



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO

HANNAH ABRAM SANTOS

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE
CRÍTICA ACERCA DA (DES)NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DO
PODER LEGISLATIVO**

Salvador
2018

HANNAH ABRAM SANTOS

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE
CRÍTICA ACERCA DA (DES)NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DO
PODER LEGISLATIVO**

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

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

HANNAH ABRAM SANTOS

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (DES)NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DO (PODER) LEGISLATIVO

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2018

A minha avó, Judith Azoubel Abram (*In
memorian*), que me ensinou a dar vida
aos dias.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar forças para que eu alcançasse o êxito em todos os projetos da minha vida, especialmente neste.

A Daniela Carvalho Portugal, por ter despertado em mim a paixão pelo ensino e pela pesquisa em Direito. Agradeço imensamente por ter sido um anjo durante a graduação em Direito.

Aos meus pais e meu irmão, pelo apoio incondicional. Amo vocês!

A Dra. Maria Elisa Villas-Bôas e Dr. André Porciuncula, pelas discussões sobre Direito e Bioética e pelos materiais sugeridos.

A Dirley da Cunha Jr., meu professor da graduação, por ter feito com que eu me apaixonasse pelo Direito Constitucional, em meu primeiro contato com a matéria, a quem eu agradeço de coração.

Este trabalho também deve muito aos amigos, colegas e família, por todo o incentivo recebido ao longo do processo de escrita. Sem dúvida alguma, vocês são parte desse trabalho.

“A morte, surda, caminha ao meu lado
E eu não sei em que esquina ela vai me beijar”.

Raul Seixas

RESUMO

O presente trabalho debruça-se sobre uma reflexão da necessidade ou não de criação legislativa sobre as diretivas antecipadas de vontade, diante da sua compatibilidade com o ordenamento brasileiro. A análise toma forma na medida em que são vislumbrados fatores como a falta de efetividade das diretivas antecipadas de vontade, o pensamento religioso, bem como questões médicas e legais. Portanto, analisa-se tais questões e de que forma influenciam na possível falta de efetividade do instituto. De início, analisa-se a compatibilidade com o instituto, analisado a terminalidade da vida pela via constitucional e penal. No presente trabalho, foi verificado de que forma as diretivas antecipadas de vontade se relacionam as medidas de manutenção da vida e quais se afiguram como indispensáveis ao tratamento dos pacientes. É cediço que as diretivas antecipadas de vontade foram uma inspiração de outro instituto, norteamericano, o *patient self-determined act*, passando a ser discutidas em diversos outros países e servindo de inspiração ao Brasil, notadamente na criação das resoluções 1.805/06, que trata de forma clara da ortotanásia, bem como na resolução 1.995/12, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade e a autonomia do enfermo. Portanto, o objeto central do presente estudo é verificar, diante da incontestável compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade, se há necessidade de criação pelo Poder Legislativo Brasileiro de uma lei federal que disponha sobre o tema e os aspectos que envolvem a reflexão.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de Vontade; Compatibilidade; Direito à Morte Digna; Legislação Federal; Poder Legislativo .

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Acção Civil Pública
art.	artigo
CC	Código Civil
CEM	Código de Ética Médica
CRFB	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
CP	Código Penal Brasileiro
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
ed.	Edição
MPF	Ministério Público Federal
n.	número
PSDA	<i>Patient Self-Determined Act</i>
Res.	Resolução
SUS	Sistema Único de Saúde
vol.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 SOBRE A MORTE E O MORRER: A EXPRESSÃO DA AUTONOMIA E O TRATAMENTO JURÍDICO DADO À TERMINALIDADE DA VIDA	14
2.1 A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONDUÇÃO DO FINAL DA VIDA E INTERFACES COM O DIREITO PENAL	18
2.1.1 O tratamento jurídico-penal empregado ao suicídio	20
2.1.2 A manifestação da autonomia nas situações de abreviamento da vida com auxílio ou intervenção de terceiro	21
2.1.3 Formas de abreviamento da vida: a eutanásia e suas derivações	23
2.1.3.1 A distanásia: o prolongamento não quisto	25
2.1.3.2 A mistanásia: a morte rato	27
2.1.4 A morte no seu tempo: ortotanásia	28
2.2 CONCEITOS MÉDICOS-LEGAIS ESSENCIAIS	30
2.2.1 Definição jurídica atual de morte	31
2.2.2 Quadros clínicos e medidas de manutenção da vida	32
2.2.2.1 Tratamentos proporcionais e desproporcionais	32
2.2.2.2 Sobre cuidados paliativos	34
2.2.2.3 Entendendo a terminalidade: O paciente terminal e paciente sem prognóstico	36
3 SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	38
3.1 PATIENT SELF-DETERMINED ACT E O BREVE HISTÓRICO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	40
3.2 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO	43
3.3 O TRATAMENTO DADO PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	46
4 A COMPATIBILIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COM O SISTEMA JURÍDICO À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA	54

4.1 PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	55
4.2 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUA COMPATIBILIDADE À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA	67
5. UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (DES)NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	69
5.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A MORTE NO OCIDENTE	69
5.2 DIREITO DE MORRER VS. DIREITO À MORTE DIGNA	73
5.3 A POSSÍVEL FALTA DE EFETIVIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A QUESTÃO MÉDICA E JURÍDICA E A INFLUÊNCIA DA MENTALIDADE RELIGIOSA NAS DAV E A BUSCA PELA EFETIVIDADE: A (DES) NECESSIDADE DE ATUAÇÃO LEGISLATIVA SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: DA INSEGURANÇA JURÍDICA À POSITIVAÇÃO EXTREMA	75
6. CONCLUSÕES	84
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

Apesar do tema morte muitas vezes ser encarado como tabu, como um assunto que não deveria ser falado, não pode fugir da necessidade de tratar se assuntos que tragam consequências jurídicas.

Faz-se mister refletir sobre a compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade, que travam importante conexão com a morte e a análise de um direito de morrer. A análise que deve ser feita só pode ser realizada sob uma ótica conjunta de sistema, que possui debates não somente na ordem jurídica, como também na ordem médica e outros ramos do conhecimento, a exemplo da bioética.

Sendo assim, a necessidade ou não de uma inovação legislativa sobre as diretivas antecipadas de vontade é o objeto deste estudo.

Portanto, analisa-se as justificativas da compatibilidade do referido instituto com o Direito Brasileiro, investigando quais são os direitos imediatos por ele contemplados e em compatibilidade com tal instituto.

Analisa-se também o direito de morrer em sua dimensão constitucional, tendo o estudo importante relevo, não somente para o universo jurídico, mas também relevância social, vez que cuida do fim da vida. Tema esse que necessita de maiores discussões.

O primeiro capítulo buscou compreender a morte e os aspectos imediatos que a envolvem, travando uma análise da autonomia e a terminalidade de vida, o suicídio, suicídio assistido, eutanásia, mistanásia e ortotanásia.

No capítulo seguinte, a reflexão se deu mais especificamente sobre institutos ligados ao fim da vida, tendo relação direta com a Medicina, perquirindo a noção jurídica de morte, quadros clínicos e medidas de manutenção de vida, bem como entendendo o que são os cuidados paliativos e de que forma se relacionam com a terminalidade da vida.

No capítulo de número três a análise se deu sobre as diretivas antecipadas de vontade, perfazendo um escopo histórico sobre o instituto, bem como analisando as principais resoluções sobre o tema: as resoluções do Conselho Federal de Medicina nº 1805/06 e 1995/12. Bem como o código de ética médica.

Ainda, no quarto capítulo fez-se uma reflexão intensa sobre a compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento brasileiro, analisando os fundamentos constitucionais para se entender se tratar de um instituto compatível, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da humanidade e o direito à vida, numa análise global do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, no capítulo final, debruçou-se a analisar a necessidade ou não de inovação legislativa sobre o tema, investigando os aspectos que tocam a falta de efetividade, questões médicas e jurídicas que pudessem a vir influenciar no cumprimento ou não do citado instituto.

Destaca-se que o presente trabalho foi baseado em vasta pesquisa bibliográfica, consulta doutrinária, bem como análise de legislação sobre o tema, de forma a garantir uma reflexão cuidadosa sobre importante tema, contribuindo com o Direito Brasileiro.

2 SOBRE A MORTE E O MORRER: A EXPRESSÃO DA AUTONOMIA E O TRATAMENTO JURÍDICO DADO À TERMINALIDADE DA VIDA

Analisar a necessidade de atuação do poder legislativo no Brasil em matéria de Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) é tema cuja devida reflexão submete-se à análise da autonomia na morte e as devidas imposições limitativas.

Impõe-se, de início, esclarecer a denominação autonomia, que advém do grego, *autos* e *nomos*, que significa independência e autodeterminação. Por conseguinte, autonomia se refere àquele que é regido por leis próprias, com liberdade, sem imposição de outrem, modelando suas regras de conduta, sejam elas de cunho moral ou intelectual.¹

Explica Maria Auxiliadora Minahim que a etiologia do termo autonomia sintetiza polaridades, ao se referir ao indivíduo e à coletividade, em razão da existência do adjetivo predominal *autos* – por si mesmo – e pelo substantivo *nomos* – que designa compartilha. Nesse sentido, não é sem motivo que a palavra autonomia teve sentido de indicar “a capacidade humana em dar-se suas próprias leis e compatilhá-las com seus semelhantes”.²

Parece cristalino o sentido dialético da autonomia ao dialogar com dois conceitos opostos: o indivíduo por si e a coletividade. Assim, tem-se pacífico que a autonomia é conceito de múltiplas acepções, sendo utilizado em diversas épocas e contextos distintos e em diferentes ramos do conhecimento, tais como a Filosofia, Bioética e o Direito.

É perceptível que no decorrer dos tempos a conceituação de autonomia sofreu diversas ressignificações, tendo se ramificado em autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia existencial, sendo pertinente ao trabalho a delimitação das duas primeiras.

Cumprido esclarecer a íntima conexão entre a autonomia e o liberalismo econômico, em que o foco era o indivíduo *per se*, de modo a tratar de forma destacada do individualismo.

¹ CABRAL, Érico De Pina. A “autonomia” no direito privado. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 5, jul./set. 2004, p.83-129.

² MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

Na lógica do *laissez faire laissez passer*, assegurava-se as condições macroeconômicas básicas, deixando a cargo dos particulares o poder de regulação de seus próprios interesses, baseando-se numa lógica formal.³

Desse modo, apreende-se que a autonomia da vontade nasceu como uma ferramenta de evidencia da vontade real do indivíduo, assumindo caráter majoritariamente subjetivo, tratando do relevo mais íntimo do indivíduo, sendo mecanismo de afirmar a vontade individual.

Sobre o instituto, Kant afirma ser a autonomia a formação da vontade, do qual o princípio da autonomia seria fazer escolhas que estejam desimpedidas de elementos externos. Em suma, escolher de forma livre de modo que tais escolhas refletissem a máxima do próprio querer, instituídas, assim, como lei universal.⁴

Nota-se pela visão do citado autor que a vontade do ser humano deveria ser ligada de forma direta ao ser racional. Assim, como condição desse ser humano, só pode a autonomia assumir-se como um fim em si mesmo ao seguir suas próprias leis, que independem de normas morais externas.⁵

Necessário diferenciar a autonomia da heteronomia que, para Kant, trata de situações em que a vontade do ser humano é condicionada a uma fonte externa, caracterizando como um estado de dependência e uma forma de limitação da autonomia da vontade.⁶

Alerta Vinícius Assumpção que, muito embora a autonomia possa estar relacionada à liberdade do indivíduo, conexões diretas entre as palavras autonomia e liberdade devem ser evitadas, pois sinônimos não são e, em caso da utilização, mister o máximo de cautela em razão de ignorar interpretações do ideal kantiano.⁷

Ato contínuo, como evolução conceitual da autonomia, tem-se que a noção de solidariedade trouxe uma nova preocupação ao instituto, levando a uma outra

³ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 57, ano 15, 2014, p.69-93

⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p 74-75.

⁵ *Ibidem*, loc. cit

⁶ *Ibidem*, loc. cit

⁷ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. *Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Bahia, Salvador, p. 20.

roupagem, um redesenho, passando a se fazer uma análise de interesses sociais e de sua satisfação.

Destaca Berti que a solidariedade contratual passou-se a relacionar mais intimamente com os ideários de justiça social, havendo um cuidado em compatibilizar os interesses privados aos coletivos, de forma a limitar o espectro da autonomia pelas normas de caráter público, tendo o predomínio do interesse coletivo.⁸

Assim, percebeu-se uma preocupação primordial com os limites impostos à autonomia, de forma a alinhar a autonomia da pessoa a uma função social.

Depreende-se numa análise comparativa entre a autonomia privada e a autonomia da vontade que a primeira é mais restrita. Isto porque a autonomia da vontade considera exclusivamente a vontade do indivíduo e a autonomia privada confere uma maior preservação da vontade, desde que de acordo com os interesses sociais, os quais funcionam como um norteador e um elemento limitativo.⁹

Desse modo, analisar a autonomia privada é cuidar da vontade de acordo com as regras que o tema impõe à referida vontade.

Ana Prata conceitua a autonomia privada como o poder amplamente reconhecido ao ser humano pelo sistema jurídico, devendo o sujeito ser classificado na qualidade de sujeito jurídico.¹⁰

Sobre a autonomia privada, Maurício Requião entende que, mais do que garantir a vontade do indivíduo, a autonomia privada mostra-se como importante instrumento de garantia de sua autonomia funcionando como uma decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, que funciona como fenômeno de repersonalização do direito privado.¹¹

No mesmo sentido segue Luciana Dadalto ao ensinar que a análise da autonomia privada não pode ser feita de forma separada do princípio mãe do sistema jurídico

⁸ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 57, ano 15, 2014, p.69-93.

⁹ 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

¹⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

¹¹ REQUIÃO, Maurício. *Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares*. In REQUIÃO, Maurício (coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm. 2014. p.13-30.

brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o referido princípio calcado na condição de princípio fundamental da Carta Política Brasileira de 1988.¹²

Concorda-se com a posição explanada pelos autores acima, uma vez que o princípio em questão funciona como um núcleo irradiador, em que todos os outros princípios, direitos e regras devem a ele observância, como define a Constituição Federal da República de 1988.

Dadalto compreende que não há um abandono da autonomia da vontade pela autonomia privada, mas define a segunda como uma nova concepção de autonomia, sendo mais uma releitura da autonomia pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, pode-se conceituar a autonomia privada como uma dilapidação da autonomia da vontade, em face de esse ter ruído ante expressa liberdade que se tinha e ao reconhecimento da necessidade de maiores limitações ao sujeito, limitações essas criadas pelo sistema jurídico estatal, sobretudo com o novo elemento norteador da dignidade da pessoa humana.

Mister esclarecer que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como uma garantia da liberdade do indivíduo, dentro dos liamos das regras estatais, de modo que o conceito da autonomia passa a ser regido tanto pelos aspectos negociais, mas também como um espaço de, se permitido pelo ordem jurídica, realizar os desejos da pessoa em sua vida digna.

Nesse diapasão, necessário trazer os estudos de Beauchamp e Childress ao tratar do princípio do respeito à autonomia, em que se podem ser verificados dois aspectos: o negativo e o positivo. O primeiro ensina que as ações autônomas não devem ser sujeitadas a pressões externas, de modo a exigir uma obrigação ampla e abstrata que é livre de clausula restritiva. O aspecto positivo trata da consideração no tratamento respeitoso na revelação de informações no encorajamento da decisão autonomia.¹³

Por fim, necessário salientar que os autores esclarecem que, apesar da amplitude trazida pelo princípio do respeito à autonomia, ele não é amplo a ponto de ser

¹² DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367-389.

¹³ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola. 3ª edição. 2013. p. 143-145.

aplicado a pessoas que não podem agir de modo suficientemente autônomo, citando como exemplo as imaturas, inaptas, ignorantes, coagidas ou exploradas.¹⁴

2.1 A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONDUÇÃO DO FINAL DA VIDA E INTERFACES COM O DIREITO PENAL

É possível perceber que a autonomia possui importante relevo no que tange os pacientes em estados de terminalidade de vida. Isto porque deixou de existir como regra uma relação estritamente paternalista entre o médico e o paciente, mas um relacionamento de troca de informações, preservação de interesses e de vontade. Esclarece a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina em seu artigo 9º que “os desejos concernentes a intervenções médicas, previamente expressos pelo paciente, quando este não os puder fazer no momento da intervenção devem ser levados em conta”¹⁵, tornando clara a intenção de valorizar a autonomia da pessoa humana.

Para Dadalto, o direito do paciente de recusar ou interromper tratamento, na busca de uma limitação terapêutica na condução do final da vida, de acordo com suas convicções e crenças pessoais, no exercício de sua autonomia, ao escolher morrer da forma que lhe parece mais digna, encontra-se amparado e reconhecido pela Carta Magna Brasileira vigente desde 1988.¹⁶

Tal escolha, desde que devidamente esclarecida pelos profissionais de saúde mostra-se como forma de efetivar a autonomia e a dignidade do paciente.

Em matéria de autonomia do indivíduo na condução do final da vida, existe um tripé que contempla a autonomia, o princípio da dignidade humana e o consentimento livre e esclarecido, tendo esse o papel de promover a pessoa humana, sendo um

¹⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola. 3ª edição. 2013. p. 143-145.

¹⁵ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina*. Disponível em https://www.ubi.pt/Ficheiros/Entidades/91052/Resolucao_AR_2001_01.pdf > Acesso em: 09 de jul. de 2018.

¹⁶ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367-389.

meio de dar efetividade ao espaço de autodeterminação da pessoa, seu poder de escolha e seu poder de decisão.

Importante observar que o respeito à autonomia em situações de final de vida, serve como uma forma de efetivar o princípio-mãe da dignidade da pessoa humana, em um momento em que se tem um quadro médico por vezes complexo, devendo ao máximo trazer conforto e bem estar ao enfermo, da forma escolhida previamente por ele.

Respeitar a autonomia em situações de fim de vida é dar o conforto que tratamentos e intervenções médicas já na conseguem mais dar. É tratar o paciente como humano, como ser que compreende e sabe melhor como opinar sobre o seu próprio fim.

É preciso entender que a relação médico-paciente sofreu significativas transformações, passando de uma relação paternalista para uma relação de troca de informações.

Antigamente, tinha-se o médico figurando como o sujeito detentor do saber e conhecimento sobre as questões médicas e consequências dos procedimentos a serem realizados e, de outro lado, o paciente, que apresentava-se como mero figurante, não cabendo a este a decisão sobre o deslinde do tratamento, ainda que a ele fosse de interesse direto das informações sobre tratamento e cura de seu diagnóstico.¹⁷

Pela leitura do Juramento de Hipócrates¹⁸, a Medicina pretendia respostas diretas e objetivas para os problemas de saúde, de modo que a postura do médico era de buscar a cura, enquanto que a do paciente, a de aceitar, não cabendo qualquer diálogo entre os dois polos, sendo uma relação que se configurava como paternalista e absolutista.¹⁹

Nos dias atuais, percebe-se uma maior troca de informações. O paciente muitas vezes já chega ao médico com algum conhecimento, ainda que superficialmente, do

¹⁷ 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.

