: Otávio Alves Filho.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Código Civil:** Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CABRAL, Arthur José; PERES, Leandro Dutra. **Ortotanásia.** In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat (Coord.). **Ortotanásia: bioética, biodireito, medicina e direitos de personalidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016. Apresentação de: Nelson Rosenvald.

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



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

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. 2. ed. São Paulo: Wmfmartinsfontes, 2016.

FREITAS, João Pedro Soares de. **A antítese da Ortotanásia – O Excesso Terapêutico**. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat (Coord.). **Ortotanásia: bioética, biodireito, medicina e direitos de personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. Apresentação de: Nelson Rosenvald.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Tradução de: João Batista Machado.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 3ª. Ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Gen, 2016.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 2010. 476 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

NAMBA, Edson Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Datalto. **Terminalidade e Autonomia: uma abordagem do Testamento Vital no Direito Brasileiro**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengar; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.



PEREIRA, Tânia da Silva. **O Direito à Plenitude da Vida e a Impossibilidade de uma Morte Digna.** In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengar; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). Vida, Morte e Dignidade Humana. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PONA, Éverton Willian. **Testamento Vital e Autonomia Privada: Fundamentos das Diretivas Antecipadas de Vontade.** Curitiba: Juruá, 2015.

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](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.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica.** Revista da Emerj. Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p.167-186, 2008. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista43/Revista43\\_167.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_167.pdf)>. Acesso em: 05 maio 2018.

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

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. **Autonomia Para Morrer: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade.** Belo Horizonte: del Rey, 2012.

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.



SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos: normas e técnicas**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

TUBBS, Jr.; WASHINGTON, James B. **A Handbook of Bioethics Terms**. Washington: Georgetown University Press, 2009.

Recebido em 07/05/2018

Publicado em 13/08/2018