



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALESSANDRA CARINE SILVEIRA ELOY SANTANA

**A CONFORMAÇÃO ADEQUADA DO DIREITO DE RECUSA
A TRATAMENTOS MÉDICOS: UMA ANÁLISE
INTERPRETATIVA DO ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL E DO
ARTIGO 146, § 3º, I DO CÓDIGO PENAL.**

Salvador

2016

ALESSANDRA CARINE SILVEIRA ELOY SANTANA

**A CONFORMAÇÃO ADEQUADA DO DIREITO DE RECUSA
A TRATAMENTOS MÉDICOS: UMA ANÁLISE
INTERPRETATIVA DO ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL E DO
ARTIGO 146, § 3º, I DO CÓDIGO PENAL.**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ana Thereza Meirelles

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

ALESSANDRA CARINE SILVEIRA ELOY SANTANA

**A CONFORMAÇÃO ADEQUADA DO DIREITO DE
RECUSA A TRATAMENTOS MÉDICOS: UMA
ANÁLISE INTERPRETATIVA DO ARTIGO 15 DO
CÓDIGO CIVIL E DO ARTIGO 146, § 3º, I DO CÓDIGO
PENAL.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

AGRADECIMENTOS

A Deus por estar presente em minha vida em todos os momentos, por me dar a proteção e força para caminhar em busca da concretização dos meus sonhos.

Aos meus pais, por toda dedicação, educação e amor. Em especial, a minha mãe, por ter me dado todo o suporte nessa jornada, dedico a senhora todas as minhas conquistas.

A minha filhinha, Maria Luísa, que mesmo tão pequena compreendeu a importância desse momento e com amor me deu estímulo e força para a realização desse trabalho.

A minha orientadora, Professora Ana Thereza Meirelles, pelas incríveis aulas de Bioética, que despertaram meu interesse pelo tema, bem como por todo conhecimento compartilhado, com muita seriedade e doçura.

Aos meus queridos amigos que compartilharam das minhas aflições e conquistas ao longo do curso de Direito, sempre acreditando na minha capacidade. Não poderia deixar de agradecer especificamente a Hannah Abram, Camila Farias, Bruna Amorim, Júlia Curvelo e Verônica Melo que dedicaram, dentro das suas possibilidades, tempo e paciência, me dando suporte emocional e técnico na escrita da monografia.

A todos aqueles que de alguma forma contribuí para que a sonhada graduação em Direito se torne realidade.

Dedico este trabalho a Deus, por toda força e proteção ao longo dessa jornada.

Aos meus pais, minha filha e amigos por todo amor e apoio dado para que aos poucos os meus sonhos se tornem realidades.

“Oh morte, tu que és tão forte,
Que matas o gato, o rato e o homem.
Vista-se com a tua mais bela roupa quando vieres me buscar.”

Raul Seixas

RESUMO

O presente trabalho cuida da análise do instituto da recusa a tratamentos médicos, previsto no art. 15 do Código Civil Brasileiro de 2002, de forma a verificar sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro, por meio do exame dos dispositivos constitucionais do direito à vida e da personalidade e o princípio da autonomia da vontade. Para tanto, impera identificar a existência de um esvaziamento do dispositivo citado, em face do art.146, §3º do Código Penal, problematizando a dicotomia existente entre os conteúdos previstos nos referidos dispositivos, no que tange à admissibilidade de recusa a tratamentos médicos e suas consequências jurídico-penais. O Código Civil de 2002, no seu art. 15, estabelece que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, ainda que em caso de risco de vida. Não obstante, o Código Penal Brasileiro considerou como hipótese de excludente de tipicidade a intervenção médica ou cirúrgica realizada em desconformidade com a manifestação de vontade do paciente, se justificada por iminente perigo de vida (art.146, § 3º, I do CP). Diante das reflexões ora postas, investiga-se a existência de um espaço para a recusa de tratamento médico no ordenamento jurídico brasileiro, quando diante de casos que possam vir a abreviar a vida do paciente ou renunciar à sua proteção. Analisa-se a disponibilidade relativa sobre o corpo, questionando-se, à luz do princípio da autonomia privada e do direito à vida, a viabilidade de recusa a tratamento médico e suas consequências jurídico-penais, bem como a possibilidade de responsabilização de profissionais médicos que, eventualmente, venham a violar a autonomia da vontade do paciente.

Palavras-chave: Recusa a tratamento médico; Autonomia; Direito da personalidade; Direito à Vida; Diretivas Antecipadas de Vontade; Ortotanásia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AHA	Alimentação e Hidratação Artificiais
CC/02	Código Civil
CEM	Código de Ética Médica
CRFB/88	Constituição Federativa do Brasil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CP	Código Penal Brasileiro
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
ed.	Edição
EVP	Estado Vegetativo Persistente
MPF	Ministério Público Federal
n.	número
p.	página
PSDA	<i>Patient Self-Determined Act</i>
Res.	Resolução
SNC	Sistema Nervoso Central
SUS	Sistema Único de Saúde
vol.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.1 CONCEITOS ESSENCIAIS SOBRE O INÍCIO E FIM DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO.....	15
2.1.1 Definição jurídica atual de vida e morte	18
2.2 A TERMINALIDADE DA VIDA.....	19
2.2.1 Formas de abreviamento da vida: Eutanásia e suas derivações	21
2.2.2 Distanásia	23
2.2.3 Ortotanásia	24
3 AUTONOMIA, DIREITOS DA PERSONALIDADE E DISPONIBILIDADE RELATIVA SOBRE O PRÓPRIO CORPO	28
3.1 A EXPRESSÃO DA AUTONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	28
3.1.1 A autonomia da vontade versus autonomia privada	31
3.1.2 A manifestação da autonomia privada nas questões relativas ao próprio corpo	32
3.1.3 A manifestação da autonomia nas situações de risco de vida que resultam no abreviamento ou renúncia à protelação	34
3.1.4 O consentimento livre e esclarecido na relação	35
3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	39
3.2.1 Conceitos e espécies de direitos da personalidade	39
3.3 UMA ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 15 DO DIPLOMA CIVIL DE 2002.....	41
3.4 A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E INTERFACES COM O DIREITO PENAL: O CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.....	44
4 A CONFORMAÇÃO ADEQUADA DO DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO E A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE DO MÉDICO	48

4.1 REFLEXÕES SOBRE O DEVER DO MÉDICO FRENTE AO PACIENTE EM ESTADO GRAVE.....	51
4.1.1 Quadros clínicos e estados que impõem uma atuação rápida do profissional médico.....	52
4.1.2 O dever do médico e o Código de Ética Médica.....	55
4.2 A POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE POR MEIO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE.....	59
4.2.1 Noções básicas sobre as diretivas antecipadas de vontade e suas espécies.....	59
4.2.2 A resolução nº 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina e o conteúdo das diretivas antecipadas de vontade: a (im)possibilidade de disposição do próprio corpo em diretivas antecipadas de vontade.....	65
4.3 A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE À LUZ DO ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL.....	66
4.4 RECUSA A TRATAMENTOS EM GERAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	68
5 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Frente aos significativos avanços técnicos e científicos, e o conseqüente surgimento de métodos aplicáveis aos tratamentos de saúde, a possibilidade de procrastinar o momento da morte, por vezes, parece ter sido considerada pelos profissionais de saúde enquanto dever decorrente do próprio exercício da função, ainda que estes venham a prolongar apenas o sofrimento do paciente.

O desenvolvimento da ciência médica viabilizou a melhora e inclusive a erradicação de diversas doenças, o que contribuiu para o aumento da expectativa de vida e da qualidade de tratamentos médicos ofertados, mas também concederam um maior espaço para o uso desses avanços com o fito único de prolongar a vida do paciente, sem, contudo, se preocupar com a garantia de qualidade.

Hodiernamente, é notória a prática de excessos que vêm sendo cometidos no que tange ao final da vida. A prática conhecida como obstinação terapêutica – uso de métodos terapêuticos destinados ao prolongamento artificial da vida – é um reflexo dos avanços científicos aplicados ao âmbito da saúde, bem como o aspecto sombrio atualmente adotado à morte, que resulta na dificuldade de aceitação ou até mesmo na negação da finitude da vida.

Desse modo, o primeiro capítulo dessa monografia destina-se a esclarecer os conceitos e situações associados à vida e à morte, analisando o direito à vida e à integridade física no ordenamento jurídico brasileiro, bem como discorrendo acerca dos institutos da eutanásia, distanásia e ortotanásia, assim como suas conseqüências e possibilidade de aplicação no direito brasileiro.

Tem-se, de um lado, a postura do profissional médico, que atua em prol de uma beneficência muitas vezes demasiadamente paternalista, e, de outro, a autonomia do paciente, que precisa ser salvaguardada. Diante disso, o segundo capítulo versa em torno do que consiste a autonomia, dos direitos da personalidade, diferenciando autonomia privada e autonomia da vontade, pontuando as questões decorrentes da superação desse último conceito.

Ademais, em que pese o profissional médico atue muitas vezes intervindo nos direitos da personalidade e na intimidade do paciente com a finalidade de beneficiá-lo, isso não elide a violação a autonomia do indivíduo, bem como o seu direito de escolha segundo seu projeto pessoal.

Nesse sentido, o capítulo segundo traz a possibilidade de manifestação da autonomia privada do paciente nas questões relativas ao próprio corpo, afirmando que a consagração da dignidade humana pautada na limitação da autonomia só se justifica em casos excepcionais, devendo a vontade do paciente ser respeitada, na medida em que se deve entender saúde enquanto controle do próprio corpo, sendo, portanto, o enfermo o principal interessado, haja vista que tais decisões geram repercussões exclusivamente na esfera pessoal do indivíduo.

Por conseguinte, será analisada a possibilidade de manifestação dessa autonomia diante de situações de risco de vida ainda que estas resultem no abreviamento ou renúncia à protelação.

Uma vez demonstrada a viabilidade do paciente expressar a sua vontade acerca de quais tratamentos médicos deseja se submeter, faz-se essencial esclarecer quais os requisitos de validade dessas exteriorizações de vontade, de modo que a disposição acerca do próprio corpo impescinde a existência de consentimento informado.

O consentimento livre e esclarecido configura-se, portanto, como instrumento encarregado de promover um espaço voltado à autodeterminação do indivíduo, concedendo-lhe poder de escolha, sendo um meio efetivo para a concretização da autonomia.

Restando demonstrados os direitos da personalidade, cumpre esclarecer as questões que envolvem o diploma civil de 2002 em seu artigo 15 que disciplina que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, ainda que diante de situações envolvendo risco de vida.

Desse modo, o que o conteúdo do dispositivo prevê é a consagração do princípio da autonomia privada, mediante a prevalência da vontade do paciente, que enquanto ser autônomo, dotado de autodeterminação, é capaz de legislar sobre seu próprio corpo.

Não obstante, o Código Penal Brasileiro, considerou como hipótese de excludente de tipicidade a intervenção médica ou cirúrgica realizada em desconformidade com a

manifestação de vontade do paciente, se justificada por iminente perigo de vida (art146, § 3º, I do CP).

Quando diante de casos que possam vir a abreviar a vida do paciente ou renunciar à sua proteção, torna-se vital a reflexão, quanto à existência de um espaço para o consentimento dessa recusa, prestigiando a autonomia do indivíduo.

Desse modo, ainda no capítulo segundo investiga-se a desconformidade presente nos referidos institutos, esclarecendo se o dispositivo do Código Penal termina por gerar o esvaziamento da força normativa do art.15 do Código Civil brasileiro.

Por fim, o último capítulo analisa a compatibilidade da recusa a tratamentos médicos com o ordenamento jurídico vigente e a possibilidade de responsabilização do profissional médico que, por convicções pessoais, venha a agir em desconformidade com a manifestação de vontade do paciente. Questionando a possibilidade de aplicação do uso das diretivas antecipadas da vontade, enquanto instrumento hábil a assegurar a capacidade de autodeterminação do enfermo e sua dignidade.

Além de relatar o caso emblemático das Testemunhas de Jeová, a título exemplificativo. Buscando, ao final, refletir a temática da saúde, enquanto controle do próprio corpo, que proporcionou concluir pela existência de um espaço voltado à recusa a tratamento médico no sistema jurídico brasileiro.

O presente trabalho monográfico foi realizado com base em pesquisa bibliográfica, consulta doutrinária e de legislação nacional, buscando uma reflexão crítica sobre o tema que carece de maiores discussões.

2 UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito à vida configura-se como o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, não havendo sentido se assim não fosse, pois dele decorrem os demais direitos, sendo este pré-requisito de todos os demais.

Para Luciano Santoro, a vida corresponderia ao bem mais importante do ser humano, dado que, sem ela, nada haveria, liberdade, propriedade, tampouco felicidade. Assim, entende o autor que a vida seria o início de tudo, inclusive o princípio da incidência de todos os direitos, sendo a vida humana condicionadora de todos os demais direitos.¹

Merece destacar o conceito trazido por Michael Kloepfer, que define vida enquanto "pressuposto vital para a utilização dos demais direitos" ². É, portanto, condição *sine qua non* dos demais direitos fundamentais.

Conceituar o que seria a vida levaria a uma complexa tarefa por diversos caminhos, quais sejam jurídicos, morais, religiosos, dentre outros, limitando-se a tratar de vida enquanto bem fundamental, tutelado pelo direito, percebe-se que este integra elementos materiais e espirituais, não sendo considerado tão somente o aspecto biológico, mas o físico, psíquico e o espiritual.

A complexidade de conceituação da vida perpassa pelo fato desta estar em constante processo de movimento e modificação. Em uma perspectiva biológica, a concepção e a morte, seriam respectivamente os marcos inicial e final do processo vital de um organismo vivo. Laura Scalldaferri ressalta que "não apresenta características unívocas e inquestionáveis", não representando o significado exato do que seria vida.³

José Afonso da Silva aponta que a vida, assegurada pela Constituição Federal brasileira de 1988, compreende tanto o aspecto biológico, enquanto continuidade das funções de um organismo vivo, quanto sua acepção biográfica. Afirma que "sua

¹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 27.

² KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.158

³ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 47.

riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade”, sendo o resultado da junção de elementos materiais e imateriais. ⁴

Maria Auxiliadora Minahim explica que

costuma-se afirmar que este é um direito absoluto que compreende o direito do titular à própria vida (e não sobre a própria vida), o dever do Estado de protegê-la – dever geral de abstenção dirigido a todos, *erga omnes*, inclusive contra o próprio Estado - de atos contrários ao direito que possam causar dano. ⁵

A autora destaca que o direito absoluto a que se refere se é no sentido de ser oponível a todos, inclusive contra o Estado, estando a todos vedada a prática de atos que eventualmente venha a gerar-lhe dano, e não enquanto sinônimo de prevalência perante os demais direitos no caso concreto. ⁶

O direito à vida é, portanto, o direito subjetivo do indivíduo à sua defesa, que abarca o direito de protegê-la perante outros indivíduos e até mesmo perante o Estado, que em contrapartida, deve não somente se abster de atentar contra a vida de outrem, mas de principalmente garantir sua proteção. Seria o direito legítimo de viver dignamente, livre de violações, conforme entendimento de Dirley da Cunha Junior. ⁷

A Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê no caput do seu Art.5º que

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. ⁸

Desse modo, constata-se que o direito à vida apresenta uma íntima ligação com os direitos à existência, integridade física e moral. E por direito à existência entende-se como à busca pela continuidade do processo vital, ao qual denomina-se vida.

A tutela constitucional à vida, todavia, não será suficiente se esta não for compreendida enquanto “digna de respeito e que este respeito não deriva somente

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.197-201.

⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.70.

⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 663.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. >. Acesso em: 18 maio 2016.

de uma imposição jurídica, mas advém, principalmente, por se constituir a vida humana um bem, na acepção mais comum do termo”.⁹

Ressalta José Afonso da Silva que o direito à existência consiste na tentativa de "não ter interrompido o processo vital senão pela morte". Já a integridade física se relaciona com a necessidade de manter o corpo íntegro, estando integridade moral atrelada aos valores e princípios de cada indivíduo.¹⁰

Tais direitos fundamentais decorrem da própria condição humana, o indivíduo enquanto ser humano tem direito à vida, integridade física e psíquica, liberdade, igualdade, segurança, saúde, sendo estes direitos irrenunciáveis e intransmissíveis.

Entretanto, não se pode confundir a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade com a natureza absoluta desses direitos, pois, em que pese o indivíduo não possa renunciar, nem transmitir, diante do caso concreto é possível que a prevalência de um justifique o prejuízo a outro, tratam-se, portanto, de direitos relativos.¹¹

2.1. CONCEITOS ESSENCIAIS SOBRE O INÍCIO E FIM DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO

Não compete ao Estado definir quando a vida se inicia, mas quando esta merece ser tutelada. A concepção do início da vida requer um preenchimento de conteúdo moral de cada indivíduo, cabendo ao Estado delimitar os parâmetros de proteção a esse bem jurídico.

O Código Civil Brasileiro de 2002 estabelece em seu art. 2º que a personalidade jurídica terá início com o nascimento com vida, contudo, resguardando os direitos do nascituro desde a sua concepção.¹² Desse modo, é com o nascimento com vida que

⁹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 49

¹⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 200.