¹⁸ O juramento de Hipócrates é uma declaração solene tradicionalmente feita por médicos por ocasião da formatura, em que juram praticar a medicina honestamente. Disponível em <<http://www.sohistoria.com.br/biografias/hipocrates/>> Acesso em 19 jul. 2018.

¹⁹ MOREIRA, Mayana Sales. *Op. Cit.* 27.

seu problema e o médico cabe o papel de informar e também esclarecer sobre o diagnóstico, bem como esclarecer eventuais questionamentos.

2.1.1 O tratamento jurídico-penal empregado ao suicídio

O suicídio é entendido como uma conduta de uma pessoa que visa pôr fim à sua própria vida, sendo caracterizado como um ato voluntário, e os motivos os mais variados possíveis.

A etimologia da palavra suicídio advém do latim *suicidium*, *sui* significa a si mesmo e *cidium* é a forma combinante de *caedere*, significando golpear, matar. Dessa forma, tem como ideia central o ato de por fim com a própria vida, de modo que a intencionalidade e a letalidade são levadas em consideração para a caracterização do ato.

Émile Durkheim classifica o suicídio como “toda morte que resulta mediata ou imediatamente de um ato positivo ou negativo realizado pela própria vítima, que sabia e que queria este resultado com tal ato”. Portanto, a tentativa, seria a falha do ato que levaria à morte.²⁰

Importante mencionar que, a depender da sociedade, da cultura inserida e do momento histórico, o suicídio pode apresentar diferentes conotações, por vezes, como pecado ou fraqueza, como afirmação da liberdade pessoal, ou forma de evitar a vergonha.²¹

Ao longo da história, são diversos os tratamentos empregados ao suicida, na Idade Média, a Igreja Católica privava o suicida da sepultura, seguindo os ditames religiosos e sacramentos; no judaísmo, o suicida é enterrado em local apartado dos demais mortos, com ritual diverso do tradicional.²²

Salienta-se que não há como se penalizar atos que alguém inflige por si mesmo a si, fugindo, portanto, da repressão estatal. Situação diferente se configura nos atos que

²⁰ DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 11.

²¹ COELHO, Elisabete Rodrigues. *Suicídios de internos em um hospital de custódia e tratamento*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 20.

²² ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. *Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Bahia, Salvador, 2014, p. 32

o indivíduo, por sua livre decisão, mas causados, ainda que a pedido, por outrem, passam a requerer uma análise mais profunda de sua compatibilidade com o sistema jurídico.²³

De mais a mais, em que pese todas as tentativas que visem a impedir a prática do suicídio nas mais diversas culturas, cumpre esclarecer que o suicídio não é considerado crime, por não haver previsão legal que tipifique aquela conduta como fato punível.

Destaca-se o pensamento de Vinícius Assumpção, para quem o Direito Penal, enquanto *ultima ratio*, não prevê qualquer sanção à tentativa, haja vista que não se pune condutas que não transbordem a esfera do indivíduo.²⁴

Por fim, explica Rafaella Kravetz que, ao revés de punir, costuma-se oferecer ajuda ao indivíduo que tentou por fim a sua vida, com a indicação de programas de apoio a pessoas que provaram uma experiência malsucedida no suicídio.²⁵

2.1.2 A manifestação da autonomia nas situações de abreviamento da vida com auxílio ou intervenção de terceiro

Do lado oposto, o sistema jurídico penaliza a conduta do indivíduo que auxilia uma situação de abreviamento da vida de terceiro, haja vista se tratar de um ato que ultrapassa a esfera do sujeito, tipificado no artigo 122 do Código Penal Brasileiro (CP) de 1940, o chamado suicídio assistido.

Esclarece Maria Elisa Villas-Bôas que, em que pese o suicídio assistido não se tratar de uma espécie de eutanásia, é por vezes confundido por ela. Todavia, é cediço que no suicídio assistido o indivíduo põe fim a própria vida sem a intervenção direta de um terceiro, havendo a participação desse terceiro indiretamente por motivos de compaixão.²⁶

²³ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. *Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida..* Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Bahia, Salvador, 2014, p. 32

²⁴ *Ibidem, loc. cit*

²⁵ KRAVETZ, Rafaella Zanatta Caon. *O direito à vida e o direito à morte: o problema do suicídio assistido a partir de uma visão foucaultiana.* 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó. p. 351-354.

²⁶ 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.92-93.

O ponto chave da questão é que, no suicídio assistido, muito embora se tenha uma ajuda de um terceiro, a morte é provocada pelo próprio paciente, enfermo de doença incurável, auxiliado, tão somente, no aspecto material.

Sobre o tema, explica Sales Moreira que a ideia de assistência, compreendida na denominação “suicídio assistido”, corresponde ao ato que esse terceiro faz, em fornecer material ou intelectualmente os meios a serem atingidos para chegar ao resultado morte, desejado pelo paciente.²⁷

De mais a mais, muito embora existam significativas diferenças entre auxílio ao suicídio e induzimento e instigação ao suicídio, o legislador brasileiro fez uma opção por punir as três condutas da mesma forma, antevendo a mesma pena aos referidos atos no artigo 122 do CP.

Salienta Villas-Bôas que, no Direito Brasileiro, não existe “quanto ao suicídio assistido, sequer o privilégio legal do relevante valor moral, existente no homicídio”, de forma que o suicídio assistido configura-se como conduta ilícita inegavelmente, conforme o código penal brasileiro.²⁸

Especialmente sobre o suicídio assistido, destacam-se dois casos sobre o tema. O primeiro: um jovem espanhol, Ramón Sampederro, em 1988 tornou-se tetraplégico ao mergulhar em mar raso, manifestando a vontade de interromper sua vida, pois, a partir do momento em que ficou tetraplégico, a vida, para ele, havia tornado indigna de ser vivida. O referido caso teve relevância jurídica ao jovem ter pedido à Justiça espanhola o direito de pôr fim a vida.²⁹

Também, destaca-se o caso americano, em que o Doutor Morte (Jack Kevorkian), a partir de uma desenvolvida máquina de suicídio se dirigia a pacientes, para que os mesmos cometessem suicídio assistido, precisando somente que apertassem um botão que injetaria substância letal. De acordo com o que relata Schreiber, possivelmente cem vítimas obtiveram auxílio do americano.³⁰

Discorre Moreira, que o citado no segundo caso não só auxiliava as vítimas de modo material, como também lhes dava assistência moral. E, como não causava a morte

²⁷ MOREIRA, Mayana Sales. *Testamento Vital: uma análise da extensão da eficácia às situações diversas da terminalidade da vida*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. 2015, p. 73.

²⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. cit.* 2005, p. 93.

²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

de forma direta, apenas indiretamente com a disponibilização de equipamentos, tratava-se de hipótese de suicídio na forma auxiliada.³¹

Destaca-se que para os muitos que advogam pela ideia da realização do suicídio assistido tratar-se-ia de forma de concretização da autonomia, respeitando os desejos dos pacientes que, em estado terminal, desejam antecipar a morte em razão de enfermidade incurável e que lhes causam sofrimento.³²

2.1.3 Formas de abreviamento da vida: a eutanásia e suas derivações

A palavra eutanásia traz uma significação de ato de bondade, vez que representaria a “boa morte”, etimologicamente, haja vista derivar da expressão grega *euthanatos*.

De acordo com Valdemir Pontes, a prática da eutanásia advém do sentimento de piedade do ser humano, que faria cessar a dor e o sofrimento do indivíduo. Entretanto, o autor faz uma ressalva, que, seria importante observar que não deve haver outra alternativa, senão a morte, para por fim à dor e ao sofrimento alheio.³³ Uma vez que houvesse outra alternativa, o ato realizado não restaria configurado como eutanásia.

Giselle Mendes de Carvalho explica que o sentido originário de eutanásia fora ampliado, alcançando novas situações, dado aos avanços científicos e tecnológicos. Hodiernamente, a eutanásia não se limita aos casos de terminalidade, englobando situações deveras complexas, a exemplo dos casos de “recém-nascidos com malformações congênitas, aos pacientes em estado vegetativo irreversível, não necessariamente terminais, e aos incapazes de se valerem por si mesmo”.³⁴

Entender o conceito de eutanásia é saber separá-lo do conceito de homicídio consentido. Pois, numa análise rápida e desatenta, pensaria serem as expressões sinônimas, e não são, tendo uma clara distinção entre eles.

³¹ MOREIRA, Mayana Sales. *Testamento Vital: uma análise da extensão da eficácia às situações diversas da terminalidade da vida*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. 2015, p. 75-76.

³² MOREIRA, *loc. cit.*, p. 75-76.

³³ PONTES, Valdemir. *Reflexiones sobre derecho latino-americano: estudos en homenaje a la profesora Flavia Piovesan*. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 1.

³⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 17

Esclarecem Giselle Mendes de Carvalho e Natália Regina Karolensky que a distinção reside no elemento piedoso. Isto, pois a prática da eutanásia é empregada devido a uma justificação humanitária, carregando consigo o sentimento piedoso em face do sofrimento que passa o doente. Diferentemente, no homicídio consentido basta a ocorrência de uma concordância do ofendido para que sua vida seja eliminada, não se fazendo presente qualquer sentimento nobre para com a vítima.³⁵

Assim, feitas as devidas diferenciações, merece esclarecer os conceitos de eutanásia ativa e passiva.

Analisando o tema, entende-se que há dois elementos envolvidos na eutanásia, a intenção e o efeito da ação. Desse modo, a intenção da eutanásia gerando uma ação, configura-se, portanto, como eutanásia ativa, que se divide em eutanásia ativa direta e indireta.³⁶

Para Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira:

A eutanásia direta é caracterizada pela intenção de encurtar a vida do paciente, por exemplo com uma injeção letal. A eutanásia ativa indireta tem por objetivo aliviar o sofrimento do paciente e, ao mesmo tempo, abreviar o curso vital, o que se produz como efeito daquele primeiro objetivo principal (assim, por exemplo a aplicação de morfina prejudica a função respiratória e em altas doses pode acelerar a morte).³⁷

Ressaltam os autores que a intenção de realizar a eutanásia também pode gerar uma omissão, “a não realização de ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância”, assim, estaria caracterizada a eutanásia passiva.³⁸

Mister indicar que a prática da eutanásia no Brasil, seja qual for sua ramificação, é tratada como um ilícito penal, positivada no art. 121 do CPB como homicídio.

Ademais, em que pese a legislação criminal brasileira não prever a exclusão de ilicitude para qualquer das espécies de eutanásia, Valdemir Pontes indica que é

³⁵ KAROLENSKY, Natália Regina; CARVALHO, Gisele Mendes de;. *Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia*: análise das recentes resoluções da CFM e do anteprojeto do Código Penal de 2012. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74249bfb36330626>> Acesso em 13 dez. 2015.

³⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 88-90

³⁷ *Ibidem*, loc. cit.

³⁸ *Ibidem*, loc. cit.

possível que seja reconhecido uma diminuição de penal par os que tiram a vida de outrem por relevante valor moral, na forma do parágrafo 1º do artigo 121³⁹ do CP.⁴⁰

Assim, o relevante valor moral pode ser entendido como a compaixão, movida, por exemplo, pelo pedido do paciente em condução do final da vida pela antecipação da morte.

2.1.3.1 A distanásia: o prolongamento não quisto.

De acordo com Maria Elisa Villas-Bôas, a distásia corresponde ao ato de obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico, que seriam àqueles tratamentos fúteis, que apenas alongam a vida clínica do paciente, mas a ele não traz nenhum tipo de benefício. Traz como exemplo de obstinação terapêutica um tratamento que prolongue dias ou horas à vida do indivíduo, no momento em que o paciente já se encontra em falência global e irremediável.⁴¹

Sobre a questão, entende-se que tal situação não pode ser encarada pelos profissionais de saúde como um benefício ao doente, tampouco como um dever desse profissional.

Concorda-se com posicionamento de que o prolongamento de apenas dias ou horas à vida de uma pessoa e que não traz benefícios significativos ao quadro médico do enfermo, será apenas uma prolongação do processo de morte, o qual já foi iniciado, e não da morte propriamente dita.

É necessário esclarecer o dever primordial da Medicina: o de cuidar. Já se passou o tempo em que a caminhava-se pela busca incessável da cura. Há patologias crônicas, há patologias sem curas e a Medicina deve compreender que o cuidar vem antes do curar.

Assim, busca-se o conforto. O dever de curar quando não é mais possível, cede lugar ao dever de cuidar. A distanásia, portanto, afasta os profissionais da saúde desse dever. É uma tentativa frustrada de manter algo que já não pode ser mantido.

³⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil].

⁴⁰ PONTES, Valdemir. *Reflexiones sobre derecho latino-americano: estudios en homenaje a la profesora Flavia Piovesan*. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 11.

⁴¹ 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.93

O conceito de distanásia, portanto, é compreendido como uma tentativa de prolongar a vida do enfermo ao máximo, com o emprego de todos os meios disponíveis na Medicina, “é um prolongamento artificial da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação de saúde, segundo o estado da arte da ciência da saúde”.⁴²

Percebe-se, portanto, que distanásia não corresponde a prolongar a vida do paciente, mas tão somente, prolongar o processo de morrer, o qual já iniciou.

É preciso dizer que tal prática caracteriza-se como uma agressão ao enfermo, uma vez que esse não tem quaisquer chances de cura ou melhora, mas apenas alonga o seu sofrimento, seu processo de morte que já foi iniciado.

Concorda-se com o entendimento de Leo Pessine, para quem a morte, que ocorrerá inevitavelmente para todos, deveria ocorrer em paz, da forma mais digna e a Medicina deveria criar condições para tanto. Assim, seria uma morte em que a dor e o sofrimentos são minimizados.⁴³

Pessini critica o pensamento médico que entende a morte como falha ou acidente evitável, assim, explica o autor que “não se trata de cultivar uma postura contra a medicina tecnológica, o que seria uma ingenuidade”, sendo uma crítica o modo com a medicina se relaciona com a terminalidade da vida.⁴⁴

Propõe, portanto, que a Medicina aceite a morte como um limite que não pode ser ultrapassado e, assim, de modo que seja aceita e compreendida como um final que fatalmente acometerá a todos os seres humanos, sem exceção.⁴⁵

Nesse esteio, percebe-se que a prática do prolongamento do processo de morrer, ou seja, a distanásia, é apenas a manutenção da vida biológica a qualquer custo, sobrepondo a vida biográfica.

A visão da manutenção da vida a qualquer custo é compreendida pela análise do princípio da sacralidade da vida, do catolicismo, em que a vida física é afirmada como um bem básico fundamental, devendo ser preservada a todo custo.⁴⁶

⁴² BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos V. A morte como ela é. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 175-212.

⁴³ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida*. São Paulo: Editora Loyola, 2001, p.60.

⁴⁴ *Idem*. *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Disponível em <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/394/357> Acesso em: 24 nov. 2015.

⁴⁵ *Ibidem*. *Loc. cit.*

Ressalte-se que preservar a vida física como bem supremo, em detrimento da dignidade da vida, é, também, desvincular-se do princípio basilar da Constituição Federal de 1988 (CRFB), o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que entender-se-ia a vida como absoluto ainda que em situações desumanas ou degradantes.

Assim, deve-se aliar os avanços tecno-científicos da Medicina com o bem-estar do paciente, visando primordialmente a qualidade da vida, o cuidado, de modo que a tecnologia que objetiva tão somente adicionar números à vida do paciente mereça ser rechaçada. Deve-se adicionar vida aos dias e não dias à vida.

2.1.3.2 A mistanásia: a morte-rato

A mistanásia, tem raiz na origem da palavra obscura, advinda do grego, *mis* significaria infeliz, enquanto que *thanatos*, morte. Ainda, é possível entender que a etimologia decorreria, também do grego, *mys* representaria rato.

Tal conceito ultrapassa o conceito hospitalar, de forma que

Para atingir aqueles que nem sequer chegam a ter um atendimento médico adequado, por carência social, por falta de condições e de oportunidades econômicas e políticas, que se refletem numa falta de acesso ao judiciário e na deficiente proteção mesmo aos direitos fundamentais a que fazem jus todos os seres humanos, de forma que eles passam a configurar desde o nascimento, espécies de “sub-cidadãos” e “sub-indivíduos” na dura realidade fática que sobrevivem.⁴⁷

Sendo comum nos países “em desenvolvimento”, alguns autores entendem equivaler a uma eutanásia social, sendo discutido pelos bioeticistas a possibilidade de abranger, também, as vítimas de erro médico, condenados a pena de morte e as vítimas da eutanásia nazista.⁴⁸

Conclui a autora que a mistanásia, por vezes, não chega a alcançar atenção de ambientes hospitalares de enorme avanço, por ocorrer nas macas e chãos dos corredores, como muito se observa no Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, a

⁴⁶ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Disponível em <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/394/357> Acesso em: 02 nov. 2018.

⁴⁷ 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.75.

⁴⁸ *Ibidem*. Loc. cit.

mistanásia seria mais uma questão de política pública que de atenção aos tipos penais.⁴⁹

A mistanásia pode ser conceituada, portanto, como uma morte cruel, de forma que deve o Estado intervir preventivamente a fim de evitar o seu acontecimento, utilizando-se de políticas públicas que visem a proteção de grupos de risco determinados, de modo a dar o acesso aos hospitais e cuidados médicos, como uma forma de evitar que venham a padecer sem que tivessem cuidados mínimos e básicos.

Conclui-se, portanto, que a ocorrência da mistanásia reflete um Estado desalinhado com os ditames constitucionais, haja vista que essa “morte infeliz” é a mais clara inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos previstos na CRFB.

2.1.4 Ortotanásia: a morte no seu tempo

Entende-se a ortotanásia como morte no seu tempo, haja vista que sua etimologia traz os nomes *orthos* e *thatatos*, correto e morte

Sua conceituação é explicada em razão de que sua prática trata da não aplicação ou interrupção de mecanismo médico, visto que não se pode atingir a melhora ou cura do quadro clínico do enfermo, evitando-se, portanto, a manutenção da vida de forma artificial.⁵⁰

Entende-se como uma conduta lícita, abarcada pelo Direito, na medida em que não visa ao encurtamento da vida, apenas deixa que essa morte ocorra no momento certo.⁵¹

Para Maria Elisa Villas-Bôas o grande problema da vida sustentada por aparelhos médicos é saber se tais mecanismos são obrigatórios, dispensáveis ou devidos à tais indivíduos.⁵²

⁴⁹ 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.75.

