



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HANNAH ABRAM SANTOS

**REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE MORRER: UMA
ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (IN)COMPATIBILIDADE DAS
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COM O SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador
2016

HANNAH ABRAM SANTOS

**REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE MORRER: UMA
ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (IN)COMPABILIDADE DAS
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COM O SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO**

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

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho
Portugal

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

HANNAH ABRAM SANTOS

**REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE MORRER: UMA
ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA
(IN)COMPABILIDADE DAS DIRETIVAS
ANTECIPADAS DE VONTADE COM O SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO**

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Aos meus pais e meu irmão, pelo amor incondicional.

A minha avó, Judith Azoubel Abram (*In memoriam*), fonte de inspiração, que me ensinou que o amor transcende a vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo que sou e por ter me guiado e me dado forças nessa jornada.

A minha orientadora, a Professora Doutora Daniela Carvalho Portugal, não só pela maravilhosa orientação, mas por ter despertado em mim, desde o segundo semestre da faculdade de Direito, o interesse pelo Direito Penal e, depois, pela Bioética. Suas brilhantes aulas e todo seu apoio foram fundamentais para a minha caminhada.

A Marcos Brasil e Zelda Abram, meus pais, pelo tempo disponibilizado para a leitura dos capítulos recém-escritos, pela compreensão pelas ausências que lhes impus e pelo apoio de sempre.

A Camila Azevedo Farias, por ser mais que uma amiga, por todo o suporte durante o processo de pesquisa e de escrita da monografia. Incorreria em ingrata omissão se deixasse de evidenciar seu contante apoio, não apenas moral, mas também técnico ao trabalho monográfico.

A Dra. Maria Elisa Villas-Bôas, por disponibilizar de seu tempo para engrandecer a pesquisa com valiosas sugestões e pelas indicações de fonte de pesquisa.

A Dr. André Porciuncula, pelas discussões sobre Direito e Bioética e pelos materiais emprestados.

Aos professores Doutores Maurício Requião e Ana Thereza Meirelles, por todo apoio, sempre disponíveis para ajudar, contribuindo para o engrandecimento da pesquisa.

A Vinícius Assumpção e Mayana Sales, pelas recomendações de pesquisa e ajuda com material bibliográfico.

Esse trabalho também deve muito aos amigos, colegas e família, por todo o incentivo recebido ao longo do processo de escrita da monografia e pela compreensão pelas minhas ausências aos eventos, em especial à Julia Porto, Sandra Brasil, Saul Abram Santos, Bruna Amorim, Alessandra Eloy, Leonardo Brasil, Victor Lussano e Eduardo Sancho.

“A morte deveria ser assim: um céu que pouco a pouco anoitecesse e a gente nem soubesse que era o fim...”.