¹¹ AGUIAR, Mônica. *Modelos de Autonomia e sua (In)compatibilidade com o sistema de Capacidade Civil no Ordenamento Positivo Brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuriitba: Direito civil, v.6, 2014, p.28.

¹² BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2002. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 17 maio 2016.

o indivíduo adquire direitos e deveres inerentes a sua própria condição humana, mas se questiona onde termina o direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à morte decorre do próprio direito de viver, do exercício de uma vida digna e livre.¹³ O início da vida foge ao domínio do próprio indivíduo, embora seus direitos estejam resguardados desde a concepção, é fruto da vontade alheia. Entretanto, discute-se quanto ao poder que o indivíduo teria sobre o seu encerramento.

O fim da personalidade da pessoa natural dá-se quando verificada a morte encefálica, esse foi o marco escolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro para representar o fim do processo vital e conseqüentemente a extinção dos direitos da personalidade.¹⁴

Exige-se para tanto um atestado de óbito assinado por um profissional médico para que reste comprovado o evento morte, bem como a reafirmação da ausência de atividade cerebral através de exame de encefalograma.¹⁵ A escolha da morte encefálica como marco de terminalidade, no entanto, se deu pelo fato de que até hoje não há na medicina registros de caso de reversibilidade desse quadro.

A morte encefálica estará devidamente confirmada a partir da observância da ausência de atividade cerebral (coma), de respiração espontânea (apneia), dilatação fixa da pupila (midríase), ausência de reflexos cefálicos e, por fim, confirmados através da realização do exame de encefalograma. Os dados clínicos deverão permanecer por tempo mínimo de trinta minutos a seis horas, contados a partir da instauração do estado de coma e apneia.¹⁶

O direito à vida digna consiste em um desdobramento do próprio direito à vida, lastreado no princípio geral do direito, qual seja, da dignidade da pessoa humana, que atingiu esse status por ser norteador de comportamento no ordenamento jurídico

¹³ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. BARCELLOS, Igor Awad. *O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade*. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: 2013, v.18, n.9, p. 2693. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63028227024>>. Acesso em: 04 maio 2016.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2002. Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

¹⁵ DANTAS FILHO, Venâncio Pereira *et al.* Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica. *Arq. Neuro-Psiquiatr.*, São Paulo, v. 54, n. 4, p. 705-710, Dez. 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1996000400025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 Ago. 2016.

¹⁶ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 38.

brasileiro, estando refletido em todos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

O conceito de vida digna deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo estar presente em todos os momentos, até mesmo na morte. Sendo a morte, portanto, uma verdade incontestável, o simples processo de terminalidade não pode ser visto como algo indigno, de modo que cabe ao direito preocupar-se com aquelas que não decorrem de um trajeto natural, não sendo assegurada ao indivíduo toda atenção necessária, seja esta médica ou familiar.¹⁷

Nesse sentido, o termo “morte digna” consiste no direito do indivíduo à morte natural, sem sofrimento, na medida do possível, e prolongamentos artificiais. É certo que encarar a proximidade de morrer é tarefa deveras complexa, visto que a morte não é facilmente aceita, sendo recorrente o apelo dos familiares pela manutenção da vida do paciente, ainda que este resulte em uma má qualidade de morte.¹⁸

Assim, o conceito de vida digna contrapõe quaisquer fundamentos em defesa do prolongamento artificial da vida, o sofrimento causado pelo adiamento do que seria a morte natural, viola, não somente os limites do paciente, do seu organismo e do tratamento, bem como o seu direito de viver dignamente e de morrer dignamente, além de configurar uma clara manifestação de perda da autonomia.

Mister destacar o posicionamento de Claus Roxin, para quem o Direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequado ao processo individual e irrepitível da morte.¹⁹

Desse modo, não cabe ao ordenamento jurídico o papel de tutelar a vida contra toda e qualquer situação, mas impõe ao Estado o dever de tutelá-la contra aquelas consideradas ilícitas e injustas, do contrário não haveria situações em que se admite uma clara violação a esse bem, a exemplo da legítima defesa. Fica a necessidade,

¹⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora. 2012, p.19

¹⁸ KOVÁCS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Rev. bioét. (Impr.). 2014, p. 95

¹⁹ ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim, São Paulo, ano 8, n.32, p. 10-37, 2000, p. 11.

então, da Constituição Federal estabelecer, conforme os seus preceitos fundamentais, quais hipóteses torna-se legítimo o sacrifício da vida.²⁰

Compreende-se que o indivíduo deve ter a cessação do seu processo vital de forma menos dolorosa possível, em atenção ao princípio da beneficência, deve o profissional médico buscar a maximização dos benefícios, encontrando limites do seu dever de agir no que depende o conteúdo dos direitos fundamentais.

2.1.1 Definição jurídica atual de vida e morte

Frente aos significativos avanços técnicos e científicos, passou-se a conferir um novo tratamento à morte, sendo vista como uma falha do ser humano e, especialmente, do profissional médico que, em que pese a evolução da Medicina, não é capaz de assegurar a vida em toda e qualquer hipótese. Este cenário traduziu-se em um crescente sentimento de frustração à sociedade, como se a morte representasse um insucesso do ser humano e conseqüentemente da Medicina.

A morte, então, passou a assumir um aspecto sombrio, razão pela qual o seu combate a todo custo impõe ao médico a obrigação de atuar sempre para salvar a vida de um enfermo, sendo muitas vezes praticada ainda quando a saúde do paciente se encontra irremediavelmente comprometida.

Os conceitos de vida e morte estabelecidos nas normas jurídicas que regem a matéria pressupõem um conteúdo lacunoso, preenchido pelo conhecimento médico ao tempo, sendo esta ciência responsável pela definição exata do que consiste vida e morte. Sendo, inclusive, conceitos passíveis de mudanças de acordo com as evoluções científicas.

Em apertada síntese, importante esclarecer as diferenças entre os conceitos de morte de seus critérios. O primeiro consiste na caracterização e definição da cessação do processo vital, já os critérios de morte referem-se a aspectos biológicos que indicam a cessação irreversível e definitiva da vida de um indivíduo.²¹

²⁰ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.17.

²¹ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação

Sobre o tema, Guilherme Nucci estabelece que a morte configura-se com a

cessação das funções vitais do ser humano (coração, pulmão, cérebro), de modo que ele não possa mais sobreviver por suas próprias energias, terminados os recursos médicos validados pela Medicina contemporânea experimentados por um tempo suficiente, o qual somente os médicos poderão estipular para cada caso isoladamente.²²

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece no art. 3º da Lei 9.434/97, que trata da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, ser, atualmente, a morte encefálica o critério de definição judicial de morte.

2.2 A TERMINALIDADE DA VIDA

Por terminalidade da vida entende-se o estado irrecuperável das condições de saúde do indivíduo, sendo a morte uma realidade cada vez mais próxima e inevitável.²³

Utilizando-se da classificação de paciente terminal prevista pela Sociedade Espanhola de Cuidados Paliativos (SECPAL), Luciana Dadalto elenca cinco elementos imprescindíveis para a caracterização desse estado de saúde, quais sejam: 1) A presença de enfermidade incurável e em estado avançado; 2) A ausência de respostas a tratamentos específicos; 3) A existência de sintomas multifatoriais; 4) A choque emocional sofrido pelo paciente, profissionais médicos e entes queridos em face da previsibilidade da morte e; 5) Prognóstico de vida inferior a seis meses.²⁴

Maria Elisa Villas-Bôas, por sua vez, define ser o paciente terminal aquele cujo estado da enfermidade se encontra em situação tão crítica que, "independentemente dos esforços empregados", evoluirá para o óbito. Trata-se, portanto, de um sujeito em estado iminente de morte.²⁵

(Mestrado em Bioética). Universidade do Porto. 2006, p. 21-24. Disponível em: <http://www.old.knoow.net/monografias/medicina/boa_morte_etica_fim_vida_d.htm>. Acesso em: 02 ago.2016.

²² NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2a ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002, p.367.

²³ TORREÃO, Lara de Araújo; PEREIRA, Crésio Romeu; TROSTER, Eduardo. Ethical aspects in the management of the terminally ill patient in the pediatric intensive care unit. *Rev. Hosp. Clin.*, São Paulo, v. 59, n. 1, p. 3-9, Feb. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S004187812004000100002&lng=en&nrm=is>. Acesso em: 03 ago. 2016.

²⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.29.

²⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.36-37.

De certo se trata de um estado clínico que abala não somente o emocional do paciente, mas de todos aqueles que o cercam, estando inclusos, nesse caso, os profissionais de saúde responsáveis pelo seu tratamento.

Dworkin demonstra a complexidade do que a morte representa para os indivíduos, ao passo em que existem aqueles que consideram ser a morte a melhor opção diante da possibilidade de viver permanentemente sedados ou impotentes, enquanto outros lutam a todo instante, mesmo que isso resulte em uma propagação do sofrimento, havendo, ainda, aqueles em que morte e vida não apresentam qualquer distinção.²⁶

Entretanto, esteja o enfermo terminal consciente ou não dos seus atos, não é possível que seus direitos sejam arbitrariamente limitados, pelo contrário, devem ser salvaguardados de modo a gerar o menor desconforto possível ao sujeito que já se encontra por deveras debilitado.²⁷

Diante de situações de fim da vida, deve ser facultado ao paciente afastar eventuais tratamentos médicos mediante consagração da sua autonomia, na medida em que estes não tenham o condão de lhe trazer benefícios, mas tão somente, prolongar seu sofrimento.

Desse modo, é imprescindível que a este seja oportunizada a participação nas decisões que envolvam seu tratamento médico, quando dotado de consciência, ou que sejam respeitadas eventuais manifestações de vontade prévias ao estado de inconsciência.²⁸

Logo, pode-se concluir que nesses momentos devem-se oportunizar cuidados paliativos e atenções necessárias, de modo a evitar que o momento final seja sinônimo de sofrimento.

2.2.1 Formas de abreviamento da vida: eutanásia e suas derivações

Etimologicamente o termo “eutanásia” vem da expressão grega *euthanatos*, que consiste em “boa morte”. Esclarece-se, nesse ponto, que tanto a eutanásia quanto o

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 281.

²⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.26.

²⁸ KOVÁCS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Rev. bioét. (Impr.). Brasília: v.22, n.1, 2014, p. 96.

suicídio assistido são terminantemente proibidos no Brasil, positivadas na lei na forma dos artigos 121, §1º e 122 do Código Penal Brasileiro.²⁹

A eutanásia possui um conceito específico que consiste em um ato de terceiro, não sendo, portanto, um crime exclusivamente praticado por profissionais médicos, haja vista que qualquer um pode praticá-la, desde que tomado pelo sentimento de piedade e comoção, que provoca ou antecipa a morte.³⁰

Caso não tenha esse alto valor social e moral de piedade e compaixão, será classificado como um homicídio comum, uma vez que precisa haver esse sentimento de compaixão, bem como o paciente precisa estar acometido por uma enfermidade incurável. Ademais, é necessário o consentimento do indivíduo ou da sua família, caso um desses elementos não esteja presente, a prática não será enquadrada como eutanásia.

Há dois elementos que estão envolvidos na eutanásia, a intenção e o efeito da ação. Sá e Naves discorrem ser a intenção da eutanásia ser capaz de gerar uma ação, o que compreenderia em eutanásia ativa. E, ainda, poderia se configurar numa omissão, caso em que seria exemplificado pela não realização de uma ação que teria indicação médica em uma dada circunstância, correspondendo a uma eutanásia passiva.³¹

Noutras palavras, a eutanásia ativa consiste em uma ação relacionada ao fornecimento de algum tipo de recurso que venha a ocasionar a morte, se dá através da utilização de mecanismos. A passiva, segundo entendimento majoritário da doutrina, tem natureza omissiva, mas precisa-se entender omissão enquanto suspensão de um tratamento, que seja vital e necessário ao paciente, que venha a resultar na sua morte, sendo popularmente conhecida como o “desligar dos aparelhos”.

²⁹ “Art. 121. Matar alguém:

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Art.122 – Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.”

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm> Acesso em 19 abr. 2016.

³⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual e Biodireito*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.322.

³¹ *Ibidem, loc.cit.*

Conforme entendimento de Maria Elisa Villas-Bôas, a eutanásia passiva consiste na omissão ou suspensão arbitrária de tratamentos médicos que ainda promoviam benefícios ao paciente, ou seja, que eram indicados e necessários a manutenção do seu estado de saúde ou a promoção de conforto e bem estar.³²

No entanto, necessário esclarecer e diferenciar a eutanásia do homicídio simples, que se verifica no elemento caracterizador da compaixão, a intenção do agente que pratica eutanásia não é de matar, mas de não procrastinar o sofrimento físico e moral do indivíduo acometido por uma moléstia incurável.

Na mesma medida, não se confunde, também, com o suicídio assistido, na medida em que, nesse último, a ação ou omissão que dá início ao evento morte é praticada por terceiro, e não pela própria pessoa que vem a falecer.³³

Mister salientar que, embora não haja previsão no Código Penal Brasileiro de exclusão de ilicitude para a prática de eutanásia, o art.121, §1º traz a possibilidade de redução de pena para aqueles que cometem o crime de homicídio em face de relevante valor moral. Desse modo, o sentimento altruístico que caracteriza a eutanásia pode ser compreendido enquanto relevante valor moral, tendo em vista o estado infeliz em que a pessoa se encontra.³⁴

Todavia, cumpre ressaltar o que prevê o Código de Ética Médica em seu art.41

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.³⁵

Desta maneira, conclui-se que o Código de Ética Médica preceitua a ortotanásia como sendo a medida mais adequada para pacientes que se encontrem em fase terminal,

³² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. Salvador: Revista Bioética. 2008, p.63.

³³ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora. 2012, p.21.

³⁴ PONTES, Valdemir. *Reflexiones sobre derecho latino-americano: estudos en homenaje a la profesora Flavia Piovesan*. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 11.

³⁵ BRASIL. Código de Ética Médica: Código de Processo Ético Profissional, Conselhos de Medicina, Direitos dos Pacientes. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=8822&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1931&situacao=VIGENTE&data=17-09-2009> >. Acesso em: 14 ago. 2016.

como forma de garantir o respeito à sua dignidade e autonomia, estando defesa a prática de eutanásia, ainda que este seja um instituto pautado no sentimento de benevolência.³⁶

2.2.2 A distanásia

A distanásia consiste no prolongamento do processo de morte, através da manipulação de tratamentos fúteis e desnecessários, exatamente na tentativa de combatê-la e evitar o que seria a prática de eutanásia.³⁷ Ela pode ser entendida enquanto instituto oposto a eutanásia, responsável não só pelo prolongamento artificial da vida, mas da solidão e do sofrimento de inúmeros pacientes.

Em que pese não haja proibição expressa para essa conduta, extrai-se do texto constitucional e das legislações infraconstitucionais a vedação a sua prática.³⁸

Nesse mesmo sentido, o Conselho Federal de Medicina estabelece que é defeso ao profissional médico impor ao paciente métodos terapêuticos que incapazes de proporcionar benefícios para o paciente.³⁹

As práticas de prolongamento artificial da vida são ética e moralmente rechaçadas, na medida em que visam proporcionar ao paciente a elasticidade da quantidade de vida, sem, contudo, se preocupar com a qualidade, desrespeitando a verdade incontestável que a morte representa.⁴⁰

Desse modo, Maria Júlia Kovacs explica que

se o principal objetivo da eutanásia é levar à morte para abreviar a dor e o da distanásia é impedir a morte a qualquer custo, a ortotanásia busca a morte com dignidade no momento correto, com controle da dor e sintomas físicos, psíquicos, bem como questões relativas às dimensões sociais e espirituais. Por seu caráter multidisciplinar busca oferecer apoio à família na elaboração

³⁶ KOVÁCS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Rev. bioét. (Impr.). Brasília: v.22, n.1, 2014, p. 99.

³⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.74.

³⁸ KOVÁCS, Maria Julia. *Op.Cit.*, 2014, p. 98.

³⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.805/06*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm > Acesso em: 16 ago. 2016.

⁴⁰ ASCENSÃO; Afonso de Oliveira. A terminalidade da vida. São Paulo: *Revista do TRF3 - Ano XXIV - n. 116* .Jan./Mar. 2013, p. 42.

do luto antecipatório e no pós-óbito. A ortotanásia é, portanto, atitude de profundo respeito à dignidade do paciente.⁴¹

Compreende-se, portanto, que a distanásia caracteriza-se pela prática de obstinação terapêutica, ou seja, a manipulação de medidas terapêuticas desnecessárias e insuficientes para reverter o processo de morte já instaurado.⁴²

A prática da distanásia está muito conectada ao conceito de tratamentos fúteis, que, de acordo com Maria Helena Diniz estabelece corresponde ao tratamento que

a) não consegue seu objetivo imediato ou do paciente; b) é ineficaz; c) não é capaz de oferecer uma razoável probabilidade de sobrevivência. A futilidade quantitativa invoca a probabilidade de que determinado objetivo seja alcançado, e isso só o médico pode julgar. A futilidade qualitativa analisa a natureza do objetivo médico a ser alcançado, mas o julgamento do que os caracteres desse escopo fiquem abaixo de um certo nível mínimo envolve conceitos como do benefício para o paciente e o da qualidade de vida.⁴³

Assim, é importante ressaltar que a definição de futilidade e obstinação terapêutica não se dá de forma absoluta, na medida em que é preciso considerar o paciente em questão, pois cada sujeito tem sua concepção acerca do que seria a morte e forma ideal de conduzir a sua vida.