⁵⁰ ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*. Ano 92, volume 818. 2003. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 395-423.

⁵¹ *Ibidem*. Loc. Cit.

Há de se ressaltar que a ortotanásia não pode ser confundida com a eutanásia passiva, já que na primeira, permite-se que a morte ocorra no seu curso natural, e na segunda há uma aceleração do processo de morrer pela abstenção de realização de tratamentos que seriam úteis ao quadro clínico do paciente.⁵³

Desse modo, é claro que a diferença entre os conceitos reside no fato de que na ortotanásia o ato de interromper um tratamento ou deixar de prestá-lo não ocasiona na antecipação da morte, pelo fato de que tais tratamentos somente alongariam uma vida artificial, que não melhora e nem cura o quadro do enfermo, enquanto que na eutanásia existe o encurtamento da vida.

Esclarece Villas-Bôas como sutil a distinção entre eutanásia passiva e ortotanásia, tendo extrema relevância ao mundo jurídico, sobretudo ao Direito Penal, visto que a na eutanásia trata-se de uma prática ilícita e a ortotanásia, lícita.⁵⁴

Conclui-se que a ortotanásia é conduta impunível e desejável, pela doutrina majoritária, a exemplo de Dadalto, Villas-Bôas e Brochado, haja vista a morte vir no tempo que normalmente viria.

Esclarece Maria Auxiliadora Minahim que quase a totalidade das expressões que cuidam de explicar a ortotanásia são abertas, sujeitas, portanto, a um juízo de valor. Assim, tais expressões carregam uma certa complexidade, podendo ganhar conotações diferentes a depender do avaliador ou do próprio enfermo.⁵⁵

Alerta Maria Elisa Villas-Bôas que o objetivo do profissional médico, quando não se puder buscar a cura do paciente, é promover seu conforto, sem interferir no curso natural da morte, possibilitando que a morte chegue ao seu tempo, quando o organismo do enfermo efetivamente alcançar um grau irreversível de deterioração.⁵⁶ Refletindo, portanto, o que deve ser a função da Medicina, o cuidar em primeiro lugar, sobretudo quando não for mais possível curar.

Nesse diapasão, ensina Laura Scaldaferrri que a ortotanásia só pode ser empregada quando não for mais possível a cura do paciente e o tratamento ou procedimento

⁵² 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.73-75.

⁵³ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. cit.*, p.73-75.

⁵⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. O direito e o dever de morrer: a complexidade de um tema. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 213-228.

⁵⁶ *Ibidem*, loc. cit.

médico não tiver o condão de reverter o quadro clínico. Desse modo, para fazê-la, o profissional de saúde necessita da autorização do próprio paciente ou de sua família, em caso de tratar de enfermo incapaz.⁵⁷

Urge a necessidade de um morrer mais sensível, mais humano, de forma a não objetivar o prolongamento da vida a qualquer custo, prolongando-a de modo artificial. Em sendo assim, faz-se necessário, o alívio das dores, trazer um conforto a uma situação que, por si, só é complexa e difícil.

Nesse sentido, entende Laura Scaldaferrri que o profissional de saúde deve garantir aqueles cuidados básicos e necessários para aliviar os sintomas do doente, dando-lhe assistência integral, respeitando a sua vontade.⁵⁸

Conforme elucida Maria Elisa Villas-Bôas, “mais do que atitude, a ortotanásia é um ideal a ser buscado pela Medicina e pelo Direito, dentro da inegabilidade da condição de mortalidade humana”⁵⁹.

Compreende-se, portanto, a finitude da vida e, dada à constatação de não serem mais possíveis cuidados médicos que possibilitem a reversibilidade ou cura da enfermidade, deve-se dar o conforto necessário ao paciente em processo de morte, garantindo a ele os cuidados básicos, e aliviando os desconfortos e dores sentidas, de forma suavizar o quadro de dor, prezando, assim, pela dignidade do paciente no final da vida.

2.2 CONCEITOS MÉDICOS-LEGAIS ESSENCIAIS

Maria Elisa Villas-Bôas afirma que a linha divisória entre a vida e a morte é tênue. Resta evidente de que o conceito de vida e morte, definido pelo Direito, não merecem perdurar se desconsiderar conhecimentos biológicos.⁶⁰

⁵⁷ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 121.

⁵⁸ *Idem*. *Pensando o final: reflexões sobre o direito de morrer*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2073.pdf> Acesso em: 24 ago. 2018.

⁵⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o direito penal brasileiro*. Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina. 2008. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59> Acesso em: 24 ago. 2018.

⁶⁰ 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.17.

Assim, não é por acaso o fato de os juristas se depararem com conceitos abertos e indeterminados, deixando a cargo da Medicina definir com mais precisão o que seria a vida e o que seria a morte. À título exemplificativo, Nucci entende a morte ser caracterizada pela

Cessaçã das funções vitais do ser humano (coraçã, pulmã, cérebro), de modo que ele nã 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 poderã estipular para cada caso isoladamente.⁶¹

De igual modo, o art. 6º do Código Civil Brasileiro (CC)⁶² enuncia que “a existência da pessoa natural termina com a morte”, deixando para os juristas a tarefa de definir o conceito de morte lastreando-se em conhecimentos biológicos.

2.2.1 Defini o jurídica atual de morte

A morte é compreendida como um fen meno biológico, que trata da cessaçã definitiva e irreversível da vida de um organismo vivo. De modo que, definir a morte de uma pessoa pressupõe a irreversibilidade da situa o, de modo que trata-se de um episódio inconvertível

Para Gonçalves, seria necessário passar por um processo de morte, de modo que o “estar morto” ocorreria após a morte. Assim, o morrer seria o processo que levaria à morte e que ocorreria em vida.

Necessário elucidar a distin o entre o conceito de morte e os critérios de morte. O primeiro compreende a defini o e caracteriza o do estado de morte enquanto que critérios de morte definem as condi es que permitem aferir a ocorrência da morte, determinando se o indivíduo se encontra morto.

O conceito de morte pode ser encarado sob a perspectiva religiosa, filosófica ou científica. Entretanto, sã os critérios de morte, em verdade, “sã indicadores biológicos da irreversibilidade de um processo, pelos meios atualmente

⁶¹ NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 367.

⁶² BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 9 jun. 2018.

conhecidos”.⁶³

2.2.2 Quadros clínicos e medidas de manutenção da vida

É inegável que com a evolução científica e o surgimento de novos recursos médicos acarretaram também em um maior conforto aos pacientes, de modo a conceder maiores chances de melhora do quadro clínico instaurado e de cura.

Todavia, em muitas circunstâncias, as pessoas tornaram-se reféns dos recursos médicos disponíveis, adiando a data da morte mesmo quando já não se pode oferecer tratamento ou procedimento que possibilite significativas chances de cura ou de melhora, prologando artificialmente uma vida.

2.2.2.1 Tratamentos proporcionais e desproporcionais

No que tange recursos empregados em pacientes em fase de final de vida, costumava-se distinguir entre os meios ordinários e extraordinários. As medidas ordinárias eram caracterizados pela sua essencialidade, habitualmente disponíveis e pouco agressivas e dispendiosas, um cuidado básico. Enquanto que as medidas extraordinárias, por outro lado, eram entendidas como medidas mais arriscadas e agressivas e, portanto, de uso mais criterioso.⁶⁴

Todavia, merece destaque o fato de que se um tratamento usualmente considerado extraordinário trouxe alívio ao doente, mesmo que como uma medida paliativa, tal tratamento deverá ser usado, visando o bem estar do doente.

Sobre o tema, Kipper e Piva citam que alguns médicos denominavam medidas ordinárias as espécies de tratamentos padronizáveis, enquanto que as extraordinárias seriam as condutas experimentais ou novas.⁶⁵

⁶³ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto. 2006, p. 21-24.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ PIVA, Jefferson Pedro; KIPPER, Délio José. *Dilemas éticos e legais em paciente criticamente doentes*. Disponível em <

De mais a mais, destaque-se que o fato de que um meio considerado como extraordinário em um hospital público de um país subdesenvolvido pode não ser chamado da mesma forma em um hospital tecnologicamente equipado, de forma que os conceitos do que seria medida ordinária e o que seria medida extraordinária não são fechados, dependendo da análise casuística.

O conceito de medidas proporcionais se afigura como a utilização de forma sistêmica e obrigatória, reputadas favoráveis ao paciente, sendo intervenções adequadas de acordo com o resultado objetivado.⁶⁶

Do lado oposto, as medidas desproporcionais ou imoderadas, são optativas, necessitando de uma análise aprofundada do caso, a observar a avaliação clínica dos benefícios possíveis, bem como a disposição do paciente ou familiares para o enfrentamento dos riscos, sendo tal meio considerado desproporcional em razão de que os meios parecem ser exagerados em comparação aos resultados a serem alcançados.⁶⁷

Sobre o tema, nesse sentido, Kipper e Piva ao entendem como desproporcionais os meios que causam o prolongamento da vida aumentando o sofrimento sentido sem trazer significativos benefícios ao doente.⁶⁸

Merece destaque o entendimento de Cláudia Laselva de que no caso dos pacientes terminais, deve-se intervir de forma a progredir o cuidado, inicialmente curativo, para o cuidado paliativo.⁶⁹

Destaca Maria Elisa Villas-Bôas que a disposição de todos os recursos existentes, mesmo os que se configurem desproporcionais ao caso concreto, objetivando tão somente prorrogar o processo de uma morte iminente, sem dar o conforto necessário ao doente, caracterizaria hipótese de obstinação terapêutica, devendo

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54345/000096577.pdf?sequence=1>> Acesso em: 15 ago. 2018.

⁶⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 26.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ PIVA, Jefferson Pedro; KIPPER, Délio José. *Dilemas éticos e legais em paciente criticamente doentes*. Disponível em <

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54345/000096577.pdf?sequence=1>> Acesso em: 15 ago. 2018.

⁶⁹ LASELVA, Claudia Regina. *O paciente terminal: Vale a pena investir no tratamento?*. Disponível em <[http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20\(Claudia\).pdf](http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20(Claudia).pdf)> Acesso em 15 ago. 2015

ser combatido por médicos e juristas, haja vista configurar uma agressão ao ser humano.⁷⁰

É preciso esclarecer que a suspensão ou interrupção de um tratamento fútil não pode ser entendido como omissão de socorro, tampouco como homicídio, vez que apenas prolongaria o sofrimento do enfermo e não de sua vida, que já se encontra em fase terminal.⁷¹

Conclui-se que deve haver uma análise aprofundada sobre os recursos empregados, ponderando riscos e benefícios, de forma que a escolha não se deve pautar em dar esperanças desarrazoadas aos familiares.

2.2.2.2 Sobre cuidados paliativos

Diante de uma situação de final de vida, é preciso alterar os parâmetros nos cuidados médicos empregados ao doente. Ao invés da busca da cura, passa-se a busca do cuidar, de modo a serem inseridos os cuidados paliativos ao tratamento do doente.

No exercício da Medicina, dois princípios morais movem à assistência paliativa: a preservação da vida e o alívio da dor. Sendo dor, tudo aquilo que o doente afirma ser sofrimento, não sendo desprezado nenhum sintoma.

Ademais, de acordo com a Medicina Paliativa, reforça-se que o morrer não é uma falha da ciência, mas o reconhecimento de que a vida tem um encerramento e esse final necessita de cuidados especiais.⁷²

Portanto, entende-se que a morte é natural e rechaça-se o prolongamento sofrido e exagerado do seu processo.

A palição trata dos cuidados que visam o alívio do sofrimento, proteção do enfermo e ao conforto, que devem ser dados forma singular, de acordo com a particularidade de cada caso

⁷⁰ 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.48.

⁷¹ *Ibidem*, loc. cit

⁷² BURLA, Claudia; AZEVEDO, Daniel Lima; PY, Ligia. Cuidados Paliativos. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 306.

A World Health Organization define como os cuidados paliativos como

O cuidado ativo total dos pacientes cuja doença não responde mais ao tratamento curativo. O controle da dor e de outros sintomas, o cuidado dos problemas de ordem psicológica, social e espiritual são os mais importantes. O objetivo do cuidado paliativo é conseguir a melhor qualidade de vida possível para os pacientes e suas famílias.⁷³

A origem da palição teve início nos primórdios da Medicina, tendo ganhado força a partir da metade do século XX, de forma que desde Hipócrates⁷⁴ havia uma busca por esses cuidados quando já não fosse possível a busca da cura.⁷⁵

A partir dos estudos da palição, foi conceituado a dor total como um sintoma intolerável que acomete os moribundos, de modo que é a dor física, psicológica, espiritual e social, exigindo-se tratamento holístico para atingir uma morte tranquila e da forma menos dolorosa possível.⁷⁶

Nesse diapasão, compreende a Organização Mundial de Saúde que a saúde “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.⁷⁷

Desse modo, o mal-estar, qualquer que seja ele, descaracteriza a saúde, de modo que não é só a doença que deve ser cuidada, mas o próprio enfermo, sua dor e seu sofrimento.

Assim, a palição deve ser efetivada pelos profissionais de saúde e reforçadas pelo paciente, ou pelos seus familiares quando a primeira opção não for mais possível, de modo que o objetivo da palição é oferecer controle adequado dos sintomas que levam ao sofrimento do enfermo.

Nesse sentido, esclarece Burlá que no processo de terminalidade de vida, a qualidade ganha maior peso em detrimento da quantidade de vida, concordando-se com tal posicionamento. Assim,

⁷³ WHO (World Health Organization). *Definition of palliative care*, 2002. Disponível em <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en>>. Acesso em 2 de janeiro de 2015.

⁷⁴ É relatado ser de Hipócrates a frase “curar quando possível, aliviar quase sempre e consolar sempre”. MADRUGA, Dalvílio de Paiva. *Responsabilidade ética, civil e penal do médico*. Disponível em:

<http://www.crm-pb.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21880:responsabilidade-etica-civil-e-penal-do-medico&catid=46:artigos&itemid=482> Acesso em 23 fev. 2016.

⁷⁵ BURLA, Claudia; AZEVEDO, Daniel Lima; PY, Ligia. *Op. Cit.*, p. 299.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 302.

⁷⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 23 fev. 2016.

A qualidade de vida é boa quando as aspirações individuais são atendidas ou correspondidas pela vivência daquele momento. A qualidade de vida, no âmbito dos cuidados paliativos, consiste em reduzir-se ao máximo o hiato entre o ideal e o possível.⁷⁸

Saliente-se que os cuidados paliativos afirmam a vida, buscando que ela seja vivida de uma forma confortável, sem sofrimento, de modo que a tranquilidade do processo de morrer e a ocorrência de uma morte digna tem o condão de trazer conforto não somente ao paciente, mas também à sua família, gerando uma experiência menos traumática e retirando.

2.2.2.3 Entendendo a terminalidade: o paciente terminal e paciente sem prognóstico

Faz-se importante conceituar e diferenciar o paciente em estado de terminalidade, daquele paciente sem prognóstico, casos em que recebem tratamentos completamente distintos em face da sua condição clínica.

Paciente terminal é aquele que se encontra em fase de sua doença que inevitavelmente evoluirá para o óbito, mesmo que se empregue todos os meios disponíveis, não havendo chances de cura da patologia.⁷⁹

Numa análise mais aprofundada, entende-se que para caracterização da terminalidade, elucida Maria Goretti Sales Maciel, leva-se em conta a história natural da doença, a condição de fragilidade do doente, capacidade funcional, evidencia de metástases e presença ou ausência dos fatores de mau prognóstico.⁸⁰

Para tanto, aponta Gisele Mendes de Carvalho cinco características que representam a situação de terminalidade, sendo elas a presença de enfermidade avançada e incurável pelos meios existentes na Medicina; a impossibilidade de respostas a tratamentos específicos; a presença de sintomas múltiplos, multifatoriais e cambiantes que condicionam a instabilidade evolutiva do paciente; o impacto

⁷⁸ BURLA, Claudia. Cuidados ao fim da vida: uma preocupação da prática da medicina geriátrica. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 119-124.

⁷⁹ 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=S0041-87812004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 set. 2018.

⁸⁰ MACIEL, Maria Goretti Sales. Assistência à terminalidade da vida: a orientação do cuidado paliativo. MORITZ, Rachel Duarte (org.). *Conflitos bioético do viver e do morrer*. Brasília: CFM, 2011, p. 51-69.

emocional, em face da iminência de morte, no doente, família e equipe de saúde; e, ainda, o prognóstico de vida breve, que a autora aponta como sendo inferior a seis meses de sobrevivência.⁸¹

Necessário esclarecer que o diagnóstico de terminalidade de vida ser cauteloso, com a realização de exames complementares para diagnóstico da existência de metástases, sejam indicadas e efetuadas terapias intensivas, entretanto, voltadas, primeiramente, ao controle de sintomas nesses pacientes em fim de vida.⁸²

Portanto, ao doente em fase terminal, todo o esforço deve ser deferido para que não haja sofrimento no momento final, de forma que toda medicação deve ser utilizada no sentido de amenizar a dor e demais sintomas.

Todavia, não se deve confundir o conceito de paciente terminal com o conceito de mau prognóstico, ensinando Takito e Lemonica, sendo esse referente ao paciente que, embora de situação complexa do ponto de vista clínico, tratamentos adequados esperam retirar o risco de morte, sendo, assim, um caso de reversibilidade.⁸³

Maria Elisa Villas-Bôas entende que em se tratando de paciente terminal, mudam-se os enfoques, mudam-se os objetivos, de forma que o objetivo deixa de ser curar e passa a ser cuidar, “é o que os países anglo-saxônicos chamam de substituição da cultura do *cure* pela noção de *care*”.⁸⁴

Conclui-se, portanto, pela necessidade de distinção entre pacientes terminais e de mau prognóstico, não somente em razão da análise quanto a proximidade da morte, mas também em função dos cuidados médicos, que serão empregados, objetivando o alívio da dor.

⁸¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p.125.

⁸² REIS, Teresa C. dos; SILVA, Carlos Henrique. Futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 385-409.

⁸³ TAKITO, Daniela Suemi; LEMONICA, Lino. *Cuidados com o doente terminal: considerações técnico-científico, ético e humanitária*. Disponível em: <<http://sboc.org.br/revista-sboc/pdfs/1/artigo2.pdf>> Acesso em 23 fev. 2016.

⁸⁴ 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.39.

3 SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Consoante a resolução 1995 de 2015 do CFM, em seu art. 1º, as Diretivas Antecipadas de Vontade são conceituadas como “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente, sua vontade”.⁸⁵ Desse modo, entende-se como um modo de antever uma situação clínica e quais serão os tratamentos médicos a serem utilizados, de forma que a autonomia da pessoa seja preservada.