Mario Quintana

RESUMO

O presente trabalho cuida da análise do instituto das diretivas antecipadas de vontade, de forma a verificar sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro, por meio do exame dos dispositivos constitucionais do direito à vida, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da humanidade. Para tanto, mister verificar a expressão da autonomia no referido instituto, sobretudo nas diretivas antecipadas de vontade que tratem do final da vida. Portanto, impera identificar o tratamento jurídico dado ao suicídio e ao suicídio assistido, bem como às práticas de eutanásia, ortotanásia e distanásia para verificar qual conteúdo poderia ser tratado em documento de diretivas antecipadas de vontade, analisando a licitude dos conteúdos sob uma ótica jurídico-penal. No presente trabalho monográfico foram estabelecidas definições e critérios médico-legais de morte e diferenciações entre os estados de morte biológica, clínica, aparente e real, verificando em quais termos as diretivas antecipadas de vontade se relacionam com as medidas de manutenção de vida, ponderando quais delas poderiam ser dispensadas em documento de manifestação de desejos e quais se configurariam como essenciais ao cuidado com o indivíduo. As diretivas antecipadas de vontade foram inspiradas com a promulgação da lei federal americana que trouxe o *Patient Self-Determined Act*, passando a ser discutida em diversos países. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina regulamentou o tema por meio da resolução nº 1.805/06, tratando expressamente da ortotanásia, e da resolução nº 1.995/12, dispondo sobre o instituto das diretivas da vontade como forma de preservação e respeito à autonomia do paciente. Assim, o cerne desse estudo consiste na análise da compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade com o sistema jurídico brasileiro, investigando se estaria o instituto afrontando normas da Constituição Federal de 1988. Portanto, averiguar-se-á por meio de uma análise sistemática do ordenamento jurídico se as diretivas antecipadas de vontade se coadunam com os preceitos constitucionais e quais matérias podem ser por ela tratadas.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de Vontade; Direito Penal; Autonomia; Direito à Vida; Direito à Morte Digna; Ortotanásia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--------------------------------------|
| ACP | Acção Civil Pública |
| AHA | Alimentação e Hidratação Artificiais |
| 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 |
| EVP | Estado Vegetativo Persistente |
| IV | Intravenosa |
| MPF | Ministério Público Federal |
| n. | número |
| PSDA | <i>Patient Self-Determined Act</i> |
| Res. | Resolução |
| SC | Subcutânea |
| SNC | Sistema Nervoso Central |
| SUS | Sistema Único de Saúde |
| vol. | Volume |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | |
| 2 EXPRESSÃO DA AUTONOMIA E O TRATAMENTO JURÍDICO DADO À TERMINALIDADE DA VIDA | 13 |
| 2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A AUTONOMIA PRIVADA | 17 |
| 2.2 A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONDUÇÃO DO FINAL DA VIDA E INTERFACES COM O DIREITO PENAL | 23 |
| 2.2.1 Uma análise histórica sobre a terminalidade | 28 |
| 2.2.2 O tratamento jurídico-penal dado ao suicídio | 31 |
| 2.2.3 A manifestação da autonomia nas situações de abreviamento da vida com auxílio ou intervenção de terceiro | 33 |
| 2.2.4 Formas de abreviamento da vida: a eutanásia e suas derivações | 36 |
| 2.2.4.1 Eutanásia passiva e ativa | 37 |
| 2.2.4.2 A distanásia e suas implicações | 39 |
| 2.2.4.3 A mistanásia | 41 |
| 2.2.5 A morte no seu tempo: ortotanásia | 42 |
| 3 SOBRE A MORTE E O MORRER: DISCUTINDO A TERMINALIDADE E O FIM DA VIDA | 46 |
| 3.1 UMA ANÁLISE SOBRE A MORTE NO OCIDENTE | 47 |
| 3.2 CONCEITOS MÉDICOS-LEGAIS ESSENCIAIS | 49 |
| 3.2.1 Definição jurídica atual de morte | 50 |
| 3.2.2 Morte, morte clínica e biológica | 51 |
| 3.2.3 Critérios de constatação da morte | 54 |
| 3.2.3.1 Critério cardiorrespiratório e morte encefálica | 55 |
| 3.2.3.3 Morte real e morte aparente | 62 |
| 3.2.4 Quadros clínicos, medidas de manutenção da vida e estados intermédios | 64 |
| 3.2.4.1 Medidas ordinárias e extraordinárias, tratamentos proporcionais e desproporcionais | 65 |
| 3.2.4.2 Paciente terminal e paciente sem prognóstico | 69 |
| 3.2.4.3 Noções sobre cuidados paliativos | 72 |
| 4 SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE | 77 |

| | |
|--|------------|
| 4.1 BREVE HISTÓRICO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE | 80 |
| 4.2 O PROGRESSO DO TEMA COM O ADVENTO DO PATIENT SELF-DETERMINED ACT DE 1990 | 82 |
| 4.3 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO NA RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE E SEUS REQUISITOS | 83 |
| 4.4. A TUTELA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM ALGUNS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS | 87 |
| 4.5. O TRATAMENTO DADO PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE | 92 |
| 4.5.1 A resolução nº 1805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina | 93 |
| 4.5.2 O Código de Ética Médica (resolução nº 1931 de 2009 do Conselho Federal de Medicina) | 97 |
| 4.5.3 A resolução nº 1995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina | 99 |
| 5 UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO | 102 |
| 5.1 O SISTEMA DE INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO À LUZ DE CLAUS-WILHELM CANARIS | 104 |
| 5.2 PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE | 109 |
| 5.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana | 110 |
| 5.2.2 Princípio da humanidade | 117 |
| 5.2.3 Direito à vida | 121 |
| 5.3 DIREITO DE MORRER VS. DIREITO À MORTE DIGNA | 125 |
| 5.4 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUA COMPATIBILIDADE À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA | 127 |
| 6. CONCLUSÕES | 132 |
| REFERÊNCIAS | 136 |