2.2.3 Ortotanásia

A ortotanásia, em sua literalidade, corresponde a morte no tempo certo, que ocorre sem manipulações e interrupções, deixando que ela percorra seu caminho natural.

Sobre o tema, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1805/06 prevê no caput do seu art. 1º que

É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.⁴⁴

Nesse diapasão, a ortotanásia baseia-se na omissão ou suspensão de medidas fúteis ou desproporcionais para a manutenção da vida do paciente, que serão avaliados por profissionais médicos, voltando-se apenas a prestação de cuidados paliativos em

⁴¹ KOVÁCS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI. Rev. bioét. (Impr.)*, 2014, p.98.

⁴² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.354 – 355.

⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.805/06*. Distrito Federal: Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

busca de uma transição menos dolorosa possível.⁴⁵

Desse modo, somente um médico pode ser o sujeito ativo na prática de ortotanásia. É necessária a autorização da família, em uma situação de morte pré-instaurada, como se o profissional avaliasse o caso e entendesse que o paciente vem evoluindo para a morte.

Grande parte da doutrina entende que a natureza do instituto da ortotanásia consiste em uma conduta atípica, porque o processo de morte já se instaurou e o médico, na verdade, acompanha esse processo de morte, sem realizar medidas fúteis e desnecessárias que venham a prolongar o sofrimento.⁴⁶

Nesse seguimento, a ortotanásia visa promover o conforto do paciente, sem que haja intervenção no processo natural de morte, seja para prolongá-la artificialmente ou antecipá-la, permitindo que a atividade vital do sujeito se encerre quando já não há formas de contorná-la.⁴⁷

Necessário esclarecer que a ortotanásia não se confunde com a eutanásia passiva, embora haja supressão de tratamento em ambos os processos, isto porque, na ortotanásia o processo morte já se instaurou, é algo inevitável e iminente, não havendo que se falar em ortotanásia em casos nos quais exista a viabilidade de recuperação, pois sendo esta possível, será dever do médico o salvamento da vida do enfermo, em razão de seu dever de agir.⁴⁸

A ortotanásia, portanto, é a busca pelo meio-termo entre os processos de distanásia e eutanásia, nos quais a morte acontece em momento posterior ou anterior, sendo assim, considerada como a morte em seu momento certo.⁴⁹

O dever de agir do profissional médico está, portanto, submetido e conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo a este a obrigação de prestar

⁴⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 73.

⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. Salvador: Revista Bioética. 2008, p.64.

⁴⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora. 2012, p.22.

⁴⁹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora. 2012, p.132.

cuidados paliativos, e em contrapartida, veda a manipulação de procedimentos com fins de obstinação terapêutica.

A Resolução 1.805, publicada em 28/11/2006 figurou como importante instrumento para a consagração de preceitos constitucionais, tais como a vedação a submissão a tratamento desumano e degradante, sendo bases justificadoras e estruturantes da referida resolução.⁵⁰

Luciano de Freitas Santoro posiciona-se em defesa do exposto, afirmando que

A dignidade da pessoa humana impede que o médico submeta o seu paciente a tratamento desumano e degradante, razão pela qual a obstinação terapêutica, verdadeiro sinônimo para tortura, é vedada no nosso ordenamento jurídico, ainda que decorra de um sentimento nobre do médico em querer prolongar ao máximo a vida de seu paciente. Nesta hipótese, a vida até pode ser prolongada em termos quantitativos, mas nunca qualitativos.⁵¹

Torna-se legítimo que o profissional médico suspenda ou restrinja tratamentos terapêuticos insuficientes à reabilitação do estado de saúde do portador de enfermidade terminal, desde que observada a vontade deste ou de seu representante legal.⁵²

Em contrapartida, estabelece expressamente a obrigatoriedade de observância ao dever de informação, cabendo aos profissionais assegurar ao enfermo o direito de buscar a opinião de outros profissionais, bem como prestar esclarecimentos acerca de todas as possíveis dúvidas sobre o estado de saúde e os gêneros terapêuticos aplicáveis a cada situação.⁵³

⁵⁰ *Ibidem*, p. 163.

⁵¹ *Ibidem*, p. 131.

⁵² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1805 de 2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

⁵³ Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1805 de 2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

3 AUTONOMIA, DIREITOS DA PERSONALIDADE E DISPONIBILIDADE RELATIVA SOBRE O PRÓPRIO CORPO

Partindo do pressuposto de saúde enquanto controle do próprio corpo, é indubitável que este se enquadra como direito da personalidade. Desse modo, resta-se demonstrada a constitucionalidade da participação do paciente na eleição dos procedimentos aos quais será objeto, figurando como instrumento de concretização da autonomia e da dignidade desse enfermo.

3.1 A EXPRESSÃO DA AUTONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tão importante quanto o direito à vida, a autonomia da vontade ganhou no Direito brasileiro o status de princípio, tendo em vista a sua natureza fundamental. No que diz respeito à admissibilidade de recusa à tratamento médico, o princípio da autonomia ganha força e preponderância no sistema jurídico brasileiro, permitindo-se extrair que a "autonomia privada representa a liberdade das pessoas de se autodeterminar nas relações jurídicas".⁵⁴

Tom Beauchamp e James Childress⁵⁵ ao proporem a releitura dos princípios presentes no Relatório Belmont, publicado em 1978, apresentado pela Comissão Norte Americana para a Proteção da Pessoa Humana na Pesquisa Biomédica e Comportamental, concederam amplitude ao campo de atuação dos princípios da autonomia, justiça e beneficência, desenvolvendo a concepção de respeito às pessoas, acrescentando a obrigação de não fazer o mal, que posteriormente foi denominado princípio da não-maleficência.⁵⁶

Conforme a interpretação dada pelos citados autores, o princípio da beneficência estaria atrelado ao dever de evitar danos e de promover o bem, pois dele decorrem as obrigações negativas do princípio da não-maleficência, o qual está atrelado e proíbe ocasionar danos de forma muito mais coercitiva, na medida em que não se

⁵⁴ CABRAL; Enrico de Pina. A "autonomia" no Direito Privado. *Revista de Direito privado*. Ano 5. Julho-Setembro de 2004. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 97.

⁵⁵ Autores do livro *Principles of Biomedical Ethics*, que consagrou o uso dos princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça na abordagem de conflitos bioéticos, como modelo explicativo, que serviu de base para o que se denominou de "*Principlism*" (principlismo).

⁵⁶ FERRER; Alvarez. *Para fundamentar a Bioética*. São Paulo: Loyola, 2005, p.120-158.

pune alguém por não fazer o bem, mas é possível a responsabilização por fazer o mal.

O princípio da justiça está voltado ao que seria de direito de cada um, a distribuição de direitos, deveres, benefícios e até mesmo dos encargos de forma material igualitária.⁵⁷ O termo justiça, portanto, está atrelado a um tratamento justo, equitativo, conforme o que é de merecimento do indivíduo, por direito.⁵⁸

No que diz respeito ao princípio da autonomia (respeito à autonomia), os doutrinadores defenderam uma interpretação associada a dois elementos fundamentais, as pessoas autônomas e as ações autônomas.

Beuchamp e Childress explicam que a autonomia seria reflexo da união desses dois elementos, os atos intencionais de manifestação de vontade, dotados de conhecimento e compreensão, livre de influências externas emanados das pessoas com capacidade de governar seus próprios interesses, ensinando que deste princípio decorre a obrigação moral de respeitar a autonomia alheia, a necessidade de proteger os indivíduos que por alguma razão tenham sua capacidade de auto legislação reduzida e o dever de reconhecimento do sujeito moral.⁵⁹

Portanto, a autonomia concede ao indivíduo o direito de agir sobre seu corpo, embora não possa renunciar dos seus direitos nem transmiti-los, é possível que venha a dispor de um direito ou até mesmo autorizar a prática de alguma lesão, respeitando os limites existentes a esse consentimento, tendo em vista que determinados danos não se justificam ainda que tenham sido praticados com a anuência do titular, entretanto nem sempre essas ações serão relevantes para o direito.

Nenhum indivíduo pode, desse modo, consentir, em nome de sua autonomia e liberdade, a ocorrência de lesões que venham a atingir a sua própria condição humana, bem como os demais direitos que dela decorrem. Nesses casos, há uma razão plausível para que o exercício desses direitos venha a ser restringido.

Assim, a autonomia da vontade encontra limites nos princípios constitucionais, na medida em que consiste em um poder atribuído ao indivíduo não somente para a

⁵⁷ FERRER; Alvarez. *Para fundamentar a Bioética*. São Paulo: Loyola, 2005, p.120 -158.

⁵⁸ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. 3ed. São Paulo: Loyola, 2013, p.352.

⁵⁹ FERRER; Alvarez. *Op.cit.*, p.120 -158.

realização de interesses pessoais, mas, também, para a promoção de interesses sociais.⁶⁰

No que tange à definição autonomia, importante destacar o entendimento de Maria de Fátima Freire e Bruno Torquato de Oliveira Naves, para quem

o princípio da autonomia pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade para se autogovernar. Assim, de modo livre e sem influências externas, preceitua-se o respeito pela capacidade de decisão e ação do ser humano.⁶¹

Nessa senda, a concepção de autonomia vai muito além do que se propõe o direito, não estaria, portanto, correlacionada somente com requisitos objetivos, tais como critérios etários, mas principalmente com a ideia de autodeterminação do sujeito, a capacidade de tomar decisões fundamentadas em seus princípios, crenças e valores morais, sem, contudo, dispor da sua condição humana.

O respeito à autonomia exige que se faça tudo que está ao alcance para potencializar a autonomia alheia, reconhecendo que o indivíduo possui seus próprios pontos de vista, escolhas e valores morais.

Dessas obrigações decorre o dever do profissional médico de prestar todas as informações a seus pacientes, seja sobre o seu estado de saúde ou sobre os tratamentos necessários a sua manutenção ou reabilitação. Esse dever de informação está diretamente associado à compreensão, para que se tenha uma decisão autônoma.⁶²

Daniel Sarmento ressalta que parte da doutrina insurge-se contra as limitações a autonomia por parte do Estado, entendendo não ser papel deste definir como as pessoas devem orientar suas vidas, mas assegurar que os indivíduos possam agir livremente conforme suas escolhas.⁶³

É indiscutível a importância do princípio da autonomia como instituto do ordenamento jurídico brasileiro, assim como é imprescindível analisar a existência de um espaço no

⁶⁰ ROCHA, Rafael da Silva. *Autonomia privada e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Rev SJRJ, 2011, p.150.

⁶¹ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual e Biodireito*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.86.

⁶² FERRER; Alvarez. *Para fundamentar a Bioética*. São Paulo: Loyola, 2005, p.120 - 158.

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.157-158.

nosso sistema que conceda, em nome da autonomia privada, a capacidade do indivíduo legislar sobre a sua própria vida.

3.1.1 Autonomia da vontade versus autonomia privada

É necessário ressaltar que existe distinção entre as expressões *autonomia privada* e *autonomia da vontade*. A autonomia privada consiste em uma manifestação de vontade objetiva, concreta, que concede ao sujeito capacidade de se autodeterminar nas relações jurídicas, é uma concepção jurídica desse poder de vontade. Por outro lado, a autonomia da vontade está voltada a uma concepção psicológica.⁶⁴

Doutrina majoritária entende ser a autonomia privada uma espécie evoluída da autonomia da vontade, que estaria relacionada à capacidade de realizar negócios jurídicos, sejam eles patrimoniais ou não. Já a autonomia da vontade, conforme afirma Roxana Borges, consiste no uso absoluto e irrestrito da vontade, capacidade do sujeito de agir livremente, exercer sua vontade sem limitações.⁶⁵

Francisco Amaral explica que

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses.⁶⁶

Diante de casos que possam vir a abreviar a vida do paciente ou renunciar à sua proteção, torna-se vital a reflexão quanto à existência de um espaço para o consentimento dessa recusa. Assim, prestigia-se a autonomia do indivíduo e questiona-se se existe no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de responsabilizar os profissionais médicos que eventualmente, por convicções éticas e morais, venham a violar essa manifestação de vontade.

Ao recusar uma terapia medicamentosa, o paciente cria para o profissional médico o dilema entre respeitar a sua vontade e correr o risco de ser responsabilizado por

⁶⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*.3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.337-338.

⁶⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.286-287.

⁶⁶ AMARAL, Francisco. *Op. Cit.*, 2000, p.337.

omissão de socorro ou auxílio ao suicídio, ou, então, desrespeitar a manifestação de vontade e ser responsabilizado civilmente pela violação à autonomia do interessado.

Entretanto, não haveria que se falar em responsabilidade do médico que, diante do caso concreto, respeite a manifestação de vontade do paciente. Com efeito, deve ser esta uma excludente de ilicitude, afinal, não é dever do profissional de saúde impor ao indivíduo o tratamento, mas sim informá-lo quanto ao seu estado de saúde e sobre os métodos necessários à sua reabilitação ou manutenção.

3.1.2 A manifestação da autonomia privada nas questões relativas ao próprio corpo

O Código Civil de 2002, no seu art. 15, estabelece que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, ainda que em caso de risco de vida.⁶⁷

Desse modo, o conteúdo do dispositivo prevê a consagração do princípio da autonomia privada mediante a prevalência da vontade do paciente, que, enquanto ser autônomo, portanto dotado de autodeterminação, é capaz de legislar sobre seu próprio corpo.

Não compete ao Estado nem ao profissional médico obrigar o sujeito a se tratar, caso contrário seria aceitável a aplicação de institutos capazes de conduzir coercitivamente um sujeito a buscar por tratamento, o que não seria razoável. Desse modo, cabe ao paciente as consequências da sua recusa, desde que presentes os elementos da escolha livre e informada, uma vez que, conforme salienta Letícia Martel, a inobservância de um desses requisitos torna o consentimento viciado.⁶⁸

Nesse diapasão, o princípio da autonomia impõe ao profissional médico o dever de prestar esclarecimentos vinculados à compreensão como forma de favorecimento de

⁶⁷ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado. 2002. Art. 15, *Código Civil brasileiro de 2002* - Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 16 abr. 2016.

⁶⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado apresentada ao Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p.241.

decisões autônomas, pois somente com a compreensão adequada o paciente estará apto a tomar decisões voluntárias. Trata-se do dever de informação.⁶⁹

Nesse mesmo sentido, o art. 53 Código de Ética Médica veda a prática de atos por parte do médico que venham a "desrespeitar o interesse e a integridade de paciente, ao exercer a profissão em qualquer instituição na qual o mesmo esteja recolhido independentemente da própria vontade".⁷⁰

O consentimento do indivíduo não é suficiente para tornar lícito um ato genuinamente ilícito no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual a prática de determinados institutos serão passíveis de punição, ainda que em conformidade com a manifestação de vontade do indivíduo. A título exemplificativo se tem a prática da eutanásia, que em nada se assemelha a ortotanásia e a recusa a tratamentos médicos.

Por tratar-se de questões subjetivas da personalidade, a Constituição legitima a criação de um espaço para tomada de decisões pessoais como forma de exercício da autonomia corporal. Ana Carolina Brochado defende que "cabe ao direito civil respeitar e contribuir para que a pessoa tenha plenas condições de exercer tal papel emancipatório na própria vida, de maneira responsável."⁷¹ Não obstante, é preciso delimitar o exercício da autonomia sobre o próprio corpo através da alteridade, no sentimento coletivo de bem-estar e ordem pública.⁷²

O direito à saúde é tratado preponderantemente no ordenamento jurídico brasileiro enquanto direito social resultado da interpretação do texto constitucional que assegura que é direito de todos e dever do Estado garantir o acesso à saúde, mantendo seu principal enfoque no caráter prestacional desse direito. Por sua vez, a doutrina civilista preocupa-se com o direito do indivíduo de versar acerca do seu próprio corpo, por entender que se trata de questões genuinamente autorreferentes.⁷³

Ana Carolina Brochado ressalta que não há obstáculos que impeçam o direito à saúde de ser visto enquanto desdobramento do próprio direito à liberdade, propondo que a saúde seja entendida para além do que conceitua a Organização Mundial de Saúde,

⁶⁹ FERRER; Alvarez. *Para fundamentar a Bioética*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 120-158.

⁷⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Resolução nº1931 de 2009. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 25 abr.2016.

⁷¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.4.

⁷² *Ibidem*, loc. cit.