As DAV são um documento gênero que se utiliza para uma situação em que o doente não pode mais manifestar de forma livre e espontânea seus desejos, ainda que transitoriamente, não se reduzindo àquelas situações unicamente de terminalidade. São espécie das DAV a declaração prévia para o fim da vida ou testamento vital, o *living will*, e o mandato duradouro, *durable power attorney*.⁸⁶

Mister ressaltar que as DAV não funcionam apenas como um documento que salvaguarda os desejos do paciente, mas servem também como um meio capaz de proteger o médico de uma possível responsabilização em razão da prática de um desejo constante no referido documento.^{87 e 88}

Portanto, esclarece-se que as DAV para o final da vida é uma DAV que trata de uma situação de terminalidade, de modo que o indivíduo esclarece seus desejos e declara sua vontade quanto a suspensão ou início de tratamento quando o mesmo estiver em estado terminal, bem como “em EVP ou com doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade”.⁸⁹

⁸⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1995 de 2012*. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20115:&catid=46> acesso 29 fev. 2016

⁸⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 82

⁸⁷ VIEIRA BOMTEMPO, Tiago. Advance directives: a tool that will ensure a die with dignity¹. *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 26, Sept. 2012. Disponível em <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 ago. 2018.

⁸⁸ Nesse sentido, DIAS, Roberto. A dignidade da pessoa humana e o testamento vital no ordenamento brasileiro. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; DE OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos. *Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Forum. 2010, p. 99-119.

⁸⁹ DADALTO, Luciana. *Op. cit.*, 2013, p. 82.

De outro modo, o mandato duradouro, é documento que nomeia um ou mais procuradores que serão consultados pelo médico quando o paciente estiver incapacitado, ainda que por causa transitória, quando for importante decidir sobre seu tratamento. Assim, esse procurador, nomeado em mandato duradouro, deverá decidir sempre baseando-se nos desejos do enfermo.⁹⁰

A importância das DAV é perceptível e de efeito vinculativo da figura do médico, para qual se entende ter efeitos *erga omnes*. Para Dadalto, seu caráter vinculativo é de suma importância de modo a evitar a jurisdicionalização do processo de morrer, que ocorreria no momento da recusa do profissional de saúde em executar as manifestações de vontade previstas em DAV.⁹¹

No que tange a nomenclatura “testamento vital”, parte da doutrina faz ferrenhas críticas, haja vista que o nome testamento remeteria a ideia de direito sucessório, e esse só faz efeitos a partir da morte, o que não ocorre com o testamento vital, não sendo, portanto, a melhor denominação.^{92 e 93} Merece destacar que a DAV é documento que tem eficácia em vida.

Divergentemente, entende Gabriel Rocha Furtado que deveria-se preferir o uso do termo testamento vital, por “estar se tornando majoritário e amplamente aceito pela doutrina de língua portuguesa”.⁹⁴ Todavia, discorda-se do autor nesse ponto, visto que, muito embora seja largamente utilizado, a nomenclatura testamento vital traz uma noção do instituto e características diferentes daquele que verdadeiramente é, de forma a causar uma certa confusão, notadamente em pessoas que não são da área do Direito.

⁹⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 89.

⁹¹ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 28, May 2013. Disponível em <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872013000200006&lng=en&nrm=iso> Acesso em 26 Dez. 2014.

⁹² NEVES, Rodrigo Santos. O testamento vital: autonomia privada x direito à vida. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013, p. 9-23.

⁹³ DADALTO, Luciana. *Op. cit.* Disponível em <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872013000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 26 Dez. 2014.

⁹⁴ 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: 23 de dezembro de 2014.

No presente trabalho, prefere-se o termo DAV para o fim da vida, utilizando-se adequadamente a nomenclatura e alcançando os efeitos que o próprio nome se propõe.

No que tange o modelo de autonomia, entende-se que o referido documento possibilita a pessoa que indique seus desejos sobre deixar de aplicar determinado tratamento ou procedimento ou não em caso de enfermidade terminal, da qual parece se encaixar na espécie de autonomia pura no modelo denominado por Beauchamp e Childress.

De acordo tal modelo de Beauchamp e Childress seria aplicado aos pacientes que já foram autônomos e expressaram uma decisão autônoma e relevante, mas que, devido a situação superveniente, tornaram-se incapazes. E, em razão da decisão tomada ter ocorrido enquanto capazes, seus desejos realizados deveriam ser acolhidos, vez que “os julgamentos autônomos prévios devem ser aceitos”.⁹⁵

Assim, as DAV para o final da vida objetivam a garantia da autonomia da pessoa, de modo que os desejos realizados seja atendidos no momento que o indivíduo se encontrar numa situação de terminalidade, sendo, também, uma garantia do profissional de saúde da legalidade, sendo um incentivo ao cumprimento em situações complexas.

3.1 PATIENT SELF-DETERMINED ACT E O BREVE HISTÓRICO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O surgimento das DAV é fruto do direito americano, no século XX, em razão da positivação da Lei Federal do Patient Self-Determined Act (PSDA).⁹⁶ Por tal lei, compreendia-se as DAV como sendo um documento de manifestação de vontade em tratamentos médicos, compreendendo o *living will* e *durable attorney for health care*.

Foi no EUA onde o termo *living will* foi usado pela primeira vez em documento legal, conhecido como *Natural Death Act*, em que era uma legislação que permitia a todos

⁹⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola. 3ª edição. 2013. p. 199.

⁹⁶ Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449>> Acesso em 03 jun. 2016.

adultos a possibilidade de dispor antecipadamente sobre as formas de recusar tratamentos na terminalidade da vida.⁹⁷

Ato contínuo, outros estados americanos aderiram à disposição legal, prevendo em suas legislações o tema, de modo que passaram a tratar aos poucos da autonomia do paciente, positivando o direito de cada um de tomar decisões sobre procedimentos médicos e desejos concernentes às mesmas.⁹⁸

O tema ganhou notoriedade com o *patient self-determined act*, em 1990 quando aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos da América, tendo vigência no território americano a partir do dia 1º de dezembro do ano seguinte à sua aprovação. A mencionada lei objetivava proteger o paciente e suas decisões no que referente tratamentos médicos, na hipótese de manifestar a vontade de maneira prévia e se encontrar em incapacidade de manifestar no momento oportuno. Nos termos da lei americana, a declaração feita anteriormente no que tange os desejos do paciente e sua condição de saúde deveria ser registrada por escrito.⁹⁹

Trata-se, portanto, da primeira lei no mundo a tecer sobre as diretivas antecipadas de vontade que impusera aos hospitais e centro de saúde conveniados, independentemente se público ou privado, de informar aos doentes sobre a possibilidade de escrever documento manifestando desejos quanto à terapias e procedimentos médicos que recusariam ou quereriam em caso de ficar numa condição de fim de vida, feita no momento de entrada em tais instituições de saúde.¹⁰⁰Tornando-se, assim, uma lei grandiosa, nesse sentido.

É possível dizer, desse modo, que trata-se de uma legislação que reafirmou a autonomia da pessoa, sendo recomendado o uso das diretivas antecipadas de vontade, sob a forma do *living will*, *durable power of attorney for health care* ou *advance care medical directive*.

Sobre os referidos institutos, tem-se que o primeiro, o *living will*, possibilita que a pessoa disponha sobre quais mecanismos terapêuticos deseja ou não se submeter, de forma que nesse documento ela pode falar que não deseja que a ela sejam

⁹⁷ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 258.

⁹⁸ *ibidem*.

⁹⁹ MÖLLER, 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*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 102.

¹⁰⁰ *ibidem*.

aplicadas medidas que ocasionem em distanásia (as medidas fúteis), ante a inefetividade, clinicamente falando. A segunda, o *durable power of attorney for health care*, permite ao indivíduo que este indique uma pessoa, de sua confiança, responsável pela tomada de decisões do médico e a obtenção do consentimento livre e esclarecido. O terceiro, o *advance care medical directive* trata-se de instituto que permite a pessoa dispor em documentos sobre os desejos de tratamentos a serem submetidos, depois de se consultar com o médico e, em caso de impossibilitado de manifestar no momento, uma indicação de um curador que irá ajudar a interpretar as disposições do paciente e em futuras resoluções que seja preciso tomar.¹⁰¹

Nesse esteio, percebe-se que as DAV se inserem em um contexto de proteção ao consentimento livre e esclarecido, haja vista que para ser feito um documento como tal é preciso que antes ocorra um diálogo entre médico e paciente e troca de informações, em que a manifestação sucede uma reflexão sobre os conhecimentos obtidos e esclarecidos.¹⁰²

Reitera-se a essencialidade das DAV, defendendo-a, sobretudo aquelas que tratam de casos de terminalidade, sendo possível revogá-las a qualquer tempo, expressando a vontade humana e em que é possibilitada a mudança de entendimento, caso venha a ser necessário.

Portanto, é um instrumento maleável, em que não ocorre seu engessamento, de modo a possibilitar que as mudanças e avanços da Medicina sejam contemplados em documento sobre tratamentos da pessoa.

Assim, as DAV nada mais são que um instrumento de garantia da autonomia do doente terminal, protegendo esse sujeito até o seu último suspiro, assegurando que a morte desse indivíduo chegue de acordo com os desejos eleitos e documento como sendo aqueles desejos prioritários. A autonomia, assim, segue preservada na vida e na morte.

¹⁰¹ MÖLLER, 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*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.103.

¹⁰² RODRIGUES, Renata de Lima. Diretivas antecipadas de vontade: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde e à vida digna In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 385-409.

O que se pretende é que a vida e a morte ocorram em compasso com a dignidade da pessoa, haja vista que o “viver a própria vida e morte estão enquadradas nesse espaço de decisões sobre si mesma, pois trata-se da essência da pessoa humana”.¹⁰³

3.2 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

No que tange a relação médico-paciente, é preciso esclarecer que a mesma sofreu drásticas mudanças.

Antigamente, a postura do médico era caracterizada como absolutista e paternalista, configurada pelo seu autoritarismo beneficente pelo paciente, de modo que a autonomia pertencia ao médico quanto à decisão de tratamentos e procedimentos dispensados ao doente, ainda quando essa decisão se tratava da morte e do processo de morrer.¹⁰⁴

Discorre Letícia Möller que era dado ao médico a decisão quanto ao prolongamento do processo de morrer de um paciente em situação de terminalidade de modo excessiva e arbitrária, adiando, dessa forma, a hora em que o paciente iria morrer, diante da adoção de equipamentos médicos tecnológicos, bem como novidades médicas, mesmo que a morte fosse tida como iminente e irreversível seu processo.¹⁰⁵

Somente nos anos 60, com o surgimento da bioética, tal postura passou a ser questionada no que tange a segurança das tecnologias, principalmente quanto à aplicação em humanos, ao que chama-se de crise da ética médica tradicional.¹⁰⁶

Entendem Maria de Fátima Sá e Diogo Moreira como fatores que permitiram o afastamento do médico com paciente as crescentes especializações, deixando-se

¹⁰³ TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82

¹⁰⁴ MÖLLER, 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*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 45.

¹⁰⁵ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁰⁶ MÖLLER, 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*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 53.

de lado o que se chamava de paternalismo médico caracterizado pelo profissional de confiança da família para se ter o especialista em determinado assunto.¹⁰⁷

Especificamente sobre os avanços da Medicina, entende Laura Scaldaferrri que foram de importância ímpar ao passo que certas doenças que antes eram vistas como letais foram encontradas as curas, pautando-se a Medicina em parâmetros tecnocientíficos e comercial-empresarial e como consequência a essa nova postura, a morte foi encarada como uma falha, aliada aos preços caros de remédios e meios que ocasionaram em uma empresa hospitalar.¹⁰⁸

De outro lado, essa especialização médica acarretou numa maior coisificação do doente, fazendo com que seus desejos fossem colocado num outro plano. Assim, sintetiza Leo Pessini que a “medicalização de grandes espaços da vida humana, desde antes do nascer até o morrer em sofrimento prisioneiro da tecnologia, não somente cria incertezas, mas também aumenta os custos dos servidos da saúde”. Em que, em casos determinados não se visluambra solução para o problema e tenta-se a cura a qualquer custo, ocasionando, fatalmente, num sofrimento aumentado do doente.¹⁰⁹

Parece incômoda essa “nova” relação médico-paciente, em que muitas vezes o paciente é chamado pelo nome da patologia ou número do prontuário, bem como em razão de hospitais lotados e pela falta de tempo, o médico deixa de dispor maior tempo e atenção ao paciente, sem saber sequer quem exatamente está tratando.¹¹⁰

É nesse meio que merece importância o consentimento livre e esclarecido, que traz um processo de diálogo, troca de informações e esclarecimentos, de modo a satisfazer os desejos do doente e permitindo o médico a conhecer seu paciente.¹¹¹

Assim, destaca-se a ligação direta que a autonomia privada tem com o consentimento livre e esclarecido, de forma que é importante que a escolha não seja

¹⁰⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Delrey, 2012, p. 79.

¹⁰⁸ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 32.

¹⁰⁹ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 52-53

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹¹¹ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 81.

apenas livre, mas livre e esclarecida, vez que a escolha desinformada traria vícios a esse consentimento.¹¹²

Necessário dizer que não é qualquer informação prestada pelo médico, mas aquela informação dada de modo pleno, “informado, livre, expresso e esclarecido”, sendo dada de modo claro, acessível ao paciente, em que se saiba sobre o que se está consentindo.¹¹³ Nesse sentido trata Maria Elisa Villas-Bôas, para quem entende que haver a necessidade de que o profissional informa ao paciente em linguagem acessível, expondo o que é a medida, seus riscos, benefícios e o porque da indicação terapêutica. Assim, o paciente, efetivamente compreenderá e produzirá uma decisão coerente.¹¹⁴

O referido consentimento pode ser entendido como decorrência do direito à informação, direito constitucional assegurado pelo art. 5º, inciso XIV da CRFB, sendo, uma condição básica para que se decida sobre a vida, morte e condições de saúde. Para tanto, não basta que seja assinado um termo, mas que esse termo seja efetivamente explicado.¹¹⁵

As mudanças a respeito das DAV não se restringiram ao consentimento, mas também com a vigência de disposições médicas, tais como as resoluções do CFM, notadamente a res. 1995/2012 e o Código de Ética Médica (CEM) de 2009.

Portanto, com os referidos marcos, que vieram após o PSDA, se reconheceu o paciente como sendo um sujeito do processo terapêutico médico, sendo participe de modo que o consentimento livre e informado reafirma a importância do doente na decisão do processo de escolha, sendo sua opinião, fundamental a esse processo.¹¹⁶

¹¹² 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: 2010, p. 241 Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 28 ago. 2018.

¹¹³ 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.120-121.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ DIAS, Roberto. A dignidade da pessoa humana e o testamento vital no ordenamento brasileiro. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; DE OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos. *Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Forum. 2010, p. 99-119

¹¹⁶ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 385-409

3.3 O TRATAMENTO DADO PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

É perceptível que determinados assuntos abrangem não só a Medicina, mas também assuntos jurídicos, que tecem sobre a autonomia, relação médico-paciente, dignidade da pessoa, além de outros, de modo que impõem a conselhos de Medicina que tratem também desses assuntos. Foi o que ocorreu com as DAV, decorrendo de um processo histórico, com inúmeros debates.

É considerada de grande importância a resolução nº 1805 de 2006 do CFM, nas áreas da Medicina e do Direito, em que tratam especificamente da ortotanásia e da ética médica na terapêutica de pacientes em final de vida.

O principal respaldo da resolução é na dignidade da pessoa humana, em seu art., 1º, III, da CRFB e no art. 5º, III, também da Carta Magna Brasileira, em que está disposto que “ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante”¹¹⁷.

Conforme o definido em resolução, reconhece-se no art. 1º, a permissão do médico de “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”. Ainda, trouxe expressamente a imposição ao médico de prestar esclarecimentos ao paciente ou representante legal sobre as modalidades terapêuticas possíveis ao caso clínico, possibilitando ao doente o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

A resolução nº 1.805/06 avançou no tratamento dos cuidados paliativos, que foram contemplados de forma expressa no art. 2º, na disposição que diz que

O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimentos, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.¹¹⁸

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 09 jun. 2016.

¹¹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1805 de 2006*. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> acesso 9 jun. 2018.

Assim, é perceptível a preocupação do CFM com as situações de terminalidade, buscando dar o conforto necessário aos pacientes em que a cura já não se torna possível, de modo a entender que existe uma etapa final que deve ser vivenciada dignamente.

Essa postura do CFM é a confirmação do novo entendimento de que, quando a cura já não for mais possível, é necessário aceitar a morte como uma etapa e não concebê-la mais como uma falha, auxiliando os familiares do doente nesse momento por meio dos cuidados paliativos.

Curiosamente, a resolução do CFM gerou um questionamento no mundo jurídico se o CFM estaria dispendo sobre uma das formas de homicídio, caso o médico cumpra o disposto no art. 1º da resolução.¹¹⁹

Em 9 de maio de 2007, o Ministério Público Federal (MPF), por meio do Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Distrito Federal, Wellington Marques de Oliveira, propôs uma ação civil pública (ACP) em face do CFM questionando a resolução nº 1.805/06, que tramitou perante à 14ª Vara do Distrito Federal sob nº 2007.34.00.014809-3. Nesta ACP, o MPF alegava não ter o CFM poder para regulamentar sobre o direito à vida, que seria matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional. Para o Procurador, a ortotanásia e a eutanásia seriam crimes tipificados pelo Código Penal Pátrio e afirmava que os “princípios da autonomia e da autodeterminação do paciente, invocados pela ortotanásia, esbarravam na indisponibilidade do direito à vida”, e considerando o contexto socioeconômico brasileiro, a ortotanásia poderia ser utilizada de forma indevida por familiares de doentes e pelos médicos do SUS e da iniciativa privada.¹²⁰

Na mencionada ACP, o procurador requereu a revogação imediata da resolução ou, alternativamente, sua alteração para que sejam definidos critérios subjetivos e objetivos para a prática da ortotanásia, para que se inclua a obrigatoriedade de uma equipe multidisciplinar que emita um parecer acerca da recomendação da prática de

¹¹⁹ RODRIGUES, José Henrique Torre. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. MORITZ, Rachel Duarte (org.). *Conflitos bioético do viver e do morrer*. Brasília: CFM, 2011, p.157-185.

¹²⁰ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 123.

ortotanásia e, que após parecer favorável, sejam submetidos previamente todos os pedidos do paciente ou de seu representante legal ao MPF e ao poder judiciário.¹²¹

Após três anos de intensos debates, a Justiça Federal revogou a liminar que suspendia a regulamentação da ortotanásia no país, julgando improcedente o pedido do MPF que considerava a resolução inconstitucional. A revogação da liminar ocorreu depois que o próprio MPF, por intermédio da Procuradora Luciana Loureiro Oliveira, opinou que a ortotanásia não constituiria crime de homicídio, ao contrário da prática de eutanásia, e que o CFM teria competência para regulamentar pela resolução por “não versar sobre Direito Penal, mas sobre ética médica e consequências disciplinares”.¹²²

Depreende-se da análise dos artigos da resolução médica nº 1.805/06 do CFM é possível a perceber que não há permissão para a realização da eutanásia, conduta que antecipa a morte. Em verdade, a resolução trata apenas da prática de ortotanásia, bem como faz um alerta contra a distanásia.