1 INTRODUÇÃO

Em uma época de avanços técnico-científicos, sobretudo na área da Medicina, que elevou a expectativa de vida do ser humano, vive-se como se fosse imortal, batalhando para que seja possível, no futuro, adiar o momento final. Assim, o tema morte era normalmente tratado com grandes receios e sem travar maiores debates sobre a autonomia no processo de morrer.

Torna-se imperioso analisar a existência de um direito de morrer no Direito Brasileiro, sob uma ótica sistêmica, perquirindo a possibilidade de compatibilização das diretivas antecipadas de vontade com o ordenamento jurídico, sobretudo diante da importância do tema, que possui regulação no âmbito da Medicina por meio de resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Dessa forma, o objeto do presente trabalho refere-se à análise da compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade com o sistema jurídico brasileiro, investigando quais matérias podem ser tratadas por meio deste documento e quais são vedadas pelo Direito Brasileiro, sobretudo pelo Direito Penal.

Averigua-se quais os fundamentos que permitiriam entender a compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade com o ordenamento brasileiro, indagando sobre possíveis colisões entre princípios constitucionais e como tais colisões podem ser solucionadas no Direito Brasileiro.

Portanto, visa-se a compreender quais dispositivos constitucionais se coadunam com a existência de um direito de morrer e, em havendo tal permissão constitucional, como o referido direito poderia ser contemplado pelas diretivas antecipadas de vontade.

O presente tema apresenta importância ímpar ao mundo jurídico, ao passo em que discute questões ligadas à autonomia da pessoa humana e os limites éticos da Medicina, possuindo, ainda, notável relevância social, visto que cuida da análise da terminalidade, que carece de maiores debates.

No primeiro capítulo, optou-se por analisar a noção de autonomia para a bioética e para o Direito, fazendo um cotejo histórico sobre a autonomia, bem como sua manifestação em situações de terminalidade e suas interfaces com o Direito Penal,

indagando sobre o tratamento jurídico-penal dado ao suicídio, as formas de manifestação da autonomia em situações de abreviamento da vida e nas situações de ortotanásia.

No segundo capítulo, buscou-se analisar a terminalidade da vida, fazendo sua correspondência com a Medicina, analisando o conceito de morte sob uma ótica médica e jurídica, a definição jurídica atual de morte, seus critérios de constatação e situações de morte.

Neste capítulo procurou-se analisar os quadros clínicos que possuem relação com a terminalidade da vida, bem como as medidas de manutenção da vida e estados intermédios, sendo essencial o exame das medidas ordinárias e extraordinárias, tratamentos proporcionais e desproporcionais, a conceituação de paciente terminal e sua diferenciação com o conceito de paciente sem prognóstico, e a diferenciação da condição de terminalidade com o estado de coma e o estado vegetativo persistente, além de noções sobre cuidados paliativos.

No terceiro capítulo optou-se por analisar as diretivas antecipadas de vontade, volvendo o estudo para seu histórico e sobre a importância do *patient-self determined act* para as diretivas, investigando o consentimento livre e esclarecido na relação médico-paciente e seus requisitos necessários de validade.

Ademais, neste capítulo investigou-se a tutela das diretivas antecipadas de vontade em ordenamentos estrangeiros, bem como qual foi o tratamento dado pelo Conselho Federal de Medicina a elas. Nesta análise, foi necessário o exame das resoluções 1.805/06 e 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina, bem como do Código de Ética Médica de 2009.