⁷³ *Ibidem*, p.5.

mas enquanto “controle do corpo a ser exercido na proporção do discernimento do titular do direito”.⁷⁴

Nesse sentido, conforme explana Diaulos, compreendendo a saúde enquanto sinônimo de controle do corpo, dela faria parte os direitos à vida e à integridade física e nessa última haveria a necessidade de gradação, na medida em que cabe ao indivíduo decidir acerca da própria relação corpórea.⁷⁵

Assim, compete a autonomia privada a relevante função de propiciar aos sujeitos a capacidade de delinear os caminhos da sua existência, conforme suas aspirações e princípios morais.⁷⁶

3.1.3 A manifestação da autonomia nas situações de risco de vida que resultam no abreviamento ou renúncia à protelação

A autonomia configura importante instrumento de limitação ao exercício da atividade do profissional médico em busca de salvar a vida a qualquer custo, impondo a necessidade de obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente. Esta concepção torna conjunta a decisão acerca dos rumos terapêuticos a serem perseguidos, contrariando o que, até recentemente, era visto como absoluto.

Incumbe à Medicina a promoção do bem estar do paciente mediante o respeito à sua vontade e dignidade. Neste sentido, desestimula-se a busca pela imortalidade refletida nas técnicas de prolongamento artificial da vida, de modo a proporcionar a diminuição do sofrimento do paciente através da manutenção da qualidade de vida e do respeito à sua autonomia.⁷⁷

Diante de pacientes em situação terminal não é incomum que o indivíduo deseje o fim do seu sofrimento, ainda que isso signifique findar a sua vida. Ocorre que, todo o clamor pela morte representa um pedido de socorro, cabendo ao profissional médico

⁷⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.5.

⁷⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.108-109.

⁷⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício. *Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p.32.

⁷⁷ KOVÁCS, Maria Júlia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. *Bioética*. Brasília: v.22, n.1, 2014, p.26.

distinguir se o que o paciente pede de fato consiste no que ele quer, conforme alerta Maria Auxiliadora Minahim.⁷⁸

"Na condição de terminalidade, por seu turno, o risco de morte é iminente e inafastável e a finalidade precípua de curar - objetivo que se tornou inalcançável nesse estágio da doença - cede lugar ao dever de assistência e cuidado".⁷⁹

Por todo o exposto, percebe-se que estes enfermos necessitam de cuidados básicos, sendo a última saída oportunizar cuidados paliativos aptos a minimizar o sofrimento, sem que isto implique em dilação do processo natural da morte.

Ana Carolina Brochado vai além, defendendo ser prerrogativa não apenas dos pacientes terminais, mas de todos os indivíduos dotados de autonomia, a liberdade de renunciar a padrões convencionais de saúde, ainda que estes venham a violar sua integridade física.⁸⁰

A referida autora afirma que

também é possível a renúncia a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, independente de a pessoa estar ou não submetida a risco de vida, pois essas situações estão adstritas apenas à decisão pessoal. A terminalidade tem transformado várias situações adstritas ao *modus operandi* médico, já que o paciente é o protagonista do tratamento e deve ter sua dignidade respeitada, mesmo que isso implique numa morte mais célere com maior qualidade de vida.⁸¹

Desse modo, a lesão à integridade que ocorre com a permissão do paciente, através de uma escolha devidamente esclarecida, apresenta-se como meio de preservar a sua saúde, na medida em que o conceito de saúde deve ser estabelecido conforme a realidade de cada indivíduo, sendo uma "construção pessoal".⁸²

3.1.4 O consentimento livre e esclarecido na relação

A recusa a tratamentos predispõe a compreensão das consequências dessa decisão. A manifestação de vontade, ainda que antecipada, torna imprescindível a existência

⁷⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.70.

⁷⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.37.

⁸⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.54 -56.

⁸¹ *Ibidem*, p.381.

⁸² *Ibidem*, p.54-56.

de uma escolha dotada de conhecimento e compreensão, livre de influências externas, emanados das pessoas com capacidade de autorregramento. O paciente deve tomar a sua decisão independente de coerção moral, física e psíquica, fraude ou indução ao erro.

Nesse sentido, Godinho explana que

No âmbito das relações médico-paciente, é fundamental reconhecer a liberdade do enfermo para decidir sobre quais intervenções lhe pareçam adequadas, segundo seu juízo e a partir da prestação das informações cabíveis sobre a natureza, os benefícios e os possíveis riscos esperados. Independentemente da magnitude do procedimento proposto, é crucial atribuir ao paciente autonomia para firmar sua própria escolha.⁸³

Exige-se a observância de requisitos de validade determinados no art. 104 do Código Civil, quais sejam, informação, discernimento e ausência de interferência externa para que o exercício da manifestação de vontade do paciente possa produzir plenos efeitos.⁸⁴

Desse modo, a mera escolha livre não configura o consentimento válido, para tanto é indispensável que a escolha do enfermo seja pautada no dever de informação do profissional de saúde.⁸⁵

Para uma maior segurança do profissional médico, a recusa a tratamento médico deverá ser documentada, descrevendo de forma detalhada a situação de saúde do paciente, assim como quais tratamentos deveriam ser ministrados e as consequências da negativa, de modo a restar comprovada que a manifestação de vontade se deu de forma lícita e esclarecida.

O Conselho Nacional de Saúde, em sua Resolução nº 196/96, seção II.15, conceitua a vulnerabilidade enquanto "estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões

⁸³ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a "capacidade para consentir": uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício. *Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p.46.

⁸⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual e Biodireito*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.88.

⁸⁵ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro: 2010, p.241. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 04 ago. 2016.

ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido".⁸⁶

Segundo Beauchamp e Childress, intervenções paternalistas só se justificariam nos casos de indivíduos que não possuem condições de decidir autonomamente, as chamadas pessoas com autonomia diminuída.⁸⁷

O direito trata esses sujeitos de autonomia reduzida enquanto vulneráveis e, conseqüentemente, credores de maior proteção quando comparados aos indivíduos capazes. O Código Civil estabelece uma distinção entre os tipos de incapacidade, dividindo em dois graus o nível de vulnerabilidade do sujeito e a limitação para a prática de atos da vida civil, quais sejam os absolutamente ou relativamente incapazes.

Os absolutamente incapazes são aqueles em que a restrição para a prática desses atos se dá de forma total, sendo mais severa a limitação da autonomia nesses casos, de modo que a consequência da ação praticada por sujeitos é nula. Já o ato realizado pelo sujeito relativamente incapaz é considerado pelo ordenamento jurídico brasileiro como anulável quando este é praticado com a ausência de um assistente capaz de suprir a incapacidade.⁸⁸

O Conselho Nacional de Saúde, por sua vez, na seção II.28 da Resolução n. 196/1996, conceitua vulnerabilidade enquanto "estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido".⁸⁹

Logo, no âmbito da relação médico-paciente não basta analisar a presença da capacidade civil, mas a capacidade do enfermo de compreender as informações acerca do seu tratamento e estado de saúde, devendo prevalecer o discernimento

⁸⁶ BRASIL. *Resolução 196/1996*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_E_NCEP2012.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2016.

⁸⁷ FERRER; Alvarez. Para fundamentar a Bioética. São Paulo: Loyola, 2005, p.120-158.

⁸⁸ REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício. *Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p.24.

⁸⁹ BRASIL. *Resolução 196/1996*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_E_NCEP2012.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2016.

que, conforme ensina André Gonçalo Dias Pereira, consiste na “capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos”.⁹⁰

Paulo Raposo afirma que, sendo o paciente um sujeito de direitos e, portanto, titular de autonomia, não pode ela ser desprezada no processo de condução do fim da vida, seja esta parcial ou total, visto que, por vezes, representa um conforto que métodos terapêuticos já não possuem o condão de proporcionar.⁹¹

Faz-se imprescindível o estudo do consentimento livre e esclarecido no que tange às relações médicas, demonstrando, conforme salienta Ana Carolina Brochado Teixeira, que incumbe ao paciente deliberar acerca do seu tratamento. O papel do profissional médico é o de interlocutor que deve prestar todas as informações necessárias e discuti-las com seu paciente para que este possa tomar suas decisões de forma mais esclarecida possível.⁹²

O consentimento livre e esclarecido configura-se, portanto, como instrumento encarregado de promover um espaço voltado à autodeterminação do indivíduo, concedendo-lhe poder de escolha, sendo um meio efetivo para a concretização da autonomia. Todavia, é de suma importância ressaltar a existência de limitações impostas pelo próprio ordenamento jurídico ao exercício desse direito.

No tocante a essa temática, a Lei 8.080/90 (Lei do SUS), em seu art. art.7º, incisos II, IV e V, também se revela como importante instrumento de proteção ao consentimento informado, resguardando a autonomia do paciente na defesa de sua integridade psicofísica, bem como seus direitos ao atendimento sem preconceitos e a informação quanto ao seu real estado de saúde.⁹³

O consentimento livre e esclarecido no que tange as questões acerca da autonomia corporal exige, acima de tudo, a presença de higidez psíquica para que se tenha uma decisão válida e apta a produzir efeitos no âmbito jurídico. Desse modo, ainda que

⁹⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. In: DIAS, Jorge Figueiredo e al (org). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, v.II. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p.212.

⁹¹ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e a autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 77-93.

⁹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.7.

⁹³ BRASIL. *Lei n.8.080 de 1990*. Institui o Sistema Único de Saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm >. Acesso em: 07 set. 2016.

haja ofensa à integridade física, esta restará justificada na promoção da tutela à saúde, entendida enquanto dimensão psíquica e social, tendo em vista a consagração do apelo consciente do enfermo.⁹⁴

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Por direitos da personalidade entendem-se os atributos da personalidade dos sujeitos, no âmbito subjetivo e intersubjetivo, que versam sobre questões jurídicas existenciais.⁹⁵

Eles se “representam como quaisquer outros direitos subjetivos, posições de liberdade, reconhecidas ao seu beneficiário.”⁹⁶ Neste sentido, a autonomia privada configura-se como importante mecanismo de concretização desses direitos que estão intimamente relacionados a cada sujeito individualmente, estando cada pessoa encarregada de definir acerca do exercício ou não dos direitos da personalidade.⁹⁷

3.2.1 Conceitos e espécies de direitos da personalidade

Direitos da personalidade consistem naqueles “que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna.”⁹⁸

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves classificam os direitos da personalidade enquanto direitos absolutos, necessários, vitalícios, intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis e impenhoráveis.⁹⁹

O termo “absoluto” não está empregado no sentido de sempre prevalecerem diante do caso concreto, mas no sentido de ser oponível à coletividade indistintamente. Ainda, são classificados como necessários por serem inerentes ao princípio da

⁹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.54.

⁹⁵ *Ibidem*, p.206 -207.

⁹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. V.1, t.3.2ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.115.

⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. Cit.*, 2010, p.208.

⁹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*, 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.64.

⁹⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

dignidade da pessoa humana e conseqüentemente vitalícios, na medida em que só se extingue com a morte do seu titular. ¹⁰⁰

Configuram-se intransmissíveis e irrenunciáveis pela impossibilidade de transmissão para outras pessoas, nem sequer *causa mortis*, visto que permanecem na esfera do seu titular independentemente da sua vontade. Ademais, são extrapatrimoniais, por não serem passíveis de avaliação econômica e são imprescritíveis, visto que a ausência de defesa não leva a prescrição, sendo vedada a sua alienação ou transmissão, porquanto, impenhoráveis. ¹⁰¹

Os referidos autores explicam ainda que “o indivíduo é dotado de personalidade quando este possui direito e deveres no ordenamento jurídico brasileiro. Já os direitos da personalidade não versam sobre o sujeito, mas sobre o objeto das relações jurídicas.” ¹⁰²

Os artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro de 2002, pioneiros em utilizar a expressão “direitos da personalidade”, estabelecem que estes compreendem o direito à vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os demais aspectos que projetam a personalidade do indivíduo no mundo. ¹⁰³

Em que pese o art. 11 do CC discipline ser os direitos da personalidade irrenunciáveis, este dispositivo deve ser interpretado à luz da Constituição, que conforme salienta Ana Carolina Brochado, assegurou aos indivíduos direito de se autodeterminar, a eles competindo decidir quanto ao seu exercício, pois “compreender os direitos de personalidade como irrenunciáveis significa, *a priori*, que o titular dos direitos de personalidade tem o dever de exercê-los, mesmo que isso contrarie o seu projeto de vida individual, a ser exercido em um estado plural”.¹⁰⁴

¹⁰⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual e Biodireito*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.64.

¹⁰¹ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁰² *Ibidem*, p.50.

¹⁰³ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.221.

Por fim, a personalidade jurídica extingue-se com a morte, e conseqüentemente todos os direitos e deveres que dela decorrem e, portanto, os direitos da personalidade, conforme estabelece o art.6º do CC/2002.¹⁰⁵

3.3 O ARTIGO 15 DO DIPLOMA CIVIL DE 2002

A autonomia corporal consiste em um desdobramento dos direitos da personalidade, surgindo no ordenamento jurídico brasileiro enquanto resultado da relação entre direito à saúde e a liberdade.¹⁰⁶

O art. 15 do Código Civil Brasileiro disciplina que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”¹⁰⁷ O que o referido dispositivo consagra é o instituto da recusa a tratamentos médicos que consiste no direito do paciente, no exercício da sua autonomia privada, em negar-se a realizar tratamentos médicos, sejam estes intervenções cirúrgicas ou mera manipulação de medicamento.

Questiona-se se esta recusa só seria admitida em casos clínicos que envolvam tratamentos paliativos, que não são hábeis a restabelecer a saúde do paciente, mas apenas reduzir o desconforto decorrente da enfermidade. Desse modo, a recusa a tratamento não se confunde com a prática de eutanásia, essa não necessariamente resultará na morte do indivíduo.

Embora o art.15 do CC não preveja expressamente quais as hipóteses de cabimento da recusa a tratamento médico, defende-se no presente trabalho monográfico que esta não se limita a tratamentos extraordinários, na medida em que não compete ao profissional médico impor ao paciente o dever de se submeter a determinado procedimento, independentemente da sua relevância. Isso porque, tratando-se de situação vinculada à esfera pessoal do paciente, deve ser a este concedido espaço de deliberação.

¹⁰⁵ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.1.

¹⁰⁷ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

Carlos Roberto Gonçalves recomenda que o paciente manifeste por escrito a sua renúncia, e caso esteja impossibilitado de fazê-la, defende que, por analogia, deverá ser aplicado o disposto no art.4º da lei n.9434/97 que versa acerca de transplantes de órgãos e de tecidos, facultando ao cônjuge ou familiar maior de idade, da linha reta ou colateral, até segundo grau, proceder à autorização. ¹⁰⁸

Entretanto, o referido autor entende que, em caso de emergência, na qual o profissional esteja obrigado atuar sem que seja possível obter previamente essa autorização, estará isento de responsabilidade, salvo se incorrer em imperícia, negligência ou imprudência. ¹⁰⁹

Analisa-se a disponibilidade relativa sobre o corpo, questionando-se, à luz do princípio da autonomia privada e do direito à vida, a viabilidade de recusa a tratamento médico e suas consequências jurídico-penais, bem como a possibilidade de responsabilização de profissionais médicos que, eventualmente, venha a violar a autonomia da vontade do paciente.

O art. 13 do Código Civil de 2002 estabelece que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. ¹¹⁰

Do referido dispositivo é possível extrair que há um espaço para a disposição do próprio corpo, entretanto o legislador atrelou esse direito à exigência médica, limitando às situações em que esta não implique em redução permanente da integridade física ou viole os bons costumes.

Essa restrição aos atos de disposição dos direitos da personalidade determina que, embora seja uma questão atrelada ao campo da intersubjetividade, não poderá gerar malefícios à sociedade, ferindo preceitos morais por ela tutelados. ¹¹¹

O Código Penal Brasileiro, por sua vez, considerou como hipótese de excludente de tipicidade a intervenção médica ou cirúrgica realizada em desconformidade com a

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v.4: responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015, p.270.

¹⁰⁹ *Ibidem, loc.cit.*

¹¹⁰ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.227 – 233.

manifestação de vontade do paciente, se justificada por iminente perigo de vida (art146, § 3º, I do CP)¹¹².

Na prática, em que pese o Código Civil admita a recusa a tratamento médicos, os profissionais médicos acabam por atuar conforme consideram razoável, por temerem uma responsabilização penal ou por razões de ordem ética e moral, na medida em que o Código Penal excepciona a sua conduta.

Ademais, o vigente Código de Ética Médica, em seu art.31, proíbe a realização de atos médicos que venham a “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em casos de iminente risco de morte”, de modo que havendo a situação de risco de vida, estaria o profissional autorizado a proceder o tratamento ainda que sem a anuência do paciente. ¹¹³

Dessa forma, tratar de recusa a tratamentos médicos é, também, se questionar quanto ao esvaziamento de conteúdo do Código Civil pelo Código Penal, o que traz para o direito desequilíbrio e insegurança jurídica.

Com a adoção do Estado Democrático de Direito, o Brasil chancelou a crescente concepção personalista, através de dois pilares estruturais: o pluralismo e a dignidade da pessoa humana. Este cenário assegurou a todos os indivíduos o direito à intimidade, de viver pautado em seus próprios valores, impedindo que o Estado ou a maioria criem um modelo geral de saúde.¹¹⁴

Nesse sentido, Amaral e Pona defendem que é plenamente possível a eleição de tratamentos médicos por parte do seu titular, na medida em que não há normas

¹¹² Art.146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

§3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I- a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 9 jun.2016.