Assim, a resolução não faz qualquer apologia, nem incentiva a prática de homicídio ou outra conduta criminosa, não conflitando com o Direito Penal.

Ensina Letícia Martel que o Conselho Médico realizou uma de suas atribuições, de acordo com a legislação federal, estipulando o dever do médico, consistindo em respeitar a escolha do paciente, sendo uma garantia da sua autonomia.¹²³

A resolução nº 1.805/06 dá evidência à autonomia privada do doente, de modo que impõe ao médico, como um dever de fato, o respeito aos desejos feitos pelo enfermo feitas anteriormente.

É preciso dizer que em tais casos, a ordem médica trata apenas da possibilidade de limitar ou suspender tratamentos e procedimentos médicos destinados unicamente a prolongar o processo de morte do doente, não sendo uma ação dirigida à morte em si, “mas, apenas e tão somente, uma omissão de assistência inútil e essa omissão

¹²¹ FRISO, Gisele de Lourdes. A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. *Revista dos tribunais* ano 98, vol. 885, 2009, p. 149.

¹²² BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. Sentença nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em 25 abr. 2018.

¹²³ 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. 376 Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 28 ago. 2018.

não é relevante para o direito penal, diante da irreversibilidade da doença e da inevitabilidade da morte”.¹²⁴

Ademais, insta ressaltar que a resolução nº 1.805/06 do CFM não dá aos médicos e demais profissionais de saúde o poder de para decidirem sobre a manutenção ou não de um procedimento ou tratamento médico, mas somente o dever de respeito à opinião feita, livre e esclarecidamente pelo enfermo.¹²⁵

Necessário dizer que a conduta que permite a ortotanásia é como forma de respeitar a terminalidade da vida e a aceitar que, em caso de doença incurável e irreversível, nenhum tratamento médico terá o condão de reverter o quadro ou trazer quaisquer benefícios clínicos, mas tão somente trará sofrimento ao doente, prolongando seu processo de morrer.

Ato contínuo, tem-se que resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012 do CFM continuou o progresso do tema, dando evidência à autonomia do doente e à prevalência das manifestações de seus desejos, sendo meio de dar continuidade ao progresso antes visto pela resolução nº 1.805/06.

Houve um cuidado da resolução 1995/12 com o respeito aos desejos previamente manifestados pelo paciente, sendo portanto, um meio de dar efetividade a essa vontade. É, desse modo, uma atuação conjunta do médico e do paciente.

A resolução reacende as discussões dos limites jurídicos à autonomia da pessoa, “em especial quando a manifestação antecipada de vontade tiver como consequência a recusa a tratamento médico necessário à manutenção de vida do paciente”.¹²⁶

Concorda-se com a crítica feita à resolução por Luciana Dadalto, em razão da referida resolução não dispor sobre questões basilares do instituto, haja vista não indicar quais sujeitos poderiam fazer a DAV, quais tratamentos podem ser

¹²⁴ RODRIGUES, José Henrique Torre. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. MORITZ, Rachel Duarte (org.). *Conflitos bioético do viver e do morrer*. Brasília: CFM, 2011, p.157-185.

¹²⁵ 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. 376 Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 28 Dez. 2014.

¹²⁶ PORTUGAL, Daniela Carvalho; MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Testamento Vital: os limites e consequências jurídico-penais do exercício da autonomia em face das diretivas antecipadas de vontade*. BRASIL/MADRID: CONPEDI, 2015, p. 2

recusados pelo doente e qual o papel do médico nas DAV, bem como se daria o registro da mesma, para a autora fundamental para a eficácia.¹²⁷

Merece aplausos o fato da resolução não utilizar a terminologia “testamento vital”, mas mencionando as DAV como o “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamento que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”¹²⁸.

No que tange o modelo de autonomia, segue incerto quanto ao adotado, tendo a resolução se referido *a priori* ao modelo de autonomia pura, mas referenciando o modelo de autonomia de decisão substituta e, também, ao modelo dos melhores interesses. Para Mônica Aguiar, a resolução, embora expresse ter adotado o modelo da autonomia pura, a partir da análise de seu texto, trata da designação de um representante ao caso de não existir diretivas a serem observadas caso em que o paciente tenha preferido a escolha de alguém para representá-lo no momento em não estiver capaz de fazê-lo.¹²⁹

Para Minahim e Portugal que, muito embora a opção manifesta pelo CFM seja pela prevalência da autonomia pura como modelo, não se trata do único modelo adotado o, que, em seu art. 2º, §1º, possibilita ao enfermo designar um representante para manifestação de julgamento substituto na hipótese de impossibilidade de manifestação expressa do enfermo. A resolução ainda tece da hipótese das DAV não serem levadas em consideração, caso se verifique a mesma se encontra em desalinho pelas normas do CEM, em seu parágrafo 2º, do art. 2º, ou a legislação pátria, notadamente a CRFB e CP.¹³⁰

De igual modo, tem-se que o CEM, com aprovação datada em 17 de setembro de 2009, trouxe significativos aspectos no que tange direito do enfermo, sendo uma

¹²⁷ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 385-409.

¹²⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM no 1.995/2012. *Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes*. Diário Oficial da União. 2012;Seção I(170):269–270.

¹²⁹ 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. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹³⁰ 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. 12.

forma de positivar a mudança de paradigma vivida pela Medicina, em que destacava o paciente como sujeito e não mais como um objeto.

Assim, tem-se que o CEM pode ser entendido como um produto da evolução médica, em que passou a dispor sobre tratamentos mais humanizados a seus pacientes.

Explicam Dadalto e Teixeira que é possível dizer que tratam-se de verdadeiras mudanças de paradigma, em que se destaca as manifestações de vontade e os pacientes como protagonistas de seus tratamentos, dando eficácia as manifestações de vontade.¹³¹

Especificamente sobre os dispositivos constantes no CEM, tem-se que os artigos 22 a 30 tratam de proibições aos profissionais médicos, em que dispõem sobre o descumprimento das vontades do paciente, preocupando-se em proteger o paciente e seu poder de decisão.

O art. 22¹³² do CEM dispõe sobre a conduta médica que deixe de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal vedando-a, de modo que é obrigação do médico esclarecer a seu paciente sobre o procedimento a ser realizado, ressaltando apenas em caso de morte iminente.

No mesmo sentido trata o art. 24¹³³, vedando a conduta médica que deixe de garantir ao paciente “o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo” e ainda, no art. 26, que dispõe ser proibida a conduta que

Deixe de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.¹³⁴

¹³¹ 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 Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

¹³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf> Acesso em 04 set. 2018.

¹³³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf> Acesso em 25 abr. 2018.

¹³⁴ *Ibidem, loc. cit.*

Importante esclarecer a importância que o CEM dá ao consentimento livre e esclarecido, de modo que a conduta do profissional médico que “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas” trata-se de conduta vedada, ex vi do art. 31¹³⁵ do código.

De mais a mais, o CEM entende ser proibida a prática de atos que deixem de usar todos os meios possíveis à doença, cientificamente reconhecidos que sejam entendidos como favoráveis ao doente, conforme art. 32¹³⁶, assim como os atos que “deixem de informar ao paciente seu diagnóstico, prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento”, a ressalva existe para o caso da comunicação direta acarretar em dano, e neste caso a comunicação se fará por intermédio do representante legal do paciente.

Necessário dizer que o CEM veda à eutanásia em seu art. 41¹³⁷, não podendo o médico realizar tal conduta mesmo que a pedido do doente, norma que coaduna com o CP.

Sobre a ortotanásia, o CEM dispõe em seu capítulo I, XXII, permissão à prática da pelo profissional médico na medida em que dispõe que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.¹³⁸

Percebe-se que ao mesmo passo que o CEM afasta a distanásia, impedindo a prática de tratamentos desproporcionais ou desnecessários, permite a ortotanásia, entendendo-a como caminho mais adequado, possibilitando que a morte ocorra no tempo correto.

O CEM é um reflexo da evolução da sociedade mundial, notadamente a sociedade médica, no trato com o paciente e o e suas vontades, de modo que, embora o consentimento livre e esclarecido fosse destaque em resoluções do CFM, a incorporação desse instituto ao CEM torna incontestemente a necessidade de atenção do

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. 2018.

¹³⁶ *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁸ *Ibidem, loc. cit.*

médico à vontade do paciente, de forma a não havendo margens para interpretações que permitam ao médico decidir de isolada.¹³⁹

¹³⁹ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 385-409.

4 A COMPATIBILIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COM O SISTEMA JURÍDICO À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

O Direito não pode ser analisado senão de forma simultânea a realidade que se vive, caso contrário seria uma interpretação simplista e destoante da sociedade inserida. Assim, analisar as DAV com o sistema jurídico, nada mais é que analisar as DAV sob a ótica constitucional, conjuntamente com os institutos correlatos.

Discorre José Afonso da Silva que “o Direito é fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido. Consiste num sistema normativo”.¹⁴⁰ De modo que o Direito não é isoladamente uma lei, um direito, mas um conjunto de disposições normativas e sua interpretação, por lógica, deve ser feita em conjunto.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr., sistema é

Um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema.¹⁴¹

Nesse esteio, entendendo que existe um sistema normativo não há como entender que uma interpretação pode ser feita isoladamente, vez que as normas da Constituição presumem estar numa estrutura que abriga um conjunto de valores, sendo a tradução do que a sociedade brasileira quer ver realizado num plano mais concreto..¹⁴² Assim, não cabe num sistema de normas análises isoladas sobre um conjunto constitucional.

Para entender uma interpretação sistemática, pressupõe-se hermeneuticamente uma unidade sistêmica de ordenamento. Ferraz Jr. expõe que na referida interpretação uma disposição não pode ser interpretada sozinha, pois ela está contida num sistema harmônico, com os princípios gerais do sistema, preservando a sua coerência na totalidade.¹⁴³

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 33.

¹⁴¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 140.

¹⁴² PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 61.

¹⁴³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 293-294.

Nesse sentido, as normas infraconstitucionais devem estrita obediência ao conjunto de princípios do sistema, não somente os gerais, mas os especiais, expressos ou não.¹⁴⁴

Ressalte-se, no entanto, que não existem hierarquia entre princípios e regras contidas no texto constitucional.

Seguindo essa lógica, tem-se que a dignidade da pessoa humana trata-se de um princípio que guarda forte valor de fonte do sistema constitucional, sendo base para todas as outras normas, de modo a condicionar a análise e aplicação de todo o texto, empregando unidade axiológica-normativa nas demais disposições da CRFB, “que muitas vezes se encontram sem relação aparente e até mesmo em franca contradição”.¹⁴⁵

4.1 PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Numa análise das DAV, torna-se imperioso uma compreensão aprofundada sobre os princípios e direitos que a tocam, de modo a permitir melhor entendimento.

O tema relaciona-se de modo íntimo aos direitos fundamentais, que nada mais são que direitos publico-subjetivos da pessoa, garantidos pela ordem jurídica positiva vigentes numa ordem concreta¹⁴⁶, tornando-se mister sua abertura do catálogo constitucional.

Explica Laura Scalldaferri que a referida abertura dá coerência com o contexto em que se encontra, conferindo a esses direitos uma maior adaptação à realidade, impedindo que fosse elencado de modo taxativo a sua tutela. Assim, não existe um ponto final final para a história dos direitos fundamentais.¹⁴⁷

Compreende-se que o legislador brasileiro trouxe cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo a trazer diretrizes ao sistema, de modo que a

¹⁴⁴ BARBOZA, Danielle Rinaldi. *Adolescente, punição e garantismo: uma interpretação sistemática do direito*. 2010. Dissertação (Mestrado em Políticas e práticas com Adolescentes em conflito com e lei). Universidade Bandeirante de São Paulo, São Paulo, p. 99-100.

¹⁴⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 529.

¹⁴⁷ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 68

dignidade da pessoa humana guarda especial relevância ao sistema, haja vista indicar vetores mínimos para análise do seu conteúdo.¹⁴⁸

Compreende-se que os princípios trazem valores que indicam qual o comportamento adequado em razão do sistema em que se insere. Nesse diapasão, Humberto Ávila discorre que os valores são entendidos como algo relativo, dependendo do contexto e das variedades de valores.¹⁴⁹

Entende Robert Alexy que os mencionados princípios nada mais são que “mandamentos de otimização”, por “poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.¹⁵⁰ Portanto, são analisados sob duas óticas: a ótica jurídica e a ótica contextual.

É possível concluir que os princípios funcionam como indicadores de valores, sendo de ímpar função ao ordenamento brasileiro, sobretudo aqueles princípios constitucional, sendo meio de dirigir o interprete da norma, bem como ao legislador quando criam normas infraconstitucionais. E, numa análise sistêmica, permitem entender o real alcance dos institutos que se quer analisar.

A análise sobre as DAV não poderia ser feita se deixasse de analisar o direito à vida, princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade.

Falar em diretivas antecipadas de vontade para o final da vida é também falar sobre o direito à vida, direito esse de grande relevância, cuja proteção pelo Estado é fundamental.

É difícil falar com exatidão o que é vida e seu sentido, vez que se encontra em constante mudanças. Definem os cientistas biológicos como a continuidade das funções vitais do organismo e compreenderia a concepção até a morte. Especificamente sobre o tema, tem-se que “não apresenta características unívocas e inquestionáveis”.¹⁵¹

A grande importância da proteção desse direito se dá, sem dúvidas, pois é elementar para que se possa falar de todos os outros direitos, haja vista ser o marco

¹⁴⁸ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 69.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 137.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁵¹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Op. cit.*, p. 47.

inicial de uma existência concreta. Assim, fala-se que é uma premissa básica dos direitos, não havendo sentido em assegurar qualquer outro sentido se esse direito não fosse primeiro assegurado.^{152e 153}

Noutro giro, sob a ótica religiosa, a vida parece ter sido sacralizada, numa ideia de que sequer pertenceria ao ser humano, mas ao ser divino. Desse modo, o ser humano não poderia mudar o momento da morte. Tal visão permaneceu por muito tempo e que inclusive justificaria o discurso contra o aborto mesmo que decorrente de estupro, bem como eutanásias.¹⁵⁴

Todavia, permitir tratamentos que visem a manutenção apenas da vida biológica não merece prosperar, sobretudo em virtude da existência de princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade.

Assim, José Afonso da Silva aponta que a vida que está consagrada na CRFB não compreende somente a vida biológica, também a vida biográfica, haja vista que “sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade”, sendo a vida humana o conjunto de elementos materiais e valores também imateriais.¹⁵⁵

Para o citado autor o texto constitucional não teria abarcado o direito à vida digna, mas somente o direito à vida, haja vista que estaria-se diante de um conceito muito aberto que poderia justificar uma permissão que justificaria o desligamento de equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo de forma artificial, mecanicamente, bem como a prática de eutanásia ou a eugenia, autorizando a eliminação de portadores de deficiência.¹⁵⁶

No entanto, discorda-se do argumento trazido pelo autor em função do direito à vida digna estar abarcado implicitamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo direito à vida, de forma que os exemplos demonstrador estariam em colisão com os próprios dispositivos constitucionais e pelo código repressor.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 393

¹⁵³ Nesse sentido, FRISO, Gisele de Lourdes. A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. *Revista dos tribunais* ano 98, vol. 885, 2009, p. 140-141.

¹⁵⁴ NEVES, Rodrigo Santos. O testamento vital: autonomia privada x direito à vida. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013, p. 9-23.

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. 2011, p.197-201.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 198-199.

A bem da verdade, o direito à vida digna nada mais é do que um desdobramento do direito constitucionalmente assegurado à vida, vez que é complementado pelo princípio-mãe da dignidade da pessoa humana.

No momento em que a CRFB elege a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito, passa a ter efeito irradiante em todos sistema.

Assim, todos os códigos, leis e pactos que se preocupem em proteger e dar tutela à vida humana será insuficiente caso não tutele a existência digna e tal existência como sendo “digna de respeito e que este respeito não deriva somente de uma imposição jurídica, mas advém, principalmente, por se constituir a vida humana um bem, na acepção mais comum do termo”.¹⁵⁷

Parece ser a lição mais coerente, entendendo a vida não só em seu aspecto biológico, mas também em seu aspecto biográfico, entendendo não ser constitucional a previsão que imponha a pessoa humana a procedimentos e terapias degradantes, dessoras, de dor, humilhação e sofrimento das mais diversas ordens.

Dessa forma, a proteção assegurada pela CRFB abarca do direito à vida digna. Concorda-se com o entendimento de Adoni que entende que caso assim não fosse compreendido seria o mesmo que defender o direito à vida desrespeitando o próprio direito à vida, o que culminaria numa afronta inclusive ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁸

No entanto, ressalte-se que não existem direitos absolutos, de modo que o direito à vida não é ilimitado, cita-se como exemplo os arts. 55 a 57 do Código Castrense, em que se permite a pena de morte em caso de guerra declarada. Ademais, possibilita-se relativizar direitos fundamentais quando estão em conflito, no caso concreto, havendo a prevalência de um, em face do princípio da convivência das liberdades públicas.¹⁵⁹ Todavia, reitera-se que não há exclusão de um sobre o outro, mas apenas a sua prevalência naquele caso concreto específico.

Merece também trazer a opinião de Michael Kloepfer, apenas a título ilustrativo, para quem a vida abrangeria a existência corporal, vez que é pressuposto para os demais

¹⁵⁷ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 49

¹⁵⁸ ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*. Ano 92, volume 818. 2003. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 395-423

¹⁵⁹ FRISO, Gisele de Lourdes. A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. *Revista dos tribunais* ano 98, vol. 885, 2009, p. 141.

direitos fundamentais, porém num sentido exclusivamente biológico e físico.¹⁶⁰ No entanto, destaca-se que a vida é mais do que o sentido apenas biológico, mas abrange também o sentido biográfico, compreendida pela sua complexidade, intensidade e dignidade, sendo mais do que apenas o intervalo entre o nascer e o morrer ou número de dias.

Discorre no mesmo sentido Laura Scalldaferri, pois não se pode privilegiar apenas a quantidade da vida, de modo que entender o contrário seria ser a favor da obstinação em prorrogar o processo de morte. Conclui a autora que “aceitar o critério de qualidade de vida significa estar a serviço, não apenas da vida, mas também da pessoa”.¹⁶¹

Como dito, no momento em que a CRFB concedeu ao princípio da dignidade da pessoa humana um valor superior ao de princípio, respaldada como um fundamento da República do Brasil, passa a ter status de princípio da ordem jurídica, política social, cultural e econômica, reconhecendo seu valor supremo.¹⁶²

Para Canotilho, a “dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e como fundamento do domínio político da república”, corroborando com o argumento que a entende como de valor supremo.¹⁶³

O princípio da dignidade da pessoa humana é intimamente relacionado com um evento nefasto da história, a barbárie nazista e ao aparecimento da biomedicina, pois após tais eventos criou-se a ideia de que a dignidade é própria do ser humano e carece de proteção, remontando à filosofia kantiana.¹⁶⁴

¹⁶⁰ 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. 153-184.