Por fim, o capítulo final analisa a compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade com o sistema jurídico brasileiro por meio de uma interpretação sistemática das normas constitucionais e, para tanto, analisa o sistema de integração do ordenamento jurídico à luz de Claus Canaris e os princípios e normas aplicáveis às diretivas antecipadas de vontade, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade, bem como analisando o direito à vida, constitucionalmente previsto no ordenamento brasileiro.

O estudo da presente temática cuida da análise sobre a possibilidade de existência de um direito de morrer no ordenamento jurídico em contraposição ao direito à morte digna, indagando-se sobre qual deles é adotado pelo sistema jurídico brasileiro.

Ademais, o presente trabalho questiona o tratamento jurídico-penal empregado às diretivas antecipadas de vontade, analisando, por fim, a sua compatibilidade à luz de uma interpretação sistemática.

O presente trabalho foi realizado com base em pesquisa bibliográfica, consulta doutrinária e de legislação nacional e estrangeira, que alcançassem uma reflexão crítica, com o objetivo de que a pesquisa possa contribuir para a comunidade científica.

2 EXPRESSÃO DA AUTONOMIA E O TRATAMENTO JURÍDICO DADO À TERMINALIDADE DA VIDA

A análise sobre a existência de um direito de morrer no sistema jurídico brasileiro é questão cuja devida compreensão perpassa pela reflexão sobre a autonomia e suas limitações.

Há de se esclarecer, de início, que a denominação autonomia advém do grego, *autos* e *nomos*, significando independência e autodeterminação. Autonomia, desse modo, se refere àquele que é regido por leis próprias, com liberdade e independência, sem imposição de outrem, podendo modelar, por si, suas próprias regras de conduta. Conforme o referido conceito, a autonomia é entendida como o direito de tomar decisões livremente, sejam elas decisões morais ou de cunho intelectual.¹

Noutra perspectiva, tem-se que a etiologia da palavra autonomia sintetiza duas polaridades, haja vista o termo se referir ao indivíduo e à coletividade ao conter o adjetivo predominal *autos*, que traduz “por si mesmo” e pelo substantivo *nomos*, que designa “compartilha”. Não é sem motivo que o sentido que se deu à palavra autonomia “indica, portanto, a capacidade humana em dar-se suas próprias leis e compartilhá-las com os seus semelhantes”.²

Nesse sentido, é possível perceber o caráter dialético da autonomia, que dialoga com dois conceitos opostos: o indivíduo per si e a coletividade. É pacífico o entendimento de que a autonomia é um conceito de múltiplas acepções, que ao longo da história foi utilizado em épocas e contextos distintos, empregado em diversos ramos do conhecimento, a exemplo da filosofia, bioética e direito.

Conforme esclarece Vinícius Assumpção, no campo da bioética o termo autonomia tem sido empregado como sinônimo de “capacidade de autodeterminação, elemento ao qual se agregam valores tidos como indispensáveis”.³

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.

³ 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, p. 17.

Ao longo da história o conceito de autonomia sofreu determinadas ressignificações, tendo, desse modo, se ramificado em autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia existencial, sendo pertinente esclarecer cada conceito e suas repercussões históricas.

Inicialmente, a autonomia esteve intimamente conectada ao liberalismo econômico e político, tratando com relevo o individualismo, motivo pelo qual se denominava de autonomia da vontade. Assim, nesse período, o indivíduo per si era o foco do instituto.

Naquela época, o Estado se fundamentava na lógica do *laissez faire laissez passer*, em que se pretendia um estado mínimo que se preocupasse em “assegurar as condições macroeconômicas básicas e deixar aos particulares, com base em uma igualdade formal, o poder de regular os seus próprios interesses”. Dessa forma, a autonomia da vontade surgiu como uma ferramenta de evidência da vontade real ou psicológica dos sujeitos, de modo que assumiu caráter subjetivista.⁴

A autonomia da vontade, nessa perspectiva, tratava do relevo mais íntimo do indivíduo, à medida que evidenciava a vontade real ou psicológica do sujeito, podendo, também, ser entendida como mecanismo de afirmar a vontade individual.