¹¹³ BRASIL. Código de Ética Médica: Código de Processo Ético Profissional, Conselhos de Medicina, Direitos dos Pacientes. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=8822&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1931&situacao=VIGENTE&data=17-09-2009> >. Acesso em: 14 ago. 2016.

¹¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.1.

positivadas que impeçam tal conduta. Para estes, seria contraditório impedir a deliberação do paciente, na medida em que a Constituição Federal brasileira consagra o “princípio da autodeterminação moral”.¹¹⁵

Expondo que

a Constituição da República, no art. 5º, IV, VI e VIII assegura o denominado princípio da autodeterminação moral, garantidor da liberdade dos indivíduos para pensar e orientar sua conduta da forma que lhes pareça apropriada, baseada em qualquer que seja a crença ou a convicção. [...] A despeito da ausência de expressa previsão constitucional garantidora do direito de se comportar consoante as convicções pessoais de cada um, seria contraditório que o Estado assegurasse a liberdade de crença e tolhesse, posteriormente, o direito de pautarem-se os indivíduos segundo suas crenças e convicções. Portanto, as convicções de cada indivíduo devem ser levadas em consideração quando da análise da possibilidade do indivíduo escolher entre a vida em condições que não considera plausíveis e a morte, serena a apaziguar sua dor, tendo em vista o que lhe é constitucionalmente garantido.¹¹⁶

Contudo, em diversas situações a ciência médica, bem como o Estado adota posições paternalistas, desprezando a autonomia do paciente, intervindo na autonomia privada a fim de proteger o indivíduo contra si mesmo. É nesse contexto que a autonomia privada precisa ser tutelada pelo direito, “facultando a cada um a escolha sobre a forma de viver a própria vida”.¹¹⁷

Logo, tornou-se vital a reflexão acerca da existência de um espaço para o consentimento da recusa a tratamento, tutelada pela Constituição, prestigiando a autonomia do indivíduo e o seu direito à inviolabilidade.

Assim, em que pese o discutido diploma do Código Civil tenha por finalidade a consagração da recusa a tratamentos médicos, essa necessita de uma regulamentação mais atuante, que vise promover maior proteção à autodeterminação do indivíduo diante de situações conflituosas no caso concreto.

3.4 A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E INTERFACES COM O DIREITO PENAL: O CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL

¹¹⁵AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Matos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa (coords). *XXII Encontro Nacional do CONPEDI*. Curitiba: UNICURITIBA, 2013, p.179-207.

¹¹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.2-3.

O art.146 do Código Penal trata do crime de constrangimento, que tem por finalidade tutelar a liberdade pessoal, seja esta física ou psíquica. Ensina Rogério Greco que a prática do constrangimento fere princípios constitucionais, tornando típica a conduta daquele que mediante violência ou grave ameaça, ou utilizando outros meios que venha a retirar a capacidade de resistência, obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo sem que seja em virtude de lei. ¹¹⁸

O referido dispositivo excepciona a prática de constrangimento decorrente de intervenção médica ou cirúrgica, realizada a revelia do paciente ou de seu representante legal, desde que, perante situações que envolvam risco de vida. Para o Greco, o parágrafo 3º do artigo 146 do CP traz situações que resultariam na atipicidade do fato.¹¹⁹

Em posição contrária, Aníbal Bruno diverge dessa posição, entendendo que o parágrafo terceiro não apresenta contrariedade ao art.146, trazendo duas situações em que haveria exclusão da ilicitude da prática de constrangimento. Não se trataria, portanto, de uma figura típica em face da circunstância de risco de vida que justificaria a conduta. ¹²⁰

Situação como essa poderia ser facilmente evitada pelo legislador brasileiro, assumindo, ou não, a possibilidade de recusa a tratamento médico, caso fosse tratada expressamente pelo Direito Brasileiro. Atualmente, tem-se uma situação em que o indivíduo não terá direito, na prática, a uma indenização em virtude da violação a essa manifestação de recusa a tratamento médico.

Desse modo, questiona-se se haveria necessidade de existir um dispositivo no CC que garanta a possibilidade de recusa haja vista existir no Código Penal oportunidade de se obter perdão judicial ao médico que viole essa manifestação de vontade do paciente.

O art. 146, §3º do Código Penal brasileiro traz uma exceção ao constrangimento ilegal, porque se o paciente estiver em iminente constrangimento de vida, o médico estaria

¹¹⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 9 jun.2016.

¹¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial Volume II*. 11 ed. Editora Impetus, 2016, p.492.

¹²⁰ *Ibidem, loc. cit.*

autorizado a atuar ainda que contra a vontade desse paciente.

Diferente disposição traz o CC ao tratar que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com o risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.¹²¹

A referida disposição reflete mais propriamente o pensamento atual da sociedade brasileira, sendo, inclusive, uma visão mais atualizada em face de sua promulgação, datado em 10 de janeiro de 2002, ao passo em que o CP traz visão de 1940, que, no artigo em questão não consta qualquer emenda no texto.

Percebe-se que o CC traz o entendimento pela admissibilidade e reconhecimento da recusa a tratamento médico, sendo forma de privilegiar a autonomia e, ainda, o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana.

O vigente trata de uma forma mais simplificada da recusa a tratamentos médicos, trazendo em seu art. 146, §3º, apenas que não compreende como constrangimento ilegal a “intervenção médica ou cirúrgica, sem consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.¹²²

Pela leitura do dispositivo penal, percebe-se se tem uma possível permissão para que o profissional médico venha a atuar, ainda que isento de autorização ou em contrariedade da manifestação de vontade do paciente, sendo clara ofensa a autonomia, esvaziando o conteúdo do CC, haja vista ser mais temida uma eventual responsabilização criminal do que civil.

Nesse sentido, entendem Minahim e Portugal, ao expor que ainda que a recusa de tratamento encontre amparo legal no tratamento da autonomia do diploma civil, conforme traz o art. 15 CC, este pode vir a encontrar entraves no CP, pois, pela interpretação literal do art. 146 do código repressor a “autorização expressa, livre e consciente de um paciente capaz à prática de um ato médico que venha a lhe causar lesão ou morte não terá o efeito jurídico de exclusão legal da tipicidade”.¹²³

¹²¹ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em:18 out. 2016.

¹²² *Ibidem, loc. cit.*

¹²³ MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela Carvalho. *Testamento Vital: os limites e consequências jurídico-penais do exercício da autonomia em face das diretivas antecipadas de vontade*. BRASIL/MADRID: CONPEDI, 2015, p. 18.

Necessário destacar que o projeto de reforma do CP, (projeto de lei nº 236 de 2012)¹²⁴ prevê a figura do constrangimento ilegal no art. 150, entendendo pela existência de crime quando ocorre a intervenção médica ou cirúrgica, no caso do paciente capaz e maior de idade que puder manifestar sua vontade de não se submeter ao tratamento.

Constrangimento ilegal

Art. 150. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Aumento de pena

§1º A pena é aumentada de um terço até dois terços, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, em associação ou organização criminosa, ou há emprego de armas.

§2º Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§3º Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, exceto se, maior de idade e capaz, o paciente puder manifestar sua vontade de não se submeter ao tratamento; ou

II – a coação exercida para impedir suicídio.

Desse modo, é possível notar que o Projeto de Reforma do Código Penal compreende os novos avanços da sociedade e, também da Medicina, que passa a entender a saúde como controle do próprio corpo, afastando o antigo paternalismo médico, que deixava o paciente como objeto do procedimento e não sujeito de uma relação.

Entende-se a referida reforma como um excelente modo de compatibilizar os diplomas civil e penal, coadunando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana e autonomia.

Nesse sentido, torna-se cristalina a visão humanizada que traz o Projeto de Reforma do CP, ao passo que traz a caracterização do crime de constrangimento ilegal para o médico que descumpra a decisão do paciente que se recusa a submissão de métodos terapêuticos, que ao mesmo tempo propõe-se a caminhar junto aos novos valores da sociedade, bem como dos avanços da Medicina.

¹²⁴ BRASIL. *Projeto de Lei N. 236, de 2012 (do Senado Federal)*. Reforma do código penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

4 A CONFORMAÇÃO ADEQUADA DO DIREITO DE RECUSA À TRATAMENTO MÉDICO E A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Busca-se o equilíbrio entre a autonomia da vontade do paciente e a tutela merecida a sua vida, de modo que compete ao Estado disponibilizar todos os mecanismos necessários a essa tutela, mas não de forçar o indivíduo a se submeter a estes. O que se pode inicialmente concluir é que não existem direitos absolutos, todos os direitos podem ser relativizados no caso concreto.

A teoria de que a vida é absoluta ou de que a dignidade é absoluta não há nenhuma prerrogativa dentro dos direitos fundamentais que corroborem com tais evidências. O direito à vida também pressupõe um conteúdo de disponibilidade.

O exercício da autonomia representa em concreto o respeito à dignidade da pessoa humana e o reconhecimento do sujeito moral, mas este não é o único ou o principal direito fundamental presente em nosso ordenamento, a predominância de um valor moral se dará conforme a situação concreta, sendo possível restringir de forma legítima um direito para salvaguardar outro, na medida em que, a priori, não há hierarquia entre direitos e deveres.¹²⁵

Viver de forma autônoma é um direito potestativo de todos os sujeitos no sistema jurídico brasileiro, contudo, este não reconhece formalmente o direito de morrer, o que levou a parte da doutrina erroneamente entender pela inexistência desse direito.¹²⁶

Maria de Fátima Freire e Bruno Torquato de Oliveira Naves explicam que cabe ao médico um cuidado com relação a eleição dos tratamentos que serão adotados para os pacientes em situação de terminalidade, sempre considerando que ali existe uma pessoa, que possui sentimentos e capacidade de sentir dor, na medida em que, não havendo mecanismos hábeis a restabelecer a saúde do paciente, não há fundamentos para submetê-lo a tratamentos que só venham a propagar mais sofrimento.¹²⁷

Carlos Roberto Gonçalves, ao se posicionar quanto ao conteúdo previsto no art.15 do Código Civil, afirma que "a regra obriga os médicos, nos casos mais graves, a não

¹²⁵ FERRER; Alvarez. *Para fundamentar a Bioética*. São Paulo: Loyola, 2005, p.127.

¹²⁶ RIBEIRO, Diulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. *Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 22(8):1749-1754, ago, 2006, p.1750

¹²⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2009, p.89.

atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso." ¹²⁸

Percebe-se, nesse contexto, que para o referido autor, a admissibilidade de recusa diz respeito somente em casos de tratamentos graves, especialmente aqueles que possam vir a abreviar a vida do paciente ou renunciar à sua proteção, expondo-o a algum risco. Não se trataria, portanto, de uma recusa geral, não sendo possível aplicar o instituto nos casos que, por exemplo, envolvam transfusão sanguínea. A falta de clareza quanto ao conteúdo do dispositivo do Código Civil já foi objeto de crítica anteriormente.

A possibilidade de recusa a tratamentos médicos seria então, para alguns doutrinadores, uma prerrogativa dos pacientes terminais, aqueles em que a deterioração do organismo atinge um estado incontornável, não havendo possibilidades de reabilitação da sua saúde, sendo o processo de morte instaurado ou previsível.¹²⁹

Deve-se fazer a releitura desse dispositivo à luz dos princípios constitucionais, de modo que, "ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos." ¹³⁰

Temendo a cessação dos cuidados, muitos são os pacientes que suplicam pelo prolongamento artificial da vida, mas é imprescindível compreender que a existência de limites para a manipulação de tratamentos médicos não implica na limitação dos cuidados. Esses envolvem sentimentos de empatia e solidariedade e não a aplicação de medidas desnecessárias, que em nada contribuem para a melhora da existência terminal, sem a devida observância dos possíveis prejuízos que serão causados.

¹²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p.269.

¹²⁹ GUTIERRE, Pilar L. *Á Beira do leito: O que é o paciente terminal?*. Revista Ass. Med Brasil. 2001; 47(2): 85-109.

¹³⁰ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, 22(8):1749-1754, ago. 2006, p.1750.

É notório que o paternalismo se torna cômodo para os seres humanos, na medida em que delegam a alguém (Estado, profissionais de saúde, familiares dentre outros) a responsabilidade por decisões acerca da sua própria existência.¹³¹

Todavia, posições autoritárias e paternalistas não apresentarão soluções para a morte, mas a privação do direito de agir das pessoas autônomas. A super proteção dos familiares e dos profissionais médicos, bem como do Estado desafia a viabilidade de viver com qualidade a própria morte.

A dignidade da pessoa humana não se concretiza com a busca irresponsável e desenfreada pela vida, muitas vezes encontra sua razão no direito a viver um processo natural de morte, não como processo contrário, mas sim enquanto complemento desta. A morte não é um processo antagônico a vida, mas a sua finitude, o fechamento, a complementação do seu ciclo.

Tagore estabelece que

Morrer pertence à vida, assim como o nascer. Para andar, primeiro levantamos o pé e depois o baixamos ao chão [...] Algum dia saberemos que a morte não pode roubar nada do que nossa alma tiver conquistado, porque suas conquistas se identificam com a própria vida.¹³²

Ana Carolina Brochado Teixeira, por sua vez, defende que

em situações afetas à sua intimidade e privacidade, apenas a própria pessoa tem legitimidade para decidir como tratar a sua saúde, após estar devidamente informada – de forma preventiva – sobre qual tratamento deve se submeter, bem como quais as conseqüências de cada uma das suas escolhas em sua integridade física.¹³³

Entre os cuidados a serem ministrados aos pacientes, destaca-se a necessidade de permitir o exercício de decisões acerca da vida e da morte. Maria Elisa Villas-Bôas explica que a limitação dos tratamentos médicos não é tipificada como crime, na medida em que em nada beneficia o interessado, a eleição de determinado método é escolha do profissional médico, cabendo a este apenas o dever de informação ao enfermo e sua família.¹³⁴ O afastamento das pessoas do seu processo de morrer só se justifica se for essa a vontade expressa do paciente.

¹³¹ REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício. *Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p.24.

¹³² KUNG, Hans. *Religiões do mundo: em busca dos pontos comuns*. Campinas: Verus Editora, 2004.

¹³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.3.

¹³⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. Salvador: Revista Bioética. 2008, p.80.

No mesmo sentido o art.47 do Código de Ética Médica veda a conduta do profissional médico que “exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou o seu bem-estar”.¹³⁵

Claus Roxin ressalta que não há uma obrigação jurídica de prolongar a vida a qualquer custo, não há um dever de utilizar todas as medidas de prolongamento da vida existentes, só pelo simples fato de serem tecnicamente possíveis.¹³⁶

Segundo o referido doutrinador, a violação da manifestação de vontade do paciente no que tange a recusa a tratamentos configura não somente a prática de constrangimento ilegal, mas abuso de poder e, eventualmente, lesão corporal. Nesse sentido afirma que

se o paciente recusa a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixá-lo morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento.

Conclui-se, então, que não há fundamentos no ordenamento jurídico brasileiro que justifique a tipicidade da conduta do profissional, que agindo de boa-fé e conforme os protocolos médicos, bem como o consentimento do enfermo e sua família, omitir ou suspender a manipulação de tratamentos fúteis e desproporcionais, que não gere nenhum benefício ao paciente, sendo uma medida meramente protelatória, ainda que esta venha a promover o resultado morte em virtude da enfermidade.

Nesse diapasão, deve o médico que eventualmente, por convicções pessoais ou movidos pelo sentimento de compaixão, desrespeite a manifestação de vontade do paciente, responder por delito privilegiado.¹³⁷

4.1 REFLEXÕES SOBRE O DEVER DO MÉDICO FRENTE AO PACIENTE EM ESTADO GRAVE

¹³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

¹³⁶ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 2000 out./dez.;v.8(32): 9-38.

¹³⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. Salvador: *Revista Bioética*, 2008, p.80.

Em constante luta pela vida, é corriqueira a prática entre os profissionais médicos de disponibilização de tratamentos insensatos, preocupados em combater a doença, sem, contudo, considerar o ser que está sendo tratado. Cabe ao profissional refletir que o seu papel consiste, acima de tudo, não apenas tratar a moléstia, mas buscar o bem estar global do paciente terminal.

4.1.1 Quadros clínicos e estados que impõem uma atuação rápida do profissional médico

O surgimento de novas tecnologias e métodos aplicáveis aos tratamentos de saúde viabilizou a melhora e inclusive a erradicação de diversas doenças, o que contribuiu para o aumento da expectativa de vida e da qualidade de tratamentos médicos ofertados, mas também concederam um maior espaço para o uso desses avanços com o fito único de prolongar a vida do paciente, sem, contudo, se preocupar com a garantia de qualidade.