¹⁶¹ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensando o final: reflexões sobre o direito de morrer*. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, p.1390-1415.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 89-94.

¹⁶³ CANOTILHO, JJ Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4 ed., Coimbra: Coimbra, 2000, p. 219.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 1, vol. 3, jul-set, 2000, p. 68.

Para Judith Martins-Costa a dignidade é um princípio jurídico que se destina a toda humanidade, de modo que “a mudança de grau no significado está em que a dignidade é o atributo ou qualidade do ser humano”.¹⁶⁵

De acordo com a filosofia de Kant, o indivíduo, sendo um ser racional que é, existe como um fim em si mesmo, de modo oposto aos seres não humanos, que se condicionam aos meios e são chamados de coisa. Assim, o imperativo categórico kantiano trata da dignidade humana ao dizer que “age de tal sorte que se consideres a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como meio”.¹⁶⁶

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade exprime valores em todo o sistema jurídico, não se conseguindo delimitar com precisão o seu conteúdo hermeneuticamente, vez que sua noção é aumentada pelas conotações que permite, havendo o risco generalizar, por ser mencionada como a essência jurídica de todos os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Alerta a autora para o cuidado com a vulgarização do princípio.¹⁶⁷

Seguindo o entendimento, discorre Elisa Cruz que em razão da multiplicidade de significados torna difícil determinar o conteúdo mínimo, trazendo três elementos que, para autora seriam comuns à dignidade: qualidade inerente à condição de ser humano, capacidade de se definir como pessoa e orientar-se pelos desejos próprio, bem como ser de um grupo social.¹⁶⁸

Em termos constitucionais, Sarlet explica que

É uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano o que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁶⁹

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 1, vol. 3, jul-set, 2000, p. 68.

¹⁶⁶*Ibidem*, p. 105.

¹⁶⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade da pessoa humana: princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 84.

¹⁶⁸ CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas de vontade como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013, p. 44-59.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. *In: SARMENTO, Daniel;*

Ademais, a dignidade da pessoa humana se caracteriza como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte normativa e positiva desses direitos e, igualmente, a fonte ética do sistema que dá harmonia de sentido, de valor e de concordância prática. Portanto, correta é a afirmação de André Luis Adoni ao trazer que os direitos fundamentais são a expressão mais imediata da dignidade humana.¹⁷⁰

Na mesma linha entende Satin ao entender que a dignidade da pessoa humana deve ser vista como a partir dos direitos fundamentais, travando as mínimas condições para a vida autônoma, sendo fundamental para orientar toda a interpretação das normas do sistema jurídico.¹⁷¹

A bem da verdade, trata-se de um dever do Estado a adoção de leis e realizar políticas públicas que objetivem à satisfação das necessidades básicas da pessoa, garantindo a vida digna. E, da mesma forma, é um dever da sociedade buscar que essas leis e políticas públicas sejam realizadas, efetivadas, sendo a própria noção de dignidade da pessoa uma limitação ao Estado.¹⁷²

É preciso que as leis sejam compatibilizadas com esse super princípio, sendo ele uma simples criação a própria história mundial, que buscou proteger humanidade e tutela a vulnerabilidade humana.¹⁷³

Também, entende-se, a dignidade humana como princípio da bioética, que traz valores que necessitam de observação por todas as decisões que englobem o citado ramo. Tal princípio também é no respeito à autonomia do paciente e a proibição de tratamentos discriminatórios, e em todos os casos, a dignidade humana revela-se como uma imposição a todos os princípios e regras constitucionais e

PIOVESAN, Flávia (Orgs.) *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.209-240.

¹⁷⁰ ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*. Ano 92, volume 818. 2003. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 395-423.

¹⁷¹ SATIN, Janaina Rigo. A Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Jurisvox*. Ano 9. Patos de Minas: Centro Universitário de Patos de Minas, 2008, p. 117-124.

¹⁷² *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷³ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O testamento vital. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XIV, 2012, p. 53-71.

infraconstitucionais, uma vez que exprime o sentido último da atividade jurisdicional do Estado.¹⁷⁴

Ingo Sarlet entende que é necessário a proteção à dignidade da pessoa humana, por ser produto da evolução do pensamento do ser humano sobre o seu significado, do que é ser pessoa, além de quais são os valores que lhe são inerentes, influenciando e determinando o modo pelo qual o Direito reconhece e protege a dignidade da pessoa humana¹⁷⁵.

O respeito a esse princípio é a todo tempo, sem distinção de pessoa, sendo que existe um momento em que nasce a proteção, mas a dignidade da pessoa humana nasce com o ser humano e deve ser observada até o último suspiro dele, não havendo a possibilidade de renúncia a esse princípio, nem a parte dela.

Salienta Sarlet que a dignidade da pessoa humana tem dupla dimensão: enquanto expressão da autonomia da pessoa e enquanto necessidade de proteção e assistência por parte do Estado, especialmente quando fragilizada ou ausente a capacidade de determinação. O autor complementa que

A dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autônômica, de tal sorte que, todo a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito de ser tratado com dignidade (protegido e assistido).¹⁷⁶

Assim, percebe-se o papel simultâneo que tem o referido princípio, de limitar os poderes do Estado e a comunidade e, também, de exigir a sua observância, tendo dimensão defensiva e prestacional. Desse modo, a dignidade da pessoa humana diz que a pessoa não pode ser reduzida à condição de objeto de ação própria ou de terceiros, e também gera direitos fundamentais negativos contra atos que atentem contra a ela ou que a exponha a graves ameaças. Sob outro ângulo, a dignidade

¹⁷⁴ ANDORNO, Roberto. Los principios de La bioética. *Dos hospitales aos tribunais*. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitales aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 29-48.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Orgs.) *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.209-240

¹⁷⁶ *Idem*. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

como tarefa, torna necessário que se façam políticas públicas e ações e que protejam a dignidade de todos, assegurando, ainda, o devido respeito por meio de medidas protetivas.¹⁷⁷

No que tange a diferenciação entre princípios e postulados, explica Humberto Ávila que há especificidades que carecem ser explanadas, em função de que os postulados e princípios tratariam de normas distintas, tendo funcionamento distinto.

A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), que de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.¹⁷⁸

Portanto, pela leitura do trecho acima, o princípio da dignidade da pessoa humana, se trataria de um postulado, haja vista ser um elemento de valor que exprime valor a todo o ordenamento jurídico, não sendo direcionado ao Poder Público e seus contribuintes, mas são dirigidos ao intérprete do Direito, sendo orientador de conflitos de normas.

O princípio em questão merece observância de forma obrigatória pelo Estado e pela sociedade como um todo, garantindo a proteção dos direitos básicos a uma vida digna. Portanto, importante dizer que todo o sistema jurídico deve respeitar a dignidade da pessoa humana, por veicular a essência do sistema jurídico brasileiro.

Especificamente sobre as DAV para o final da vida, são uma forma de conciliar a complexidade que é estar em momento de fim da vida com a própria dignidade humana, efetivando o princípio ao prezar pela autonomia, autodeterminação e evitar que as pessoas se tornem vítimas da busca a qualquer custo pela cura e prolongando um processo que há muito já se tornou irreversível.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 142-143.

Ensina Laura Scaldaferrri que morrer com dignidade não significa dizer que é um direito de matar possibilitado a um terceiro, mas tão somente a possibilidade que a pessoa não tenha seu processo de morrer prorrogado. Para a autora, a dignidade se relaciona de forma profunda com a capacidade de decidir e agir conforme os desejos nesse fim de vida, vez que “a terminalidade e a irreversibilidade da doença se constituem numa dura prova que pode provocar a perda da dignidade”¹⁷⁹.

Desse modo, é perceptível a profunda relação entre o princípio da dignidade humana e as DAV para o fim da vida, de modo a garantir que o fim digno seja assegurado.

Da mesma forma, o princípio da humanidade trava notável relação com as DAV para o fim da vida. Disposto no art. 5º, III da CRFB, “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”¹⁸⁰ e também, se propõe a ser um princípio concretizador da essência da dignidade da pessoa humana.

O referido princípio é produto do iluminismo, que deu uma nova concepção de Estado, exigindo que os direitos humanos fossem respeitados e assegurados, e, pela adoção dessa nova concepção, em que se funda em princípios humanitários, sendo divisor da história do Direito Penal e da humanização das penas. Assim, a pena deixou ser puramente punitiva e retributiva, ganhando papel também ressocializador e educativo, vinculando-se ao princípio da legalidade que exigia leis prévias e certas e as sanções degradantes passaram a ser terminantemente proibidas.¹⁸¹

Sobre o princípio da humanidade, discorre José Afonso da Silva que a CRFB foi além na proteção ao indivíduo e ao ser necessária a de observação do princípio da dignidade humana, por garantir o respeito à integridade física e moral e, ainda, declarando que ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante.¹⁸²

¹⁷⁹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 76.

¹⁸⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 1 mai. 2016.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Márcia de Freitas. *O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 12.

¹⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. 2011, p.199.

Na busca de proteger a proibição da prática de tortura demais formas de tratamentos degradantes, penas cruéis e desumanas, o Sistema Internacional de Direitos Humanos desautorizou o Estado a interferir ilegitimamente na dignidade do ser humano, sendo o que versa a III Convenção de Genebra, de 1929, que menciona uma proteção geral aos prisioneiros de guerra, em seu artigo 13¹⁸³ que os prisioneiros de guerra devem ser sempre tratados com humanidade, sendo expressamente proibido todo ato ou omissão ilícita que tenha como consequência a morte ou ponha em grave perigo à saúde de um prisioneiro de guerra.

Nesse mesmo sentido dispôs o art. 3º, comum às quatro Convenções de Genebra, ao estabelecer que atos de violência contra a vida, mutilação, tratamento cruel, tortura, suplícios, ofensa à dignidade, tratamento humilhante ou degradante tornaram-se proibidos.¹⁸⁴ Bem como, as referidas disposições se mostraram como a própria efetivação do princípio da humanidade que, acompanhou o processo histórico de proteção à vida e à integridade física e moral desde a época do Iluminismo.

Notadamente à proteção à pessoa, tem-se que o Pacto de Direitos Civis e Políticos que prevê, em seu art. 10 e seus parágrafos, “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana” e o art. 7º, dispondo que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”¹⁸⁵, e, ainda, proibia a submissão da pessoa a experiências médicas ou científicas sem seu livre consentimento.

Entende-se como tratamento desumano tudo aquilo que ocasiona de forma deliberada no sofrimento à pessoa de forma injustificada, seja esse sofrimento a níveis psicológicos ou fisiológicos. Por tratamento degradante, entende-se como o

¹⁸³ GENEBRA. *III Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra de 1949*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>> Acesso em 1 mai. 2016.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Márcia de Freitas. *Op. cit.* 2014, p. 14.

¹⁸⁵ BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm > Acesso em 1 mai. 2016.

tratamento que humilha, de maneira grave, atuando contra a vontade ou consciência de uma pessoa.¹⁸⁶

Discorre Beserra que o princípio da humanidade proíbe penas que violem o núcleo do direito à vida, integridade física e psíquica ou a autonomia e a igualdade de modo a subjugar a pessoa. Atendo-se ao fato de que o princípio não veda apenas a pena de morte, mas também, penas de caráter perpétuo, degradantes ou desumanos.¹⁸⁷

Ato contínuo, Zaffaroni e Batista explicam que toda pena que se torne brutal em suas consequências, será considerada cruel. E “pena”, trata-se da interpretação em que torna-se a mesma ao se falar em obrigação de submissão a tratamento médico ao qual não há o desejo de aderir.¹⁸⁸

No tocante à proibição ao tratamento desumano, o princípio constitucional da humanidade requer uma interpretação extensiva, em razão de tal tratamento atingir a essência da dignidade humana, de modo que, pela lógica, impor a um paciente a submissão a uma terapia médica que apenas prorrogará seu processo de morrer, releva-se como uma afronta ao princípio da humanidade.

Ainda, no sentido que trata o dispositivo constitucional que traz o princípio da humanidade, tem-se que o Brasil ratificou a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e, também, a convenção interamericana para prevenir e punir a tortura, que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e se configuram como instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos.

Portanto, é inadmissível que o médico tenha um dever de manter tais tratamentos, inúteis, que só prolongará a vida artificial, causando fatalmente em sofrimentos físicos e mentais, além de um constrangimento que é. Afirma José Rodrigues que

A permanência do suporte vital, com ventilação assistida, reanimadores e outros procedimentos, só é justificável e aceitável se tiver sentido curativo, diante da esperada reversibilidade e da possível transitoriedade da situação, o que não acontece quando a doença é incurável e o doente está em fase terminal. Assim, inexoravelmente, se a manutenção dos

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Márcia de Freitas. *O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 17.

¹⁸⁷ BESERRA, Karoline Mafra Sarmento. Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal e o monitoramento eletrônico sob a ótica dos direitos fundamentais. *Revista de Direito econômico e socioambiental*. Curitiba, v.4, n.2, 2013, p.87-106.

¹⁸⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 233.

mencionados procedimentos e tratamentos é inútil, e até mesmo fútil e gravosa para o doente, essa prática, caracterizadora de censurável obstinação terapêutica, constitui flagrante violação aos direitos humanos do paciente e pode, até mesmo, constituir conduta criminosa.¹⁸⁹

Assim entendem Luciana Dadalto e Ana Carolina Brochado Teixeira, defendendo que a imputação de uma obrigação de continuidade de uma terapia médica que não tem o poder mais trazer a cura ou a acarretar na melhora ao quadro clínico do paciente terminal se configurará como um tratamento desumano, caso a pessoa, no âmbito de sua esfera pessoal, assim o entenda.¹⁹⁰

4.2 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUA COMPATIBILIDADE À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

A partir de uma análise sistêmica do ordenamento jurídico, as DAV são uma forma de efetivação dos princípios da humanidade e do princípio-mão da dignidade da pessoa humana, de modo a viabilizar que a autonomia da pessoa seja mantida intacta no momento em que não puder mais manifestar os seus desejos.

Necessário dizer que o Código Repressor Brasileiro não se trata expressamente da eutanásia nem da ortotanásia, mas o que ocorre na prática médica é um diálogo entre médicos, família e enfermo sobre os percursos no caso de uma doença terminando, de modo que elas expressam quais as terapias médicas possíveis e quais são consideradas por elas desproporcionais, havendo manifestação de vontade no que tange o recebimento, tão somente, de cuidados paliativos.¹⁹¹

Para Minahim e Portugal, as DAV para o final da vida, ainda que se entenda estar amparados pelos regramentos normativos do CFM,

Ou mesmo que se admita encontrar amparo no tratamento da autonomia dispensado no art. 15 do Código Civil brasileiro, pode vir a encontrar, no futuro Código Penal brasileiro, obstáculos. Isto porque, partindo de uma interpretação literal da norma penal estabelecida, mesmo a autorização

¹⁸⁹ RODRIGUES, José Henrique Torre. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. MORITZ, Rachel Duarte (org.). *Conflitos bioético do viver e do morrer*. Brasília: CFM, 2011, p.157-185.

¹⁹⁰ 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 Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

¹⁹¹ 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. 17.

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. De outro lado, a prática de intervenções desnecessárias e que causem apenas sofrimento podem ser reconhecidas como lesão corporal, porque embora o Brasil não disponha de uma Lei de Autonomia, a exemplo de outros países, os procedimentos não autorizados podem configurar o tipo descrito no artigo 146¹⁹² do Código Penal.¹⁹³

Concorda-se que as DAV para o final da vida é válida, independente de lei federal, caso contrário teria-se um sistema jurídico engessado, ignorando a presença de princípios constitucionais, que são normas que possuem conteúdo aberto e se adequam à diversos contextos, mesmo àquelas não tipificadas em legislação especial.¹⁹⁴

Nesse sentido, Dadalto discorre que, feita análise sistêmica do Direito brasileiro, em uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais, existiria a possibilidade jurídica para advogar a validade da declaração prévia de vontade, sendo, também, uma forma de proteção de sua autonomia do paciente.¹⁹⁵

Dworkin entende que preocupação com o final da vida é válida, por o ser humano ter enorme inquietude sobre esse momento final, de forma que o autor faz uma analogia quanto à última cena de uma peça teatral, sendo uma preocupação sobre a totalidade do trabalho coletivo.¹⁹⁶

Sem dúvidas, ao tratar de patologia sem cura e de um enfermo sem chances de melhora, sob um enfoque jurídico-penal, o profissional da Medicina quando não emprega tratamentos considerados desproporcionais ao paciente, que não têm o condão de curar o paciente ou, ao menos, melhorar esse estado médico, não causa a morte do paciente ao interromper, total ou parcialmente, os procedimentos que se objetivam a prolongar a vida artificial, e portanto, não há que se falar no tipo penal

¹⁹² 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. BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/De12848.htm>> Acesso em 9 jun. 2016.

¹⁹³ MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela Carvalho. *Op. cit.* 2015, p. 18.

¹⁹⁴ 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 Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

¹⁹⁵ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 28, May 2013. Disponível em <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872013000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 26 Ago. 2018.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 281.

do homicídio. Na mencionada hipótese, o médico apenas deixou que a morte tomasse o seu curso no momento correto, configurando-se como hipótese de ortotanásia, espécie permitida de acordo com o Direito brasileiro, conforme amplamente demonstrado.¹⁹⁷

Tratando do tema morte e o morrer, coaduna-se com a opinião de Dworkin, para quem entende que é complexo entender o que a morte significa para cada um, de modo que algumas pessoas preferem morrer a continuar existindo quando se vislumbra a possibilidade de viver permanentemente sedados ou incompetentes, bem como outras preferem lutar até o fim, mesmo que passem por sofrimentos, e, para outras, viver ou morrer não faz qualquer diferença.¹⁹⁸

Muito embora compreenda-se que muitas pessoas preferem sequer discutir o tema morte, trata-se de assunto de suma importância o debate, pois a morte, bem como parte da vida que é, só deve ocorrer com a observação dos direitos da pessoa humana, tendo o direito o paciente que, dada a impossibilidade de reversão do quadro clínico, prefere não mais agir e permitir que a morte venha de uma forma tranquila, sem medos ou quaisquer sofrimentos, de ordem física ou psicológica.

5. UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (DES)NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

5.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A MORTE NO OCIDENTE

É peculiar a forma como as sociedades distintas entendem a morte. De modo que é possível a afirmação de que a morte é um produto social. Nesse contexto, ensina Laura Scaldaferrri que a morte pode ser entendida também como uma produção social de cada sociedade, “seja do ponto de vista de sua rejeição pelas práticas e crenças, seja do ponto de vista dos seus estilos particulares de acontecer aos

¹⁹⁷ RODRIGUES, José Henrique Torre. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. MORITZ, Rachel Duarte (org.). *Conflitos bioético do viver e do morrer*. Brasília: CFM, 2011, p.157-185.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 281.

indivíduos, seja sob o ângulo de sua apropriação pelo sistema de poder”.¹⁹⁹ Assim, o processo de morte é mutante à época histórica em que se insere.

A forma como a morte é enxergada muda de acordo com as construções sociais, seus simbolismos e mudando também seus significados, que modificam a partir do contexto histórico, de cultura, de economia e político que se encontram e, assim, tais símbolos se encarregam de influenciar o ser humano.²⁰⁰

Em tempos mais remotos, o morrer era tido com mais naturalidade, aliada às curtas expectativas de vida, e, ainda, o assunto era tratado com a devida seriedade.²⁰¹

Especialmente na Idade Média, percebia-se um olhar mais simplista sobre o tema, com rituais preparados e a comunicação a todos os conhecidos do morto, sendo afirmado que a morte era vivida coletivamente.²⁰²

Até a primeira Grande Guerra, a morte no Ocidente caracterizava-se como um evento mais formal, estando ao lado os parentes do morto, bem como seus conhecidos próximos durante todo os atos fúnebres e durante o período de luto, de modo que a vida, voltava à normalidade devagar.²⁰³

Para Philippe Ariès o moribundo, ao notar que a morte se chegava, vivia um tempo reflexivo. Portanto, percebendo a morte para que a que os rituais agissem e, como consequência dessa aceitação, chegava a fase do fim.²⁰⁴

Com os grandes avanços da Ciência, na Idade Moderna, a morte passou a ser relacionada a sentimentos de medo, fracasso e frustração.²⁰⁵ Morrer, portanto, era uma falha.

Nos dias atuais, a morte é vista como um algo sombrio, de modo que se tornou proibido alertar ao moribundo que o fim se aproxima.

¹⁹⁹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 21

²⁰⁰ LIMA, Márcia Gabriela Rodrigues de. *Representações sociais sobre a morte para docentes enfermeiros e suas influências no ensino*. Dissertação (Mestrado em Enfermagem). Universidade Federal de Santa Maria. 2013, p. 23

²⁰¹ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto. 2006

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *Loc. cit.*

²⁰⁴ ARIÉS, Philippe. *O homem perante à morte*. 2 ed. Tradução de Ana Rabaça. Portugal: Publicações Europa-América, 2000, p. 24.

²⁰⁵ LIMA, Márcia Gabriela Rodrigues de. *Representações sociais sobre a morte para docentes enfermeiros e suas influências no ensino*. Dissertação (Mestrado em Enfermagem). Universidade Federal de Santa Maria. 2013, p. 25.

A morte que ocorria em lares, passou a ocorrer em hospitais, sendo uma grande mudança no morrer.²⁰⁶

Trata-se de uma mudança de perspectiva: passa-se de um evento público para um evento privado e de poucas pessoas, de forma a carregar um sentimento sombrio sobre o citado evento. Assim, esse medo gerou como consequência o medo da etapa final e variadas formas de prorrogar a sua chegada, com introdução dos mais diversos mecanismos fúteis de terapias médicas.

Tratar o morrer como uma falha é um erro grotesco e é fruto da evolução tecnológica e científica, em que ao mesmo tempo em que foi extremamente útil com a chegada de melhores condições de tratamento para as patologias encontradas, carregou também um sentimento de superpotência, em que acha-se que se tem solução para tudo e de modo a entender a morte como uma falha de fato.

Em função desse sentimento, o tratamento dispendido aos pacientes em leitos também mudou: houve um distanciamento entre as figuras dos trabalhadores dos hospitais e seus pacientes.

Merece crítica essa conduta, pois a morte, independente do local onde ela ocorra é parte natural da vida, não devendo ser enfrentada como um insucesso, mas como algo natural que é.

Notadamente sobre as mortes e as sociedades em que se insere, merece destaque a pesquisa feita por Philippe Ariès. O autor descreve quatro diferentes formas de agir diante do processo de morrer.

A primeira conduta, da qual o autor denomina de “morte domada” é explicada pela familiaridade com esse processo, em que se conta ao moribundo que é chegada a morte e sua cerimônia ocorre publicamente. O segundo momento é descrito como “morte de si mesmo”, com início na segunda metade da Idade Média e é tratada de forma mais sombria, de forma que o moribundo deve ter um comportamento tal que mereça determinada lugar no céu no juízo final, caso contrário a ele pertencerá o inferno.²⁰⁷

Ato contínuo, o terceiro período encontrado por Ariès, do qual é chamado de “morte do outro” remonta ao século XVIII, em que é perceptível o distanciamento com o

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ ARIÈS, Philippe. *A história da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Ediouro, 2002, p. 31.

morrer, em que se passa de normal para extraordinário. Assim, a morte passa a ser exaltada, o luto intenso e culto às sepulturas.²⁰⁸

Por fim, discorre o autor o quarto período, alcunhado de “morte interdita”, que teve início na segunda metade do século XIX e perdura até a atualidade. No citado período, a morte é encarada como algo vergonhoso e o assunto é tratado como tabu, algo proibido, diz o autor parecer existir um pacto de silêncio que oculta a proximidade da etapa final da vida.²⁰⁹

Desse modo, percebe-se que a forma em que as sociedades enxergavam o processo de morrer e a morte mudaram ao longo do tempo e por conta disso trouxeram significativos impactos, especialmente e inclusive na área médica.

5.2 DIREITO DE MORRER VS. DIREITO À MORTE DIGNA

É extremamente apropriada a verificação no sistema jurídico brasileiro se haveria uma permissão no referido sistema da existência de um direito de morrer, e, em caso positivo, quais seriam seus fundamentos, analisando se estaria em adequação aos princípios constitucionais.

Ressalta-se que não se privilegia apenas a dimensão biológica da vida, mas também a dimensão biográfica, entendendo que a qualidade é tão importante, senão mais importante, que a quantidade. É preciso adicionar vida nos dias.

Sendo assim, prolongar a vida ou postergar a morte só deve ser feita quando há indícios de que terão benefícios ao quadro clínico do paciente e que esse benefício não confronte o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida digna.²¹⁰

É preciso entender a dignidade da pessoa humana como uma cláusula geral e também um princípio, não podendo nunca ocorrer a colisão dela com o direito à vida, pois há, em verdade, um aspecto de complementariedade entre eles.

Para Adoni, opinião da qual se concorda, os direitos fundamentais constitucionalmente compreendidos, em especial, são envolvidos pela cláusula geral

²⁰⁸ ARIÈS, Philippe. *Loc. cit.*, p. 42-50.

²⁰⁹ *Ibidem.*

²¹⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Delrey, 2012, p. 76-77.

da dignidade da pessoa humana, de modo que é mecanismo condicionante no sentido de todos os princípios, direitos, normas, leis. Portanto, para o autor, não há colisão do direito à vida com o princípio da dignidade da pessoa humana.²¹¹

É mister explicar que não se trata de um trabalho sobre o direito de morrer de modo generalizante, mas baseado em um questionado destinado a um grupo específico de pessoas, numa verificação sobre a existência de um direito de morrer num contexto determinado.²¹²

Indubitavelmente, a o direito a morte digna é uma extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, na maneira que essa dignidade merece preservação do início até o último suspiro da pessoa, não se tratando de uma possibilidade, mas de um dever de preservá-la também na morte e em seu processo.²¹³

Entendem Barroso e Martel que, num ambiente de morte com intervenção, torna-se necessário o respeito a autonomia do paciente. Discorrem que "do ponto de vista filosófico, é melhor a fórmula que reconhece o indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolher e de assumir as responsabilidades por elas".²¹⁴

Não se trata, portanto, de advogar pelo direito de morrer de forma pura, mas apenas assegurar um direito de que a morte, que é evento certo e determinado, ocorra de maneira digna, respeitados os direitos da pessoa humana e que eles sejam mantidos intactos até que não haja mais vida.

Conclui-se que o direito a morte digna tem respaldo constitucional e também no princípio da fraternidade, ao expressar "o compromisso de todos na garantia de uma existência comum digna". Explica Minahim que o referido princípio pode ser extraído dos objetivos fundamentais da República ao dispor sobre a construção de uma

²¹¹ ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*. Ano 92, volume 818. 2003. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 395-423

²¹² 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. 322-323 Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 28 Ago. 2018.

²¹³ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O testamento vital. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XIV, 2012, p. 53-71.

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos V. A morte como ela é. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 175-212

sociedade justa, livre e solidária, de modo a ser uma preocupação constitucional em assegurar condições dignas aos indivíduos.²¹⁵

Desse modo, em havendo um compromisso trazido pela CRFB com a existência digna, a morte digna também seria um compromisso, pois, é cediço que a vida engloba também o momento final e esse último não poderia ocorrer sem que fossem assegurados os direitos da pessoa. Portanto, afirma-se a existência de um direito à morte digna.

Reitera-se que não se trata de uma disposição da vida, que sequer é questionada, mas tão somente que a morte, que é compreendida pela vida, ocorra de forma digna. Todo o período vivido pela pessoa merece observância da dignidade da pessoa humana.

5.3 A POSSÍVEL FALTA DE EFETIVIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A QUESTÃO MÉDICA E JURÍDICA E A INFLUÊNCIA DA MENTALIDADE RELIGIOSA NAS DAV E A BUSCA PELA EFETIVIDADE: A (DES) NECESSIDADE DE ATUAÇÃO LEGISLATIVA SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: DA INSEGURANÇA JURÍDICA À POSITIVAÇÃO EXTREMA

Inicialmente, cumpre observar que diversas causas podem gerar uma falta de efetividade de institutos no sistema jurídico.

No que tange as DAV questiona-se se ausência de lei seria a causa de sua inefetividade e se, de fato, há essa inefetividade, que poderiam ocorrer por fatores médicos, jurídicos ou pela influência religiosa.

Desse modo, é preciso fazer uma análise, ainda que breve, sobre o enfrentamento da morte pelas religiões e como isso influencia no entender a morte e o processo de morrer.

As religiões possuem papel de importante relevo no que tange a forma dos indivíduos lidam com a morte, à proporção que seus ensinamentos delineiam formas diferenciadas de entender e pensar sobre a vida e seu fim.

²¹⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130-131

No judaísmo, existiam regras que eram transmitidas oralmente que, com a dispersão de seu povo em face de diásporas, tais regras foram inseridas no *Talmud*, pelo medo de que com o tempo pudessem vir a serem perdidas.²¹⁶

O *Talmud*, portanto, trata-se de um texto usado pelos rabinos em seus discursos para a orientação de sua comunidade sobre situações concretas. E uma dessas situações inseridas no livro é o enfrentamento da morte, feita de forma direta.²¹⁷

A visão do judaísmo sobre o tema traz o encorajamento no momento final da doença, de forma a estimular o receptor dos ensinamentos a assistir e consolar o doente. Nesse mesmo sentido segue o sistema legal judeu, chamado de *hallacha*, ao criar uma estrutura que informa ao paciente que esse se encontra em situação de final de vida e de sua gravidade e, simultaneamente, não remove esperanças do moribundo.²¹⁸

A referida estrutura reafirma a necessidade esclarecer a situação, de enfrentar a morte, atuando em sentido contrário às formas de lidar a morte analisada na “morte interdita” de Philippe Ariès, vista em capítulo anterior.

No que tange o enfrentamento da morte no judaísmo, não existem grandes discussões. O assunto ganha mais destaque e fervorosos comentários e divergências ao tratar da definição de morte pela supracitada religião, sendo muito discutida pelos bioeticistas judeus contemporâneos.

Muito embora exista o posicionamento da Medicina moderna sobre o critério de constatação da morte, qual seja, o critério da morte encefálica, a definição de morte no judaísmo, segundo os escritos do *Talmud* é de parada cardiorrespiratória. De forma que a divergência reside na questão da interpretação desses escritos. Se de maneira literal, entendida em sua maioria por rabinos conservadores ou maneira extensiva, abrangendo o critério estabelecido pela Medicina moderna e sustentada pelos rabinos liberais.²¹⁹

A interpretação extensiva dos ensinamentos do *Talmud* fundamentaria, portanto, argumentos favoráveis à possibilidade de desligamento de respirador de paciente

²¹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p. 115.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p. 115.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 116.

em situação de terminalidade. É sob essa ótica que se situam os intensos debates entre comunidades judaicas conservadoras e ortodoxas e as mais liberais.

Ademais, mister ressaltar que, para o judaísmo a morte é compreendida em duas fases: a primeira, há o emprego de todos os esforços que objetivem o sustento da vida, visando seu prolongamento a qualquer custo, ainda que haja a utilização de meios extraordinários; e a segunda, cuja conceituação carece de maior delimitação, a lei judaica permite – podendo essa permissão ser entendida como uma exigência – o afastamento de fator estranho ao paciente, que tenha aptidão de artificialmente retardar o momento final da morte, o momento da partida.²²⁰

Nessa perspectiva, há uma clara dificuldade em determinar as duas fases do processo de morrer, obstando a compreensão do momento correto de não mais empregar meios extraordinários ao paciente, permitindo, portanto, que a morte chegue ao seu tempo certo e impedindo uma vida artificial.

Sobre o tema, Kübler-Ross afirma que a autorização, na segunda fase do processo de morrer, ao passo em que permite a retirada de “qualquer fator estranho ao corpo do paciente ou não”, poderia permitir, inclusive, a legalidade de apressar a morte de uma pessoa acometida por doença incurável que agoniza, retirando os remédios que mantêm a sua vida de forma tão somente artificial.²²¹

Para a autora, cada caso deve ser julgado de acordo com sua individualidade e sem qualquer relação de dependência com os demais, considerando para a formação de um juízo de valor julgamentos objetivos médicos, particularidades do paciente e a condição clínica. Portanto, a análise é cautelosa e subjetiva, chegando a conclusão no sentido de que

A ciência e a tecnologia que produziu já não são valor livre, desobrigado a enfrentar dilemas morais e decisões que devem orientar sua aplicação prática à situação humana. Tais julgamentos devem ser feitos dentro da estrutura de um sistema de filosofia moral que veja não só a ética situacionista imediata como também a longa fila de ramificações. A tradição judaica tem examinado longamente os princípios subjacentes em tais questões.²²²

De outro lado, o budismo traz visão diferenciada da morte, enxergando-a tão somente como uma transição, e não como o fim da vida, em razão de crer no

²²⁰ KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Morte: Estágio Final da Evolução*. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 73.

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibidem*, p. 74.

renascimento. Em sendo assim, os budistas entendem que o suicídio não se configura como um meio de escape do sofrimento.²²³

Muito embora a comunidade dos seguidores de Buda, *sangha*, condenem a prática do suicídio, entendendo o ato como uma ação imprópria, existem relatos de casos que descrevem que o próprio Buda teria entendido o motivo da prática e perdoado, todavia, tal perdão tenha se dado, tão somente, pelo fato de os indivíduos ao praticarem suicídio estarem “livres de egoísmos e desejo, portanto, iluminadas”.²²⁴

Sobre a morte, o budismo enfrenta frontalmente a questão da morte digna, sendo uma possibilidade a prática de auxílio ao suicídio em casos de morte iminente caso o motivo da prática seja a compaixão.²²⁵

Nesse sentido, tem-se que a religião budista vai além, enfrentando temas que em muitas legislações e outras religiões, trataria como crime ou pecado, respectivamente.

No que tange o processo de morrer, o budismo não se exaure na discussão da possibilidade de auxílio ao suicídio, se presentes os requisitos supracitados, mas cuidam, também, do debate da utilização de drogas para o alívio da dor.

Sobre o tema, o budismo entende ser permitida a utilização de drogas com o objetivo único de aliviar as dores. Segundo a citada religião, os seres humanos

Foram instruídos por Buda para que não fizessem qualquer plano sem contar com a morte, pois ela é inevitável e não respeita ninguém. Segundo Buda, não há paz duradoura enquanto a pessoa ainda está no corpo, de forma que ninguém deve confiar numa vida sustentada por coisa tão incerta como inspirar e respirar.²²⁶

Sob outra perspectiva, o Cristianismo se posicionou sobre a eutanásia, inicialmente, no documento nomeado de *Declaração sobre a eutanásia*, datado de 5 de maio de 1980, da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, entendendo ser uma “ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor”, situando-se no elemento intencional da ação ou omissão.²²⁷

²²³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p. 118.

²²⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p. 118.

²²⁵ *Ibidem.*, p. 119

²²⁶ *Ibidem*, p. 120-121

²²⁷ *Ibidem*, p. 125.

Sobre a referida ação ou omissão, entende o cristianismo ser uma clara violação da lei divina, que ofenderia a própria dignidade humana, sendo um crime contra a vida e contra a toda humanidade.²²⁸

Segue discutindo o tema na Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, em que se afirma ser a eutanásia

um dos sintomas mais alarmantes da cultura da morte que avança, sobretudo, nas sociedades do bem-estar, caracterizada por uma mentalidade eficientista que faz aparecer demasiadamente gravoso e insuportável o número crescente das pessoas idosas e debilitadas. Com muita frequência, estas acabam por ser isoladas da família e da sociedade, organizada que exclusivamente sobre a base dos critérios de eficiência produtiva, segundos os quais uma vida irremediavelmente incapaz não tem mais nenhum valor.²²⁹

De igual modo, o cristianismo condena veementemente a prática da distanásia, entendendo ser a decisão de renunciar ao “excesso terapêutico”, haja vista ser intervenções cirúrgicas ou medicamentosas reputadas inadequadas ao doente ao não trazer qualquer benefício do ponto de vista clínico, ao passo que ao doente se tornam gravosas ou desproporcionais ao resultado pretendido.²³⁰

Dessarte, percebe-se terem as religiões susomencionadas peculiaridades sobre o tema da morte, que passaram a influenciar seus praticantes de forma significativa, podendo ser visualizada tal maneira de pensar nas sociedades em que estão inseridas, podendo ser elas um dos fatores que dificultam o debate e uma possível lei sobre as DAV.

Ainda tratando sobre o poder dos debates religiosos sobre os mais diversos temas, destaca-se a força que tem a bancada religiosa no Congresso Nacional Brasileiro, em sendo assim, é preciso discorrer, ainda que brevemente, sobre o conjunto religião e política.