Essa vontade real ou psicológica como elemento formador dos contratos consensuais se apoiou no direito canônico, cujas violações eram penalizadas com a falta de palavra, no mundo real, e com o pecado, no mundo divino, tendo também suporte pela doutrina naturalista que baseava as suas fundamentações no livre arbítrio, ou seja, em vontade de escolher.⁵

Passou-se ao pensamento de que o homem, sendo livre, escolheria agir conforme o dever⁶, sustentando-se na ideia de liberdade, seguindo os preceitos kantianos. Para Kant, a autonomia seria a formação da vontade, do qual o princípio da autonomia deveria ser entendido como fazer escolhas que estejam desimpedidas de elementos

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

externos, ou seja, escolher livremente de forma que tais escolhas sejam a máxima do próprio querer, instituídas, portanto, como lei universal.⁷

Para o autor, autonomia deveria ser entendida como um princípio que daria possibilidade de escolher sem influências externas que não de si mesmo. Escolher-se-ia baseando, tão somente, nas vontades individuais, livres e desimpedidas.

Assim, a vontade do ser humano deveria ser diretamente ligada ao ser racional, sendo, portanto, uma condição desse ser humano, de modo que ela só pode assumir-se como um fim em si mesmo sendo autônoma, apresentando independência racional por seguir suas próprias leis, que não depende de normas morais externas. Para Kant, a autonomia é um conceito contraposto de heteronomia, que trata da situação em que a vontade é condicionamento do homem à qualquer fonte externa, configurando-se como um estado de dependência e uma forma de limitação da autonomia da vontade.⁸

Os elementos externos estariam, desse modo, impedindo que a vontade se verificasse como livre e desimpedida, e, portanto, seria uma verdadeira limitação da vontade íntima. Assim, a diferenciação entre a autonomia e a heteronomia reside nesse elemento externo, de tal forma que autonomia da vontade

É a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como um lei universal.⁹

Sobre a concepção kantiana de autonomia, entende Vinícius Assumpção que seu significado não coincide com o conceito de autonomia que se observa atualmente, por estar diferente do significado inicial. Para o autor, hodiernamente a autonomia passou a ser entendida como um sinônimo direto de liberdade, o que não seria a melhor forma de entender a autonomia, não sendo, portanto, o entendimento mais correto sobre o tema.¹⁰

Em verdade, a autonomia pode ser relacionada à liberdade do indivíduo, entretanto as conexões diretas entre as palavras autonomia e liberdade não devem ser

⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p 74-75.

⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁹ *Ibidem*, loc. cit..

¹⁰ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. *Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela à vida*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Bahia, Salvador, p. 20.

utilizadas, pois sinônimos não são, ou, se forem utilizadas, deve-se ter o máximo de cautela, por ignorar interpretações do ideal kantiano.¹¹

É devido a esse aspecto da autonomia e indivíduo livre que o dogma kantiano, juntamente com o pensamento de Rousseau, atingiram seu ápice na Revolução Francesa. Assim, com a política tornando-se contratual e o contrato voltando-se à autonomia da vontade, como um guia das convenções, a vontade passou a ser a expressão da liberdade humana.¹²

Como decorrência do referido pensamento, a vontade e outros fundamentos contratuais, tal como o *pacta sunt servanda*, serviram com eficiência ao liberalismo econômico de tal forma que os conceitos jurídicos que tratavam de elementos volitivos teciam sobre manifestação de vontade ou de acordo de vontade, variando, portanto, ditames negociais sobre o elemento volitivo.¹³

Para Érico Cabral, há de se fazer uma ressalva quanto à construção ideológica da autonomia da vontade formulada no século XIX, haja vista ter ela sido criada para se opor aos excessos do liberalismo econômico, de forma que foram distorcidos aspectos do ideário kantiano no que se refere à liberdade individual, natural e moral da determinação.¹⁴

Ensina o autor que, para o sucesso da aplicação de tais concepções, foram estendidos os conceitos de autonomia da vontade real e psicológica dos sujeitos de criar normas jurídicas de forma a torná-la, também, “fundamento do poder objetivamente reconhecidos aos sujeitos pelo ordenamento jurídico de criar normas particulares, hoje inseridos no fenômeno jurídico da autonomia privada”.¹⁵

Nesse diapasão, numa evolução conceitual da autonomia, tem-se que a noção de solidariedade cinde com a concepção voluntarista pura contratual, passando também, por uma análise de interesses sociais e sua satisfação. Assim, conforme explica Natália Berti, a solidariedade contratual passa a se relacionar intimamente

¹¹ 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. 20.