Hodiernamente, é notória a prática de excessos que vêm sendo cometidos no que tange ao final da vida. A prática conhecida como obstinação terapêutica – uso de métodos terapêuticos destinados ao prolongamento artificial da vida – é um reflexo dos avanços científicos aplicados ao âmbito da saúde, bem como o aspecto sombrio atualmente adotado à morte, que resulta na dificuldade de aceitação ou até mesmo na negação da finitude da vida.¹³⁸

A variedade de tratamentos a serem ministrados e a possibilidade de procrastinar o momento da morte, por vezes, parece ter sido considerada pelos profissionais de saúde enquanto dever decorrente do próprio exercício da função, ainda que estes venham a prolongar apenas o sofrimento do paciente e não sua vida, que já se encontra em fase terminal.¹³⁹

Existem dois caminhos a serem seguidos, nos casos de pacientes terminais, o primeiro no sentido de oferecer ou manter tratamentos destinados a obstinação terapêutica e o segundo no sentido de delimitar o tratamento, não ofertando ou

¹³⁸ MOLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.23.

¹³⁹ *Ibidem*, p.40.

interrompendo tratamentos extraordinários, limitando-se a prestação de métodos paliativos.¹⁴⁰

É imprescindível entender que não se deve buscar manter a vida a todo custo, visto que mais importante que viver, é viver dignamente. Maria Elisa Villas Bôas chama atenção para a essencialidade em estabelecer quais recursos configuram-se como obrigatórios, opcionais, proporcionais ou desproporcionais.¹⁴¹

As medidas proporcionais caracterizam-se enquanto o uso de modo sistêmico e obrigatório de métodos terapêuticos, reputados benéficos ao paciente. Consistem em intervenções, lesões à integridade que se justificam em virtude dos resultados pretendidos.¹⁴²

As medidas desproporcionais são aquelas facultativas, assim denominadas tendo em vista que as intervenções médicas não justificam os benefícios pretendidos, razão pela qual deve-se verificar a disponibilidade do paciente e da sua família em enfrentar os riscos.¹⁴³

Desse modo, considera-se a via da limitação terapêutica a mais adequada para os casos em que o objetivo é conceder ao paciente um final de vida isento de sofrimento, haja vista que, em se tratando de pacientes em estado terminal, a eleição de drogas e procedimentos fúteis visam, tão somente, a propagação da dor e do sofrimento do moribundo.¹⁴⁴ O ideal da ortotanásia encontra guarida na limitação da prática terapêutica.

Não obstante, se determinado tratamento, ainda que caracterizado enquanto medida extraordinária, tiver o condão de proporcionar conforto e bem estar ao paciente terminal, este deverá ser utilizado, ainda que como método paliativo.

Ocorre que, diversas são as razões que levam ao profissional médico a prática de obstinação terapêutica, a fim de prolongar ao máximo a vida do paciente em estado de terminalidade, isso porque se envolvem emocionalmente tanto com o paciente,

¹⁴⁰ MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.23.

¹⁴¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos polêmicos da disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.45.

¹⁴² CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 26.

¹⁴³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. Cit.*, 2005, p.45.

¹⁴⁴ MOLLER, Letícia Ludwig. *Op. Cit.*, 2012, p.25-31.

quanto com sua família, ou por entenderem que a limitação do tratamento consistiria em uma desistência, acreditando ser seu papel evitar a morte a qualquer custo.¹⁴⁵

Para Letícia Ludwig, o não oferecimento de tratamentos insuficientes para a melhora do quadro de saúde ou do restabelecimento e a interrupção de tratamentos desnecessários em curso, não apresentaria distinção em termos éticos, na medida em que a intenção do profissional de saúde, em ambos os casos, é evitar o prolongamento artificial da vida.¹⁴⁶

Além dos pacientes terminais, existem os pacientes em estado vegetativo permanente que se diferem dos primeiros, na medida em que estes podem sobreviver por longos períodos desde que recebendo suportes vitais (hidratação e nutrição).¹⁴⁷ Mantêm-se um paciente artificialmente vivo mesmo assegurado da impossibilidade de modificação do estado de saúde.

A decisão que envolve os tratamentos aplicáveis aos pacientes em estado vegetativo permanente, bem como os em estado terminal, envolve os princípios éticos profissionais, o desejo da família, assim como o que seria a vontade do próprio paciente, se este estivesse em condições de manifestá-la, além da imprescindível observância dos conhecimentos técnicos, acerca dos tratamentos compatíveis com a condição do enfermo.

Em se tratando de paciente inconsciente, com prognóstico seguro de irreversibilidade, incumbirá à equipe médica, ao responsável legal e aos familiares, de forma conjunta, a decisão acerca da retirada ou preservação dos suportes vitais, quais sejam, os aparelhos de hidratação e nutrição.¹⁴⁸

Não cabe aqui, visões paternalistas ou a ideia de que o paciente sempre deve ser protegido das “informações ruins” que lhe digam respeito, pois a autonomia pressupõe que ele participe desse processo e que, tendo integridade psíquica assuma o comando do próprio tratamento médico. Geralmente, as decisões sobre o tratamento médico são viabilizadas mediante o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, instrumento hábil para autorizar ou não uma intervenção no âmbito da saúde. Mas esta é apenas uma das formas já aceitas para concretizar, externamente, as decisões estritamente pessoais.¹⁴⁹

¹⁴⁵ MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.35.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.37-38.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.39.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.38.

¹⁴⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e Autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel

Diante dessa forte tendência à prática de obstinação terapêutica, surgiu o debate acerca do que seria um tratamento fútil para a literatura médica. A caracterização de um procedimento enquanto desproporcional contribui para a eleição deste no sentido de ofertar, manter ou interromper aquele considerado incapaz de restabelecer a qualidade de vida do paciente.¹⁵⁰

Para a definição de futilidade é imprescindível considerar os resultados dos exames médicos, avaliando o estado clínico do enfermo, haja vista que cada organismo apresenta uma resposta, bem como os efeitos obtidos através da aplicação de determinados tratamentos em casos semelhantes.¹⁵¹

Questiona-se acerca de quais os limites éticos devem ser impostos ao tratamento de pacientes em estado terminal, bem como em quais critérios e princípios devem se pautar a decisão dos rumos terapêuticos a serem adotados no fim da vida.

Assim,

se faz necessário repensar os objetivos a serem perseguidos pela medicina e em que consiste o dever do médico, especialmente frente ao fim da vida, de modo a fixar-se limites à atuação arbitrária do profissional e a estabelecer-se o dever que permanece em todos os casos: o dever de cuidado.¹⁵²

4.1.2 O dever do médico e o Código de Ética Médica

As normas morais de conduta médica, das quais decorrem os deveres de beneficência e da não-maleficência, estão refletidas no juramento hipocrático e sob a forma de Códigos de ética médica, buscando definir parâmetros morais do agir médico, bem como estabelecendo sanções aplicáveis a eventuais ocorrências de infrações.¹⁵³

Ambos os princípios revelam intenções laudáveis dos profissionais médicos, que buscam o bem estar do paciente e, em não sendo possível beneficiar, evitam, ao

Aisengart Menezes; BARBOZA, Heloisa Helena (coords.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. 1ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.63.

¹⁵⁰ MOLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.41-42.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.40.

¹⁵² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵³ *Ibidem*, p.47.

menos, causar prejuízos.¹⁵⁴ Tais princípios são extraídos da bioética como norteadores da relação médico-paciente.

O princípio da beneficência impõe ao profissional de saúde o dever de maximizar os benefícios, reduzindo, em contrapartida, ao máximo a infelicidade e os riscos, enquanto que o princípio da não-maleficência determina ser também obrigação desses profissionais a objeção de causar prejuízos ao paciente.¹⁵⁵

Entretanto, verifica-se que o discurso lastreado no princípio da beneficência pode abrigar, imprudentemente, a prática de atitudes arbitrárias por parte dos profissionais médicos, o chamado paternalismo. Por este compreende-se a relação médico-paciente, na qual não é facultado ao indivíduo o direito de participar da eleição da sua própria terapia, sendo esta definida tão somente pela equipe médica, que decide os rumos do tratamento em busca do bem estar do paciente, sem ao menos conhecer qual seria a concepção de bem para este.¹⁵⁶

Tem-se, de um lado, a postura do profissional médico, que atua em prol de uma beneficência muitas vezes demasiadamente paternalista e, de outro, a autonomia do paciente, que precisa ser salvaguardada.

Iluminado por esses princípios, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução n.1.805, em novembro de 2006, que em seu art.1º dispôs que é “permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

Já o art. 2º preceitua que ao enfermo deve ser facultado o direito “a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”.¹⁵⁷

¹⁵⁴ MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.48.

¹⁵⁵ FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. In: *Revista eletrônica de direito civil*. A.2. n.4. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁵⁶ MOLLER, Letícia Ludwig. *Op. Cit.*, 2012, p.48-49.

¹⁵⁷ BRASIL. *Parecer nº 39 de 2011*. Conselho de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2011/39_2011.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

Como observa Mayana Sales Moreira, pela leitura do Juramento de Hipócrates, competia ao profissional médico o dever de buscar a cura do paciente, que por sua vez, tinha como papel concordar e colaborar com a realização dos tratamentos, sem que fosse possível influir acerca da eleição dos métodos aplicáveis a seu prognóstico. Traduz-se, portanto, uma relação paternalista e absoluta, concebida a partir de uma ciência destinada a produzir respostas diretas e objetivas para os problemas de saúde dos seus pacientes.¹⁵⁸

Costuma-se distinguir paternalismo forte ou radical e paternalismo fraco. O paternalismo forte caracteriza-se pelo exercício sobre pacientes com autonomia diminuída, de alguma forma comprometida, como é o caso dos incapazes. Inclui-se, aqui, todos os casos em que o paciente se encontra impedido de deliberar de modo racional.¹⁵⁹

Já o paternalismo fraco consiste naquele exercido sobre indivíduos em pleno gozo de suas faculdades mentais, autônomos e dotados de capacidade de autodeterminação.¹⁶⁰

Em que pese o profissional médico atue intervindo nos direitos da personalidade e na intimidade do paciente com a finalidade de beneficiá-lo, isso não elide a violação a autonomia deste, seu direito de escolha segundo seu projeto pessoal. A consagração da dignidade pautada na limitação da autonomia se justifica em casos excepcionais, devendo assim ser utilizada.¹⁶¹

Trata-se de uma prática que concede amplo espaço para a prática de abusos, devendo ser rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que desconsidera a autonomia do paciente, ferindo a sua vontade, liberdade e saúde física e psíquica.

O ato do profissional médico de prolongar artificialmente a vida do paciente através do uso de medidas fúteis e desnecessárias consiste em uma atitude decorrente do

¹⁵⁸ MOREIRA, Mayana Sales. *Testamento Vital: uma análise da extensão da eficácia às situações diversas da terminalidade da vida*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 27.

¹⁵⁹ MOLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.49.

¹⁶⁰ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁶¹ REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício. *Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p.24.

exercício do paternalismo radical, devendo a atuação do profissional médico, portanto, estar pautada no respeito a autonomia do paciente, tendo em vista que este impõe limites em ações desmedidamente paternalistas.¹⁶²

Nesse diapasão, o princípio da beneficência levou a questionar-se no que consistiria o bem e quais os limites da obrigação médica da beneficência. Engelhardt vem dizer, então, que o princípio da beneficência deve ser interpretado pelos profissionais médicos como o dever de fazer o bem ao paciente, mas desde que respeitando o pluralismo de valores e crenças, “faça ao outros os bens deles”.¹⁶³

Todavia, o profissional médico não está adstrito a vontade do paciente, de modo que este não é obrigado a agir em desconformidade com seus preceitos morais, não estando, em contrapartida, autorizado a violar a autonomia do enfermo, deliberando acerca dos métodos a serem adotados apenas com base em sua posição particular.¹⁶⁴

Desse modo, conclui-se que não pode ser simples a escolha de qual princípio será consagrado diante de conflitos decorrentes da relação médico-paciente, esta deverá ser feita casuisticamente, considerando a realidade de cada indivíduo.

Nesse contexto, a Declaração de Direitos da Pessoa Moribunda estabelece ser dever do profissional de saúde aceitar a morte, evitando o uso de procedimentos que venham a causar mais dor e desconforto ao moribundo.

Incumbe ao médico a obrigação de conceder ao paciente a condição de partícipe do processo de tratamento, devendo informá-lo do seu diagnóstico, das possibilidades de métodos terapêuticos, bem como os riscos e benefícios por estes viabilizados.

O respeito à autonomia perpassa pelo múnus do profissional de saúde de “revelar informações, verificar e assegurar esclarecimentos e voluntariedade, e encorajar a tomada de decisão adequada”.¹⁶⁵

Deve-se, também, atentar à proporcionalidade dos tratamentos, na medida em que, os benefícios predispostos precisam justificar as violações causadas pela intervenção,

¹⁶² MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.54.

¹⁶³ ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. 2 ed. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, p.518.

¹⁶⁴ MOLLER, Letícia Ludwig. *Op. Cit.*, 2012, p.54.

¹⁶⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. 3ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 143-145.

não havendo alternativa menos dolorosa.¹⁶⁶ Ademais, independente da situação de saúde, impõe-se aos profissionais o dever de cuidar.

4.2 A POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE POR MEIO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Surgiram nos Estados Unidos em 1969, no documento chamado de Testamento Vital, representando uma significativa mudança da relação médico e paciente, na medida em que concederam a este último o direito de recusar a submeter-se a métodos terapêuticos destinados ao prolongamento artificial da vida diante de estado clínico irremediável.¹⁶⁷

As diretivas antecipadas da vontade constituem mecanismos capazes de assegurar a vontade do paciente, quanto a cuidados e tratamentos médicos aos quais deseja submeter-se, evitando que familiares decidam contrariamente a sua manifestação de vontade, e conseqüentemente, resguardam o profissional médico que venha a respeitar a negativa do interessado, favorecendo a comunicação entre paciente, familiares e médicos.

4.2.1 Noções básicas sobre as diretivas antecipadas de vontade e suas espécies

As Diretivas antecipadas da vontade foram trazidas para o ordenamento jurídico brasileiro através da Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e consiste na decisão advinda do paciente ou da sua família negando que este venha a ser submetido a determinados tratamentos médicos. Denomina-se Suspensão de Esforço Terapêutico (SET).¹⁶⁸

As diretivas antecipadas da vontade surgiram, então, como solução para os problemas existentes entre saúde e autonomia, como forma de limitar a atuação

¹⁶⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2009, p.89-92.

¹⁶⁷ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista bioética do Conselho Federal de Medicina*. V. 21, n. 3, 2013, p.463-476. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁶⁸ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. *Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 22(8):1749-1754, ago, 2006, p.1751.

médica perante pacientes terminais, principalmente aqueles que, em função da enfermidade apresentada, não possuíam condições de se autodeterminar.¹⁶⁹

Configuram um importante instrumento de regulação do instituto da recusa a tratamento médico, na medida em que visa proteger a autodeterminação do paciente que, em estado incapaz de manifestar sua vontade quando da eleição de tratamentos médicos aos quais será submetido, terá sua vontade respeitada, conforme o que foi previamente estabelecido por este através das DAV.¹⁷⁰

Sendo assim, visam resguardar a manifestação de vontade do indivíduo que vislumbra uma circunstância de incapacidade futura, expressando de forma válida o desejo do paciente, que deverá ser utilizado quando este não puder, ainda que transitoriamente, se autodeterminar.¹⁷¹ Desse modo, ressalta-se que as diretivas antecipadas de vontade não se limitam a questões de terminalidade.¹⁷²

Além disso, as diretivas antecipadas da vontade minimizam o campo da dúvida existente quanto aos tratamentos que devem ser eleitos, na medida em que trazem diretrizes elaboradas pelo próprio paciente acerca de quais são os procedimentos que deseja se submeter, devendo os médicos e familiares respeitar as escolhas declaradas.

Por isso, Dadalto afirma que “é preciso, assim, que o paciente arrole de forma mais específica possível quais são os procedimentos e medicamentos que recusa e/ou admite suspensão”.¹⁷³

As DAV se subdividem em duas espécies, quais sejam, o Mandato Duradouro (*Durable power attorney health care – DPAHC*) e o Testamento Vital (*Living will*). O primeiro consiste "na nomeação de pessoa para tomar decisões relativas a

¹⁶⁹ SÁNCHEZ, GONZÁLES, Miguel Ángel. Testamentos vitais e diretivas antecipadas. Tradução de Diaulas Costa Ribeiro. In: RIBEIRO, Diaulas Costa | (org.). A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p.109 – 163.

¹⁷⁰ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas Antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista bioética*. São Paulo:2013, v.21, n.3, p.464. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/articleQviewQ886>. Acesso em: 22 ago.2016.

¹⁷¹ *Idem*. *Testamento Vital*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.82.

¹⁷² *Ibidem*, p.89.

¹⁷³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas Antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista bioética*. São Paulo:2013, v.21, n.3, p.464. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/articleQviewQ886>. Acesso em: 22 ago.2016.

tratamentos médicos pelo indivíduo quando este não mais fosse capaz- incapacidade que poderia ser permanente ou temporária."¹⁷⁴

Por seu turno, o testamento vital "consistia no documento pelo qual o indivíduo manifestava a recusa de tratamentos ante um diagnóstico de terminalidade ou da comprovação de EVP", ou seja, era a prerrogativa do paciente de recusar o tratamento médico quando diante de um estado de irreversibilidade ou estado vegetativo grave, sem possibilidade de melhora.¹⁷⁵

Roxana Borges, por sua vez, entende que Testamento Vital consiste no "documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar a sua vontade".¹⁷⁶

Ambos os institutos foram legalizados no EUA através da Lei federal Patient Self Determination Act (PSDA), que consagrou a autonomia do paciente. No Brasil ainda não há a positivação legal, estando a aplicação das Diretivas Antecipadas da vontade em processo de desenvolvimento.