De acordo com Priscila Carla Santana e Moura, religião e política são capazes de movimentar tanto a vida social, como a vida cultural de uma comunidade. Para a autora,

Em face desse deslocamento, é certa a inquietude por parte de especialistas acerca dos encadeamentos produzidos em decorrência da participação política das lideranças eclesiais para o desenvolvimento do sistema democrático, pois receiam o incremento da intolerância religiosa,

²²⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p. 125.

²²⁹ *Ibidem*, p. 126.

²³⁰ *Ibidem*, p. 127.

tendo em vista que estes agentes sociais já atestaram ter reduzido controle proativo voltado para a regulação estatal da atividade pública²³¹

O ponto em questão não é se as religiões devem se envolver em debates políticos, mas já que assim ocorre, analisar seus impactos na atuação do legislativo.

Ensina a citada autora que Religião e Direito faz parte de uma contínua mutação, de modo a perceber

ciclos marcados por eventos que caracterizaram como se deu a relação do direito e da religião ao longo de cada período histórico. Inicialmente, no que se acostumou chamar de Antiguidade oriental, e até mesmo antes desse período, houve uma inegável predominância do aspecto religioso, no sentido de práticas ritualísticas, místicas e experimentalistas a fim de entender o funcionamento da natureza bem como as formas de se relacionar com ela. A mágica foi, por alguns milhares de anos, a ferramenta utilizada pelo homem para que se desse sua sobrevivência e sua percepção de mundo.²³²

Explica ainda que a neutralidade religiosa a que pretende o Estado Laico, impede não só a instrumentalização do poder político, mas de uma comunidade religiosa determinada. Assim, se propõe ainda garantir a liberdade de todos indivíduos, tanto aqueles que creem em alguma coisa, como daqueles que não creem em nada, de forma que o Estado aja de modo completamente imparcial.²³³

Mas não é assim que acontece. A influência da bancada religiosa é intensa, forte, impedindo, inclusive que certos assuntos sejam tratados em nível do Poder Legislativo, a exemplo da atuação para barrar mudanças polêmicas no CP.²³⁴

Por conseguinte, é possível concluir que os debates políticos influenciados pela bancada evangélica, notadamente a bancada religiosa com extrema força na política brasileira, confirma o entendimento de que o discurso político é atravessado pela

²³¹ SANTANA E MOURA, Priscila Carla. *A atuação da Religião na Política Brasileira: Uma análise crítica dos projetos legislativos da bancada evangélica no Congresso Nacional*. 45 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2017. Disponível em ><https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20244/3/AtuacaoReligiaoPolitica.pdf><. Acesso em 04 de set. 2018.

²³² SANTANA E MOURA, Priscila Carla. *A atuação da Religião na Política Brasileira: Uma análise crítica dos projetos legislativos da bancada evangélica no Congresso Nacional*. 45 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2017. Disponível em ><https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20244/3/AtuacaoReligiaoPolitica.pdf><. Acesso em 04 de set. 2018.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ LIMA, Luciana. Bancada Evangélica age para barrar mudanças polêmicas no Código Penal. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-04-14/bancada-evangelica-age-para-barrar-mudancas-polemicas-no-codigo-penal.html>> Acesso em 03 de set. 2018.

reinvidicação e reafirmação dos valores de tradição desses grupos.²³⁵ Assim, aqueles assuntos que são colidentes com os valores desses grupos parecem sempre precisar de combate.

De mais a mais, é preciso enfrentar a questão, trazer assuntos que, para muitos, são polêmicos, mas que o debate é necessário e bem vindo à sociedade, sobretudo para aqueles que estão vivendo um momento complexo e que precisam de respostas legislativas.

Olhando apenas para os princípios constitucionais, as leis federais, notadamente o CP e o CC, não se poderia falar nunca em uma inconstitucionalidade, afronta ou colisão das DAV com a CRFB e os códigos brasileiros.

Ocorre que olhar apenas para a questão da compatibilização constitucional é fechar os olhos para a questão da aplicação e da efetividade das diretivas antecipadas de vontade e o instituto em questão.

É falar apenas teoricamente e não analisar a questão prática que o tema impõe.

É preciso observar se as DAV estão sendo cumpridas pelos hospitais, médicos, familiares dos doentes, é procurar saber se a falta de lei é realmente um fator que abala a efetividade, bem como se a criação de uma lei federal sobre o tema supriria o problema.

Como bem salienta Camila Fior Giacomolli,²³⁶ em uma análise simplista de verificação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida garantiriam a viabilidade das diretivas antecipadas de vontade, bem como pelo que enuncia o disposto no art. 15 do CC²³⁷, que dita que “ninguém poderá ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, e então bastaria, mas não é bem assim.

²³⁵ LIMA, Luciana. Bancada Evangélica age para barrar mudanças polêmicas no Código Penal. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-04-14/bancada-evangelica-age-para-barrar-mudancas-polemicas-no-codigo-penal.html>> Acesso em 03 de set. 2018.

²³⁶ GIACOMOLLI, Camila Fior. *Testamento vital*: Contexto jurídico brasileiro e sua efetividade para garantir os direitos do paciente em fim de vida. 115 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, 2015. Disponível em <<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/790/1/PF2015CamilaGiacomolli.pdf>>. Acesso em 04 de set. 2018.

²³⁷ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 1 set. 2018.

Anelise Crippa e Ana Maria Golçalves Feijó preconizam que é “primordial que haja uma uniformização da forma e exigências para o registro de uma Diretiva Antecipada de Vontade”.²³⁸

Para as citadas autoras, a sociedade brasileira necessita de uma regulamentação legislativa sobre o tema e que essa regulamentação venha a elucidar os conflitos que já existem sobre o instituto, tais como o local, modo de registro, suas consequências, prazos, etc, de modo a respaldar melhor a população sobre as DAV.²³⁹

Concluem as autoras que seriam mais benéfico à população e, mais especificamente, àqueles que desejam ver suas vontades serem cumpridas, tanto pelos hospitais, como pelos médicos, sendo mais seguro que o documento firmado pelo tabelião, com fé pública, projetasse assim todos os seus efeitos legais.²⁴⁰

Ensina Dadalto que a criação de um registro nacional de DAV é de suma importância para dar uma maior efetividade no cumprimento das mencionadas diretivas, de forma que não mais subsistiria o medo de que as DAV feitas fossem apenas um pedaço de papel. De forma que, para a autora, uma vez existindo as disposições formais, deveria o cartório encaminhá-las aos Registro Nacional de modo a garantir sua efetividade, devendo ser de forma pública.²⁴¹

Concorda-se com a autora que afirma que a legislação específica sobre as DAV é imprescindível para sua efetivação e com a consequente disseminação do tema no Brasil, de modo que regulamentaria aspectos essenciais sobre o assunto, como o conteúdo, prazo de eficácia, quem poderia ser nomeado, dentre outros.²⁴²

Desse modo, conclui-se pela necessidade de uma legislação federal sobre as DAV que garantirá sua efetividade em território nacional, uma vez que sua compatibilidade com o sistema jurídico poderia ser entendida tão somente pela

²³⁸ CRIPPA, Anelise; FEIJÓ, Anamaria Golçalves dos Santos. *O registro das Diretivas Antecipadas de Vontade*: opinião dos tabeliães da cidade de Porto Alegre – RS.. *O Mundo da Saúde*, São Paulo - 2016;40(2):257-266 *Bioética no Mundo da Saúde*.

²³⁹ CRIPPA, Anelise; FEIJÓ, Anamaria Golçalves dos Santos. *O registro das Diretivas Antecipadas de Vontade*: opinião dos tabeliães da cidade de Porto Alegre – RS.. *O Mundo da Saúde*, São Paulo - 2016;40(2):257-266 *Bioética no Mundo da Saúde*.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. Luciana Dadalto. *civilistica.com* || a. 2. n. 4. 2013 ||. Disponível em <<https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registraes-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>> Acesso em 04 set. 2018.

²⁴² *Ibidem*.

análise principiológica, mas diante da necessidade de garantir a segurança jurídica, uma lei federal sobre o tema torna-se necessário. Assim, passa-se de uma análise teórica, de compatibilidade, para uma análise prática, de efetividade.

6 CONCLUSÕES

Compreender as diretivas antecipadas de vontade e a possibilidade de se tratar de um instituto compatível com o Direito Brasileiro, requer uma análise pormenorizada sobre conceitos de autonomia, que, diga-se de passagem, não é estanque, sofreu modificações ao longo do tempo, tendo se ramificado em autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia existencial.

Diz-se que a autonomia da vontade relaciona-se com a liberdade individual do sujeito, na medida que reflete seus desejos, enquanto que a autonomia privada é mais restrita, pois contém limitações do ordenamento, numa preocupação com a solidariedade contratual.

Notadamente sobre a manifestação de vontade de pacientes em fim de vida, percebe-se que a autonomia ganha destaque, na medida é uma condição para validar as decisões, de modo a preservar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, é certo que o referido princípio merece igual observância diante da finitude da vida, uma vez que a morte está contida no viver, não podendo, portanto, o princípio se dissociar do ser humano.

Mister salientar que, ainda que o Direito Brasileiro entenda que a autonomia é deveras importante, condutas que interrompem a vida antes do momento certo são proibidas.

Fala-se, desse modo, da proibição de realização da eutanásia, pois caracteriza-se por ser uma ação ou omissão que implique em antecipação da morte. Do outro lado, tem-se que a distanásia é conduta rechaçada pelo CFM, uma vez que não se configura numa prolongação da vida, tampouco um adiamento da morte, mas na prorrogação do processo de morrer, o que é diferente.

Chega-se, assim, na ortotanásia, que não só é permitida pelo Direito Brasileiro, ainda que não expressamente, mas deve ser encarada como um dever dos médicos, pois, com ela se permite que a morte chegue no momento certo, tendo relação íntima com cuidados paliativos.

Tais cuidados são importantes ao enxergar que, apesar de não ser possível encontrar a cura para certa enfermidade, e os cuidados que serão dispostos ao paciente visam o seu conforto, entendendo que a saúde não só compreende o estado físico, como também psíquico, espiritual.

De igual modo, relaciona-se às diretivas antecipadas de vontade, sendo um instrumento relevante, ao estabelecer previamente as vontades do doente no que tange tratamento médicos e servindo, da mesma forma, como uma forma de respaldo do médico contra eventuais processos por familiares dos pacientes quando esse médico cumpre as diretrizes especificadas em DAV. Portanto, é instrumento que realça a dignidade da pessoa humana.

Segue esse pensamento a resolução nº 1.805/06 do CFM ao dispor sobre a permissão do médico de realizar a ortotanásia, fundamentando nos princípios da humanidade, da dignidade humana e também no direito à vida.

Notadamente sobre as DAV, tem-se que a resolução 1.995/12 do CFM é importante documento, pois traz uma imposição ao médico de respeito às diretivas antecipadas de vontade que estiverem em conformidade com o Direito Brasileiro. *A contrario sensu*, poderiam os médicos se negar a cumprir as diretivas que contivessem dispositivos conflitantes com o ordenamento jurídico pátrio.

Chega-se a conclusão de que o instituto em questão é compatível com o direito brasileiro, numa interpretação sistemática, sobretudo com o direito repressor. É de se dizer: não é possível que se analise um dispositivo sob uma ótica isolada, pois uma análise correta é enxergar o sistema como um todo e o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo irradiante de todo o ordenamento jurídico.

Dessa forma, entende-se que o direito a vida é também o direito a vida digna, pois, como dito, a vida inclui a morte, que nada mais é que sua etapa final e não se poderia conceber que esse momento ocorresse sem a observância dos direitos da pessoa, especialmente sem a observância do direito da dignidade da pessoa humana.

Portanto, deve ser entendido como uma vedação a imposição de tratamentos que impliquem em dor ao enfermo, e dor sendo entendida como dor física, psíquica ou espiritual.

É de se entender, também, que o direito à morte digna é respeitar a dignidade da pessoa humana, é reconhecer como uma consequência imediata da dignidade humana que merece ser observada em todos os aspectos da vida, e, portanto, também na morte.

Assim, merece cumprimento as diretivas antecipadas de vontade que disponham sobre tanto e que não conflitem com o ordenamento brasileiro.

E, diante da necessidade de garantir uma maior segurança jurídica para aqueles que fazem DAV, urge a necessidade de criação legislativa sobre o tema, ao passo que somente pela análise da compatibilidade isso não seria necessário, mas diante desse nova necessidade, entende-se pela indispensabilidade de inovação sistêmica pelo Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*. Ano 92, volume 818. 2003. São Paulo: Revista dos tribunais.

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*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>>.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDORNO, Roberto. Los principios de La bioética. *Dos hospitales aos tribunais*. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitales aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ARIÈS, Philippe. *A história da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Ediouro, 2002.

_____. *O homem perante à morte*. 2 ed. Tradução de Ana Rabaça. Portugal: Publicações Europa-América, 2000.

ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. *Diretivas Antecipadas de Vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.

ÀVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Daniel Lima; BURLA, Claudia; PY, Ligia. Cuidados Paliativos. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitales aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

BARBOZA, Danielle Rinaldi. *Adolescente, punição e garantismo: uma interpretação sistemática do direito*. 2010. Dissertação (Mestrado em Políticas e práticas com Adolescentes em conflito com e lei). Universidade Bandeirante de São Paulo, São Paulo.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos V. A morte como ela é. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

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

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 57, ano 15, 2014.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o

paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 57, ano 15, 2014.

BESERRA, Karoline Mafra Sarmento. Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal e o monitoramento eletrônico sob a ótica dos direitos fundamentais. *Revista de Direito econômico e socioambiental*. Curitiba, v.4, n.2, 2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade da pessoa humana: princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013.

_____. Advance directives: a tool that will ensure a die with dignity. *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 26, Sept. 2012. Disponível em <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300004&lng=en&nrm=iso>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>

_____. *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/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

_____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

BURLA, Claudia. Cuidados ao fim da vida: uma preocupação da prática da medicina geriátrica. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

CABRAL, Érico De Pina. A “autonomia” no direito privado. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 5, jul./set. 2004.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4 ed., Coimbra: Coimbra, 2000.

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

COELHO, Elisabete Rodrigues. *Suicídios de internos em um hospital de custódia e tratamento*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina*. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>

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

_____. *Resolução nº 1805 de 2006*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> acesso 9 jun. 2016.

_____. *Resolução nº 1995 de 2012*. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20115:&catid=46>

CRIPPA, Anelise; FEIJÓ, Anamaria Golçalves dos Santos. *O registro das Diretivas Antecipadas de Vontade: opinião dos tabeliães da cidade de Porto Alegre – RS.. O Mundo da Saúde, São Paulo - 2016;40(2):257-266* Bioética no Mundo da Saúde

CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas de vontade como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013.

_____. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 28, May 2013. Disponível em <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872013000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 26 ago. 2018.

_____. *Testamento vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DIAS, Roberto. A dignidade da pessoa humana e o testamento vital no ordenamento brasileiro. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; DE OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos. *Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Forum. 2010.

DISTRITO FEDERAL. Justiça Federal do Distrito Federal. Sentença nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>

DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRISO, Gisele de Lourdes. A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. *Revista dos tribunais* ano 98, vol. 885, 2009.

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>>

GENEBRA. III *Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra de 1949*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>>

GIACOMOLLI, Camila Fior. *Testamento vital: Contexto jurídico brasileiro e sua efetividade para garantir os direitos do paciente em fim de vida*. 115 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, 2015. Disponível em <<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/790/1/PF2015CamilaGiacomolli.pdf>>.

GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. 2006. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto, Porto.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KAROLENSKY, Natália Regina; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: análise das recentes resoluções da CFM e do anteprojeto do Código Penal de 2012*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74249bfb36330626>>

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.

KRAVETZ, Rafaella Zanatta Caon. *O direito à vida e o direito à morte: o problema do suicídio assistido a partir de uma visão foucaultiana*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó. 2014.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Morte: Estágio Final da Evolução*. Rio de Janeiro: Record, 1996.

LASELVA, Claudia Regina. *O paciente terminal: Vale a pena investir no tratamento?*. Disponível em <[http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20\(Cludia\).pdf](http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20(Cludia).pdf)>

LIMA, Luciana. Bancada Evangélica age para barrar mudanças polêmicas no Código Penal. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-04-14/bancada-evangelica-age-para-barrar-mudancas-polemicas-no-codigo-penal.html>>

LIMA, Márcia Gabriela Rodrigues de. *Representações sociais sobre a morte para docentes enfermeiros e suas influências no ensino*. 2013. Dissertação (Mestrado em Enfermagem). Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria.

MACIEL, Maria Goretti Sales. Assistência à terminalidade da vida: a orientação do cuidado paliativo. MORITZ, Rachel Duarte (org.). *Conflitos bioético do viver e do morrer*. Brasília: CFM, 2011.

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>.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 1, vol. 3, jul-set, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O direito e o dever de morrer: a complexidade de um tema. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O testamento vital. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XIV, 2012.

MÖLLER, 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*. 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.

NEVES, Rodrigo Santos. O testamento vital: autonomia privada x direito à vida. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013.

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

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. *O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>

PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Disponível em <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/394/357> Acesso em: 02 set. 2018.

_____. *Distanásia: até quando prolongar a vida*. São Paulo: Editora Loyola, 2001.

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

_____. *Pensando o final: reflexões sobre o direito de morrer*. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009.

PIVA, Jefferson Pedro; KIPPER, Délio José. *Dilemas éticos e legais em paciente criticamente doentes*. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54345/000096577.pdf?sequence=1>>

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

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

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

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.

REIS, Teresa C. dos; SILVA, Carlos Henrique. Futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado;

DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

REQUIÃO, Maurício. *Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares*. In REQUIÃO, Maurício (coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm. 2014.

RODRIGUES, José Henrique Torre. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. MORITZ, Rachel Duarte (org.). *Conflitos bioético do viver e do morrer*. Brasília: CFM, 2011.

RODRIGUES, Renata de Lima. Diretivas antecipadas de vontade: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde e à vida digna In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTANA E MOURA, Priscila Carla. *A atuação da Religião na Política Brasileira: Uma análise crítica dos projetos legislativos da bancada evangélica no Congresso Nacional*. 45 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2017. Disponível em ><https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20244/3/AtuacaoReligiaoPolitica.pdf>>

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Orgs.) *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SATIN, Janaina Rigo. A Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Jurisvox*. Ano 9. Patos de Minas: Centro Universitário de Patos de Minas, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar. 1991.

TAKITO, Daniela Suemi; LEMONICA, Lino. *Cuidados com o doente terminal: considerações técnico-científico, ético e humanitária*. Disponível em: <<http://sboc.org.br/revista-sboc/pdfs/1/artigo2.pdf>>

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 Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 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=S0041-87812004000100002&lng=en&nrm=iso>.

_____. *A ortotanásia e o direito penal brasileiro*. Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina. 2008. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59>

_____. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos polêmicos da disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005.

WHO (World Health Organization). *Definition of palliative care*, 2002. Disponível em <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en>>

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2013.