Em que pese o mandato duradouro e o testamento vital componham as DAV, configurando importante veículo de proteção a autonomia do enfermo, estes apresentam peculiaridades que precisam ser apontadas.

O mandato duradouro apresenta maior alcance quando comparado ao testamento vital. Isso porque não se limita a situações de fim do processo vital, devendo o paciente eleger um procurador ou mais, apto a realizar as escolhas sobre matéria de saúde pelo indivíduo quando este se encontrar permanentemente ou temporariamente incapacitado.¹⁷⁷

Embora haja distinções entre eles, a existência de um não implica na impossibilidade do outro, existindo uma harmonia entre os institutos e até mesmo uma relação de completude, na medida em que um destina-se a consagrar diretamente a vontade do paciente e o outro nomeia um terceiro responsável por representar essa vontade.

¹⁷⁴ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷⁵ *Ibidem, p.466.*

¹⁷⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.239.

¹⁷⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.88-89.

Luciana Dadalto chama atenção para a utilização da nomenclatura Testamento Vital, por se tratar de uma tradução equivocada do termo *living will*, posto que o instituto em nada se assemelha com o que entende-se juridicamente por testamento. Nesse, a produção de efeitos se dá com o evento morte, enquanto que o testamento vital em nada servirá após a morte, destina-se justamente ao paciente em vida, assegurando a sua vontade quanto aos tratamentos a que será submetido.¹⁷⁸ A referida autora defende que a expressão mais correta para o instituto seria declaração prévia de vontade do paciente terminal.

A decisão é aprioristicamente do paciente no Testamento Vital, conforme o modelo de autonomia pura, que mantém a salvo e inalterada a vontade do paciente, manifestada enquanto sujeito capaz. A aplicação do modelo de autonomia pura consiste na real concretização do respeito à autonomia, na medida em que respeita a vontade do paciente expressamente manifesta, ainda que este se encontre em circunstância que o impossibilita de ratificá-la.¹⁷⁹

Subsidiariamente existe a possibilidade de que essa decisão seja tomada pelo cônjuge ou companheiro(a), ascendentes, descendentes ou irmãos, preferencialmente as pessoas previamente indicadas ou aquelas por ele responsáveis, nas circunstâncias em que houver impedimento de exercer autonomamente sua vontade.¹⁸⁰

No modelo do julgamento substitutivo não há a manifestação de vontade do paciente quanto a administração de tratamentos, ficará a encargo da sua família a decisão, mas o substituto do paciente apenas será representante da sua vontade, devendo buscar a concretização da vontade do paciente incapaz de exercer sua autonomia.¹⁸¹

A opinião do profissional médico deverá ser levada em consideração, na medida em que o instituto das Diretivas Antecipadas da Vontade encontram consubstanciação na

¹⁷⁸ *Idem*. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. *Revista Bioética*. São Paulo: 2009, v.17, n.3, p.526. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515 >. Acesso em: 29 set. 2016.

¹⁷⁹ AGUIAR, Mônica. *Modelos de Autonomia e sua (In)compatibilidade com o sistema de Capacidade Civil no Ordenamento Positivo Brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuritiba: Direito civil, v.6, 2014, p.6-7.

¹⁸⁰ AGUIAR, Mônica. *Modelos de Autonomia e sua (In)compatibilidade com o sistema de Capacidade Civil no Ordenamento Positivo Brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuritiba: Direito civil, v.6, 2014, p.7.

¹⁸¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

ortotanásia, na qual é imprescindível a avaliação do médico quanto a necessidade e proporcionalidade das medidas a serem adotadas.

O modelo dos melhores interesses, como sugere a própria denominação, consiste na decisão do médico ou da equipe médica considerando os riscos e benefícios que o enfermo estará submetido, não sendo possível decidir sobre todo e qualquer tratamento a se recusar, a autonomia da vontade encontrará limitação no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸²

Ana Carolina Brochado salienta que “as manifestações de autonomia voltadas para o futuro são plenamente admitidas em nosso ordenamento, inclusive para governar fases da vida que estejam prejudicadas pela impossibilidade de querer e compreender”.¹⁸³

A exemplo de manifestação de vontade destinada a momento futuro tem-se a Lei 9.434/97 que permite ao sujeito em vida declarar o seu desejo de doar seus órgãos quando chegada a sua morte.

Logo, elas figuram como instrumento de antecipação da vontade do paciente e garantidor da autonomia e da dignidade do paciente, bem como norteador da atuação dos profissionais médicos, que ainda terão a prerrogativa de se valer das DAV em eventuais questionamentos acerca dos tratamentos eleitos.¹⁸⁴

Quanto aos seus requisitos formais, defende Luciana Dadalto, a necessidade de que as diretivas antecipadas da vontade sejam realizadas através de documento escrito, devendo, posteriormente ser levado a registro em cartório competente, para que então torne-se oponível a todos (*erga omnes*). Além disso, aconselha-se anexar o documento ao prontuário do enfermo, para que não haja dúvida quanto a sua existência.¹⁸⁵

Cumprido salientar que se trata de instituto revogável, podendo o sujeito posteriormente elaborar uma nova diretiva de vontade ou elaborar uma declaração revocatória de

¹⁸² *Ibidem*, p.8.

¹⁸³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.354.

¹⁸⁴ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas Antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista bioética*. São Paulo:2013, v.21, n.3, p.464. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/articleQviewQ886>. Acesso em: 22 ago.2016.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.528.

vontade, hipóteses em que restará configurada a revogação expressa. Bem como, admite-se a revogação tácita, que ocorrerá quando, em razão da evolução científica, determinado tratamento manifesto na DAV não se mostrar o mais adequado para o estado de saúde apresentado pelo paciente.¹⁸⁶

No que se refere aos procedimentos que podem ser objeto de Diretivas Antecipadas de vontade, Diaulas afiança que

o pedido instante ou a recusa a tratamentos em geral, feita por diretivas antecipadas, denomina-se Suspensão de Esforço Terapêutico (SET). Como o nome indica, trata-se de suspensão de tratamentos – incluindo nutrição, hidratação e respiração artificiais – que visam apenas adiar a morte, em vez de manter a vida. A finalidade da SET é afastar um obstáculo para que a morte, naturalmente, instale-se; é suspender a obstinação terapêutica, a distanásia, a insistência tecnológica em “vencer o fim”, como se isso fosse possível e atendesse ao melhor interesse do doente.

Na prática, o sujeito recusa-se a ser submetido a determinado tratamento, então mediante a presença de duas testemunhas o médico deverá registrar a recusa em seu prontuário médico, o que não significa por si só que esta já foi admitida, o registro da manifestação de vontade do paciente apenas indica que esta será analisada, o médico irá avaliar os benefícios e prejuízos envolvidos para posteriormente decidir se irá admiti-la ou não.

Todavia, trata-se de instituto compatível com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais presentes no ordenamento jurídico, de modo que a consequência pelo seu descumprimento implica em crime de constrangimento ilegal, tendo em vista que as DAV são lícitas e possuem íntima relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁷

Nada mais legítimo, haja vista que a Constituição faculta aos indivíduos a capacidade de se autodeterminar, enquanto sujeito livre e detentor de direitos, sendo uma decorrência lógica permitir que esses deliberem acerca dos cuidados com o seu corpo e com a sua saúde.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.470.

¹⁸⁷ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. 2013, n.4, a.2. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Dadalto-civlistica.com-a.2.n.4.2013.pdf> >. Acesso em: 26 set.2016. p.4.

4.2.2 A resolução nº 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina e o conteúdo das diretivas antecipadas de vontade: a (im)possibilidade de disposição do próprio corpo em diretivas antecipadas de vontade

A possibilidade de dispor do próprio corpo através das diretivas antecipadas de vontade foi inicialmente tratada pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução 1.995/2012, que previu o instituto das DAV e suas espécies, regulamentando sua aplicação. Posteriormente, diversos questionamentos surgiram acerca do tema e da sua aplicação no sistema jurídico brasileiro.

Em que pesem os inúmeros casos relacionados à temática, não há lei federal nem disposição constitucional no Brasil que disponha sobre a sua aplicação. Todavia, é possível encontrar parca jurisprudência tratando do assunto, haja vista que as DAV encontram guarida na Constituição Federal, na medida em que estão associadas a direitos fundamentais (direito à vida, autonomia privada, à morte digna).

A citada Resolução encontra embasamento no instituto da ortotanásia, visto que seu principal objetivo é permitir através da autonomia privada do paciente, a recusa a tratamentos extraordinários, que têm um condão apenas de prolongar artificialmente a existência do indivíduo.¹⁸⁸

Vale ressaltar que em se tratando de resolução do CFM, sendo este um órgão de classe incompetente para legislar, a referida resolução não possui status de lei, tendo força normativa perante os profissionais médicos.¹⁸⁹

Contudo, não há que se falar em inconstitucionalidade, pois conforme ressaltado acima, destina-se apenas a conceder espaço para que o paciente manifeste seu desejo no que tange a submissão a determinados métodos terapêuticos, não contendo disposições opostas ao ordenamento.¹⁹⁰

4.3 A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE À LUZ DO ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL

¹⁸⁸ DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 3ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.164.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p.109.

¹⁹⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

O art.5, inciso VI da Constituição Federal de 1988 assegura que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.¹⁹¹

Existem no Brasil, denominações religiosas que perseguem, além de outros preceitos, a vedação absoluta da prática de transfusão sanguínea. Os chamados Testemunhas de Jeová, em face da interpretação dada aos livros bíblicos, acreditam que Deus determina a abstenção do sangue, por ser este um elemento de representação da vida, um elemento sagrado.¹⁹²

Verifica-se o confronto entre o direito a liberdade religiosa e o direito à integridade física, até mesmo o direito à vida. De modo que, a prevalência absoluta do direito à liberdade religiosa levaria a uma concreta ameaça ao direito à vida, na medida em que resultaria na vedação a transfusão, em contrapartida, a preferência ao direito à vida em caráter universal, também consistiria em uma violação aos valores religiosos do indivíduo e conseqüentemente da sua autonomia.¹⁹³

Diante do quanto exposto, Manoel Jorge entende ser a técnica de ponderação de interesses a via mais adequada para solucionar o embate envolvendo o direito à liberdade religiosa e as questões de saúde atreladas a necessidade de transfusão sanguínea. Completa, ainda, que “a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa humana”.¹⁹⁴

Deve o profissional médico buscar, sempre que possível, métodos terapêuticos alternativos preservando a saúde e ao mesmo tempo a convicção religiosa do paciente. Entre as hipóteses alternativas à transfusão de sangue, temos a Hemodiluição e a recuperação intraoperatória de células, nas quais há uma

¹⁹¹ BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília,DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

¹⁹² Gênesis 9:4. “Somente não comerei carne com a carne com a sua alma, com seu sangue.”

Levítico 17:14. “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida.”

Atos 15:20. “Mas que se lhes escreva somente que se abstenham das carnes oferecidas aos ídolos, da impureza, das carnes sufocadas e do sangue.” *Bíblia Sagrada*. Livro Levítico, capítulo 17, versículo 11; Livro Colossenses, capítulo 1, versículo 20. Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículo 20. Disponível em: < www.bibliaonline.com.br/acf/lv/17 >. Acesso em: 04 set. 2016.

¹⁹³ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional*. 7ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 643.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.642 - 643.

reutilização do sangue do próprio paciente, além do uso de medicamentos capazes de estimular as funções sanguíneas.¹⁹⁵

Para que seja possível a objeção à transfusão sanguínea, os pacientes signatários dessa religião devem manifestar a sua vontade de forma expressa, oferecendo uma garantia legal ao médico e ao hospital de que ambos não sofrerão eventuais ações de responsabilidade civil em face do respeito a sua autonomia. Essa manifestação de vontade se dará mediante apresentação do chamado documento de identidade religiosa, bem como através da assinatura de formulários hospitalares de consentimento expresso.¹⁹⁶

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves acrescentam que “apresentando o mesmo suas premissas de contrariedade em não receber sangue de outrem, deve o médico científicá-lo das consequências que essa atitude pode causar à vida se respeitar sua decisão. ”¹⁹⁷

Tratando-se de paciente maior e em pleno gozo de suas faculdades mentais, a eventual submissão a transfusão de sangue à sua revelia ou de seus familiares, poderia incorrer em uma ofensa tão insuportável, a ponto de tornar a sua existência insustentavelmente indigna.¹⁹⁸

Vale ressaltar que o mesmo entendimento não se aplica aos casos em que envolva paciente menor, incapaz, na qual se deve preservar a vida, merecendo adoção de um papel paternalista por parte do estado, pela simples razão de assegurar-lhe o direito ao exercício futura de sua autonomia.¹⁹⁹

Entretanto, se o médico ou o estabelecimento hospitalar tiver o conhecimento de que o paciente em fase terminal, decorrente do tratamento isento de transfusão sanguínea, não se encontra em plena capacidade de discernir e, conseqüentemente, de exercer de forma consciente o seu direito fundamental a liberdade religiosa, nada

¹⁹⁵ BASILIO, Felipe Augusto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a recusa a tratamentos médicos com hemotransfusão por motivos de convicção religiosa. Publicado em 09/2005. Atualizado em 01/2011. Disponível em: < www.jus.com.br/artigos>. Acesso em: 4 set. 2016.

¹⁹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2009, p.101-102.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p.104.

¹⁹⁸ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional*. 7 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 642.

¹⁹⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. Cit.*, 2009, p.106.

impede que o referido procedimento seja realizado, podendo buscar, inclusive, autorização do poder judiciário.²⁰⁰

4.4 RECUSA A TRATAMENTOS EM GERAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Toda discussão acerca da (in)existência de um espaço no ordenamento jurídico brasileiro voltado a admissibilidade de recusa a tratamento médico leva ao questionamento de quem seria o protagonista da relação jurídica que envolve médico e paciente.

Ana Carolina Brochado afirma que “quando a mente governa o corpo segundo escolhas responsáveis de seu titular, este goza de saúde, pois vive de forma coerente com os ideais axiológicos que eleger para si.”²⁰¹

Desse modo, a referida autora defende a existência de um espaço para a recusa a tratamento médico ainda que em situações onde não reste configurado o risco de vida ou que venha a implicar na antecipação do evento morte, mediante a subtração de medidas consideradas extraordinárias.²⁰² No presente trabalho monográfico concorda-se com esse posicionamento.

Para Ana Carolina, a autonomia corporal encontraria limites tão somente na saúde pública, quando a prática de determinado ato implicar em violação a esfera jurídica de terceiros.²⁰³

O Código de Ética Médica, por sua vez, disciplina que não há espaço para a recusa a tratamento médico se esta não tiver respaldo na ortotanásia, ou seja, se não for precedida de opinião médica. Admite-se, portanto, a “vontade do paciente no limite da obediência aos ditames ético-profissionais”.²⁰⁴

²⁰⁰ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Op. Cit.*, 2011, p. 643.

²⁰¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.1.

²⁰² *Ibidem*, p.381.

²⁰³ *Ibidem*, p.379 -381.

²⁰⁴ AGUIAR, Mônica. *Modelos de Autonomia e sua (In)compatibilidade com o sistema de Capacidade Civil no Ordenamento Positivo Brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuriitba: Direito civil, v.6, 2014, p.218.

Embora a Resolução 1.995/2012 disponha os três modelos de autonomia (autonomia pura, substituta e dos melhores interesses), percebe-se que o modelo de autonomia pura ocupa posição privilegiada, pois o objeto principal da resolução é possibilitar ao doente escolher quais procedimentos médicos deseja ser submetido, haja vista que se trata de questões que geram repercussões na esfera pessoal do indivíduo. Sendo este, por conseguinte, o principal interessado.

Os demais modelos de autonomia devem, assim, ocupar posição subsidiária, sendo aplicado quando não for viável exercer a autonomia pura, seja porque o enfermo não em pleno estado de higidez psíquica, necessitando assim ter sua vontade representada (modelo de julgamento substituto) ou porque as disposições presentes nas DAV violam as previsões do Código de Ética Médica, devendo, nesses casos, adotar o modelo dos melhores interesses.²⁰⁵

Tornou-se imprescindível estabelecer limites a atuação excessivamente paternalistas dos profissionais médicos, com fulcro no respeito a autonomia do paciente e na necessidade de uma releitura acerca do que consiste o dever médico, principalmente frente aos casos em que a manipulação de tratamentos destina-se apenas ao controle dos sintomas.

O princípio da autonomia, embora não seja absoluto, deve ser observado pelos profissionais médicos diante da deliberação acerca dos tratamentos a serem adotados, quando o paciente em questão consista em um sujeito capaz, dotado de conhecimento e compreensão, livre de influências externas e em pleno gozo de suas faculdades mentais.

Ademais, essa manifestação de vontade deve ser precedida de um intenso diálogo entre paciente e profissional de saúde, em atenção ao seu dever acessório de informação.²⁰⁶

Letícia Ludwing salienta que, embora a complexidade de aferir, no caso concreto, a presença dos pressupostos para que se tenha um consentimento livre e esclarecido, a relação médico-paciente pautada nos princípios bioéticos, no respeito mútuo e no

²⁰⁵ AGUIAR, Mônica. *Modelos de Autonomia e sua (In)compatibilidade com o sistema de Capacidade Civil no Ordenamento Positivo Brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuriitiba: Direito civil, v.6, 2014, p.218.

²⁰⁶ MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.54.

dever de informação permite que o profissional de saúde identifique as reais razões que levaram o paciente a tomar determinada decisão, e se esta seria a mesma, caso este estivesse em pleno gozo do seu estado normal de saúde.²⁰⁷

Em que pese a CF assegure o direito à vida, trata-se de um direito e não de uma obrigação a viver, de modo que, não há a imposição ao sujeito que se submeta a tratamentos fúteis e dolorosos em uma busca desenfreada pela vida, tendo em vista que o próprio texto magno, em contrapartida, rechaça a submissão a tortura e tratamento desumano.²⁰⁸ Saúde deve ser entendida, portanto, enquanto controle do próprio corpo.²⁰⁹

A admissibilidade da recusa a tratamento médico também encontra guarida no art. 5º, II da Constituição Federal que estabelece que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. ²¹⁰

Adriano Godinho defende que

O melhor juiz sobre as decisões a tomar sobre a integridade física é o seu próprio titular, a quem compete manifestar seu querer de maneira livre, ao aceitar ou rejeitar determinadas intervenções conforme lhe pareçam ou não satisfatórias e adequadas. ²¹¹

Nesse mesmo sentido, Ana Carolina afirma que a violação à integridade física do paciente em desconformidade com a sua vontade sob o fundamento de promover-lhe o bem-estar, não será apta a conservar a sua saúde, pois ocasionará um abalo a saúde psíquica do indivíduo. ²¹²

A autonomia dispositiva do indivíduo sobre decisões que se referem ao seu corpo, ratificando o conceito de controle sobre o corpo, mesmo que isso signifique sua disposição. O fundamental para que haja tal controle é que exista intangibilidade psíquica ou sanidade mental, pois os atos a serem praticados dependem de consciência do seu significado, bem como da responsabilidade de arcar com suas consequências.²¹³

²⁰⁷ *Ibidem*, p.55.

²⁰⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.136

²⁰⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.381.

²¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: 18 set. 2016.

²¹¹ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício. *Discutindo a autonomia*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p.39.

²¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. Cit.*, 2010, p.54 – 55.

²¹³ *Ibidem*, p.65.

Atos jurídicos nesse sentido por parte dos profissionais de saúde podem configurar crime de constrangimento ilegal, cárcere privado ou lesão corporal conforme o caso concreto.²¹⁴

Compreender saúde enquanto direito de liberdade se mostra como importante forma de por fim ao distanciamento existente entre médico e paciente, bem como a coisificação deste último, que passa a ter sua vontade levada em consideração no que concerne às intervenções médicas às quais será submetido.

Desse modo, defende-se a possibilidade de recusa a tratamento médico, no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do princípio da autonomia privada e a disponibilidade relativa sobre o corpo, mesmo em casos em que há risco de vida, devendo o profissional médico estar sujeito à responsabilização jurídica em face da violação à manifestação de vontade desse paciente.

A recusa a tratamento terapêutico é direito do sujeito capaz que por convicções próximas não considera proporcional e benéfica à submissão a determinadas medidas.

²¹⁴ *Ibidem*, p.253.

6 CONCLUSÃO

Em tempos remotos, havia uma confiança irrestrita na figura do profissional médico, que era visto enquanto ente familiar dos enfermos destinados aos seus cuidados.

Com os avanços técnicos e científicos, passou-se a conferir uma relação cada vez mais distante entre médico e paciente. O desenvolvimento da ciência médica viabilizou não somente a melhora, e inclusive, a erradicação de diversas doenças, mas também contribuiu para o aumento da expectativa de vida e da qualidade de tratamentos médicos ofertados, concedendo um maior espaço para o uso desses avanços com o fito único de prolongar a vida do paciente, sem, contudo, se preocupar com a qualidade de vida ofertada.

Defende-se o direito a liberdade em questões afetas a saúde, ao passo que o maior interessado é o paciente, titular do direito, sendo este o principal legitimado a tomar decisões acerca de atos relativos a sua própria existência, salvo se este, por alguma razão, não for dotado de discernimento e saúde psíquica.

Nesse contexto, o Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 15, consagrou o instituto da recusa a tratamento médico, disciplinando que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, ainda que perante circunstância que envolva risco de vida.

Embora o referido diploma não esclareça quanto aos métodos terapêuticos que poderão ser afastados mediante a manifestação de vontade do paciente, em um sistema jurídico pautado no respeito ao princípio da dignidade humana, é possível inferir que o instituto da recusa não se limita, tão somente, a tratamentos desnecessários e extraordinários.

Deve ser respeitado, portanto, o pluralismo de crenças e valores, na medida em que o homem, enquanto sujeito de direitos, tem o poder jurídico sobre sua própria pessoa, sendo este o principal interessado na preservação da sua saúde e, conseqüentemente, o mais adequado a definir no que consiste o seu próprio bem. A adoção de condutas paternalistas só se justifica em casos excepcionais, em que o enfermo encontra-se mais fragilizado em razão da circunstância.

Nesse diapasão, é preciso fazer a releitura desse dispositivo à luz de princípios constitucionais, de modo que não compete aos profissionais médicos impor ao enfermo o dever de submeter-se a tratamentos indesejáveis, visto que se trata de situação relativa à sua esfera pessoal, devendo ser a este concedido espaço de deliberação. Ressalta-se que há um direito ao tratamento de saúde e não um dever de se tratar.

Não obstante, o art.146, §3º, I do Código Penal Brasileiro, considerou como hipóteses de excludente de tipicidade a conduta médica realizada em desconformidade com a vontade do paciente, se justificada por iminente perigo de vida.

Desse modo, restou demonstrado o esvaziamento do conteúdo civil em face do dispositivo penal, haja vista que na prática, os profissionais de saúde atuam intervindo na autonomia privada do indivíduo, ainda que isentos de autorização, na medida em que o Código Penal excepciona tal conduta, conseqüentemente, reduzindo a sua eficácia do art.15 do CC.

Situação como essa poderia ser facilmente evitada pelo legislador brasileiro, assumindo, ou não, a possibilidade de recusa a tratamento médico, caso fosse tratada expressamente pelo Direito Brasileiro. Hodiernamente, o indivíduo não terá direito, no caso concreto, a uma indenização em virtude da violação a essa manifestação de recusa a tratamento médico.

É nesse contexto que a tutela da autonomia privada apresenta-se como importante instrumento de consagração da dignidade do indivíduo, propiciando a capacidade de delinear os caminhos da sua existência, conforme suas aspirações e valores morais.

Diante da atual concepção de saúde impera compreender que o papel do profissional médico não consiste em buscar a manutenção da vida a qualquer custo, mas no dever precípua de cuidar, garantindo a preservação do bem estar do paciente e o alívio do seu sofrimento.

Mister salientar que o consentimento do paciente não é o suficiente para tornar lícito um ato genuinamente ilícito no sistema jurídico brasileiro, logo, a prática de determinados institutos ainda serão objeto de punição, mesmo com a anuência do indivíduo, a título exemplificativo tem-se a eutanásia.

Assim, a autonomia corporal deve encontrar limites na saúde pública, na medida em que as decisões do enfermo no que tange a sua esfera jurídica, não pode gerar prejuízos a terceiros. Ademais, os atos decisórios devem estar pautados na capacidade de discernir do indivíduo, que tenham por objeto lícito algum aspecto pessoal.

Em que pese nem sempre seja fácil identificar, no caso concreto, quais as razões por trás da renúncia a determinado método terapêutico, acredita-se que uma relação entre médico, paciente e familiar pautada no diálogo e no apoio multidisciplinar, permite aos profissionais médicos possam detectar se o que o paciente pede de fato consiste no que ele deseja. Oportunizando, a todo tempo, cuidados paliativos aptos a minimizar o sofrimento, sem que isso resulte na dilação do processo natural da morte.

Resta-se, portanto, demonstrada a constitucionalidade da participação do paciente na eleição dos procedimentos aos quais será objeto, figurando como instrumento de concretização da autonomia e da dignidade desse enfermo, haja vista que a saúde deve ser entendida enquanto controle do próprio corpo.

No que tange ao diploma penal, demonstrou-se que o Projeto de Reforma do Código Penal apresenta uma excelente forma de compatibilizá-lo com o conteúdo previsto no art.15 do Código Civil, afastando o antigo paternalismo médico, que deixava o paciente como objeto do procedimento e não sujeito de uma relação.

Propõe-se, portanto, a caracterização do crime de constrangimento ilegal para o médico que eventualmente descumpra a manifestação de vontade do paciente que se recusa a submissão de métodos terapêuticos, entendendo pela existência de crime quando esta envolver a vontade de um sujeito capaz e maior de idade, em pleno gozo de suas faculdades mentais.

Desse modo, defende-se que incumbe ao paciente deliberar acerca de quais procedimentos deseja se submeter, sendo legítima a violação da integridade física pautada no consentimento livre e esclarecido.

Compete ao profissional médico, em atenção ao seu dever acessório de informação, preceder a manifestação de vontade do paciente de um intenso diálogo, revelando todas as informações acerca do estado de saúde do enfermo, bem como dos tratamentos adequados, assegurando que a decisão tomada por este seja a mais consciente possível.

Vale ressaltar que as diretivas antecipadas da vontade conferem ainda mais segurança jurídica ao instituto da recusa, visto que figuram como importante instrumento de antecipação da vontade do paciente e garantidor da sua autonomia e dignidade, bem como norteador da atuação dos profissionais de saúde, que terão a prerrogativa de se valer das DAV em eventuais questionamentos acerca dos tratamentos eleitos no cumprimento dessas disposições.

Conclui-se então, que não há fundamentos no ordenamento jurídico brasileiro que justifique a tipicidade da conduta do profissional, que agindo de boa-fé e, conforme os protocolos médicos, bem como o consentimento do enfermo e sua família, omitir ou suspender a manipulação de tratamentos fúteis e desproporcionais, que não gere nenhum benefício ao paciente, sendo uma medida meramente protelatória, ainda que esta venha a promover o resultado morte em virtude da enfermidade.

Pelo exposto, deve-se entender o ordenamento jurídico enquanto unidade, de modo que a recusa a tratamento médico encontra guarida nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, na medida em que consagra a autonomia do paciente e o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Modelos de Autonomia e sua (In)compatibilidade com o sistema de Capacidade Civil no Ordenamento Positivo Brasileiro: Reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Curitiba: Clássica, Coleção Conpedi/Unicuriuba: Direito civil, v.6, 2014.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Matos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. *In*: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa (coords). **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Curitiba: UNICURITIBA, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.337-338

ASCENSÃO; Afonso de Oliveira. A terminalidade da vida. São Paulo: **Revista do TRF3 - Ano XXIV - n. 116** .Jan./Mar. 2013.

BASILIO, Felipe Augusto. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a recusa a tratamentos médicos com hemotransusão por motivos de convicção religiosa**. Publicado em 09/2005. Atualizado em 01/2011. Disponível em: < www.jus.com.br/artigos>. Acesso em: 4 set. 2016.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. 3ed. São Paulo: Loyola, 2013.

Bíblia Sagrada. Livro Levítico, capítulo 17, versículo 11; Livro Colossenses, capítulo 1, versículo 20. Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículo 20. Disponível em: < www.bibliaonline.com.br/acf/lv/17 >. Acesso em: 04 set. 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2002. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____.; **Código de Ética Médica: Código de Processo Ético Profissional, Conselhos de Medicina, Direitos dos Pacientes**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=8822&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1931&situacao=VIGENTE&data=17-09-2009> >. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____.; **Código de Ética Médica**. Resolução nº1931 de 2009. Conselho Federal de Medicina. Disponível em:
<http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 25 abr.2016.

_____.; **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. >. Acesso em: 18 maio 2016.

_____.; **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>
Acesso em 19 abr. 2016.

_____.; **Lei n.8.080 de 1990**. Institui o Sistema Único de Saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm >. Acesso em: 07 set. 2016.

_____.; **Parecer n. 39 de 2011**. Conselho de Ética Médica. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2011/39_2011.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____.; **Projeto de Lei N. 236, de 2012 (do Senado Federal)**. Reforma do código penal. Disponível em:
<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>>.
Acesso em: 04 jun. 2016.

_____.; **Resolução 196/1996**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996. Disponível em:
http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/23_o_ut_versao_final_196_ENCEP2012.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. BARCELLOS, Igor Awad. **O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: 2013, v.18, n.9, p. 2693. Disponível em:
<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63028227024>>. Acesso em: 04 maio 2016.

CABRAL; Enrico de Pina. A “autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito privado**. Ano 5. Julho- Setembro de 2004. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.805/06. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2006. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm >
Acesso em: 16 ago. 2016.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. V.1, t.3.2ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. 2013, n.4, a.2. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Dadalto-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf> >. Acesso em: 26 set.2016.

_____.; Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**. São Paulo: 2009, v.17, n.3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515 >. Acesso em: 29 set. 2016.

_____.; Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista bioética do Conselho Federal de Medicina**. V. 21, n. 3, 2013, p.463-476. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____.; **Testamento Vital**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____.; **Testamento Vital**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____.; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas Antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista bioética**. São Paulo:2013, v.21, n.3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/articleQviewQ886 >. Acesso em: 22 ago.2016.

DANTAS FILHO, Venâncio Pereira *et al* . Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica. **Arq. Neuro-Psiquiatr.**, São Paulo, v. 54, n. 4, p. 705- n. 4, p. 705-710, Dez. 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1996000400025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 Ago. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**.2 ed. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

FERRER; Alvarez. **Para fundamentar a Bioética**. São Paulo: Loyola, 2005.

FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. In: **Revista eletrônica de direito civil**. A.2. n.4. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2016.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício. **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A Boa Morte: Ética no fim da vida**. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto. 2006. Disponível em: <http://www.old.knoow.net/monografias/medicina/boa_morte_etica_fim_vida_d.htm>. Acesso em: 02 ago.2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v.4: responsabilidade civil**. 10ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial Volume II**. 11ed. Editora Impetus, 2016.

GUTIERRE, Pilar L. *À Beira do leito: O que é o paciente terminal?*. **Revista Ass. Med Brasil**. 2001; 47(2): 85-109.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KOVÁCS, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Rev. bioét. (Impr.)**, 2014.

KUNG, Hans. **Religiões do mundo: em busca dos pontos comuns**. Campinas: Verus Editora, 2004.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado apresentada ao Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 04 ago. 2016.

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

_____.; PORTUGAL, Daniela Carvalho. **Testamento Vital: os limites e consequências jurídico-penais do exercício da autonomia em face das diretivas antecipadas de vontade.** BRASIL/MADRID: CONPEDI, 2015.

MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade.** 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento Vital: uma análise da extensão da eficácia às situações diversas da terminalidade da vida.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Direito Constitucional.** 7ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme. Código Penal Comentado. 2a ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: DIAS, Jorge Figueiredo e al (org). **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**, v.II. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PONTES, Valdemir. **Reflexiones sobre derecho latino-americano: estudios en homenaje a la profesora Flavia Piovesan.** Buenos Aires: Quorum, 2012.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e a autonomia da vontade em face das normas constitucionais. *In:* LOTUFO, Renan (coord). **Direito Civil Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cad. Saúde Pública.** Rio de Janeiro: 2006, v. 22, n.8, pp.1749-1754. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102311X2006008000024>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia privada e direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: *Rev SJRJ*, 2011.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminas.** IBCCrim, São Paulo, ano 8, n.32, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** 2ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

_____.; **Manual de Biodireito.** 2ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2009.

SÁNCHEZ, GONZÁLES, Miguel Ángel. Testamentos vitais e diretivas antecipadas. Tradução de Diaulas Costa Ribeiro. In: RIBEIRO, Diaulas Costa | (org.). **A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010.

SANT'ANA, Maurício Requião. **Autonomia, Incapacidade e Transtorno mental: Propostas pela promoção da dignidade**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito. Salvador, 2015.

_____.; Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: SANT'ANA, Maurício Requião. **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____.; **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____.; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e Autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart Menezes; BARBOZA, Heloisa Helena (coords.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. 1ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

TORREÃO, Lara de Araújo; PEREIRA, Crésio Romeu; TROSTER, Eduardo. Ethical aspects in the management of the terminally ill patient in the pediatric intensive care unit. **Rev. Hosp. Clin.**, São Paulo, v. 59, n. 1, p. 3-9, Feb. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S004187812004000100002&lng=en&nrm=is>. Acesso em: 03 ago. 2016.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. Salvador: **Revista Bioética**, 2008.

_____.; **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.