¹² 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.

¹³ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵ *Ibidem*, loc. cit.

com os ideários de justiça social, de forma a haver uma preocupação de compatibilização entre os interesses privados e coletivos.¹⁶

Somente a partir dessa preocupação com a autonomia da vontade, antes extremamente abrangente, passou a ser limitada por normas de caráter público, tendo, portanto, o predomínio do interesse coletivo.¹⁷

Desse modo, passa-se a ter uma preocupação a mais com os limites impostos à autonomia, e, ainda, impondo à autonomia da vontade uma função social. Essa limitação configurou-se como necessária para uma maior proteção dos indivíduos e, ao mesmo tempo, alinhando-os aos interesses sociais.

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A AUTONOMIA PRIVADA

Em uma análise comparativa, a autonomia privada é mais restrita que a autonomia da vontade. Esta considera única e exclusivamente a vontade do indivíduo e aquela leva em consideração a preservação da vontade, se de acordo com os interesses sociais, de forma que tais interesses funcionam a ela como um norteador e um modo de limitação.¹⁸ Assim, tratar da autonomia privada é analisar a vontade de acordo com as regras impostas sobre o tema que se debruça.

De acordo com Ana Prata a autonomia privada traduz-se no poder amplamente reconhecido ao ser humano pela ordem jurídica, sendo esse sujeito classificado na qualidade de sujeito jurídico, necessária e previamente.¹⁹ Dessa forma, a autonomia privada, entendida como sinônimo de liberdade negocial, segundo a citada autora, seria uma permissão dada pelo sistema jurídico para realizar negócios jurídicos.

Delimitando o conceito de autonomia privada, Luigi Ferri elucida que a autonomia privada não se trata de mera expressão de uma licitude ou faculdade do cidadão,

¹⁶ 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.

¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸ 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

¹⁹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

mas sim, a manifestação clara do poder de criar, sempre de acordo com os limites pré-estabelecidos pela norma.²⁰

Para o autor, merece destaque o aspecto da autonomia privada de limitação, ou também, autolimitação, do ordenamento estatal. Este aspecto refere-se a possibilidade de que os particulares possam interferir na atividade normativa, quando essa atividade estiver dentro dos limites permitidos.²¹

De mais a mais, há de se salientar que as transformações que se observaram ao conceito de autonomia, sobretudo da autonomia privada, é fruto inquestionável da ligação que o referido conceito tem com o sistema jurídico, que, ao tempo em que, confere a atividade de criar, cria óbices às obrigações que não se encontrem conformes com a finalidade social estatal.²²

Para Maurício Requião, mais do que garantir a vontade do indivíduo, a autonomia privada mostra-se como importante instrumento de garantia de sua vontade, funcionando como uma decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana e “firmemente alinhada com o fenômeno de repersonalização do direito privado”.²³

Nesse mesmo sentido, entende Luciana Dadalto que a análise da autonomia privada não pode ser feita em separado do princípio basilar do sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo tal princípio calcado na condição de princípio fundamental da Constituição Republicana de 1988.²⁴ Há se de considerar que é tal princípio que norteia toda a interpretação do sistema jurídico, expressando, assim, a sua importância ímpar.

Para a citada autora, em verdade, não existe um abandono completo da autonomia da vontade com a nova concepção de autonomia privada, mas uma releitura desse princípio. Isto em face das mudanças sociais e mundiais que ocorreram, conduzindo, assim, a uma modificação da interpretação da análise que se tinha desses

²⁰ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001, p. 7

²¹ *Ibidem*, p. 9.

²² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 8.

²³ 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.

²⁴ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367-389.

institutos.²⁵ Concorde-se com o entendimento de Dadalto, haja vista que a autonomia privada não excluiu os ditames da autonomia da vontade, mas concebeu-se como um novo desenho da autonomia.

Ana Thereza Meirelles Araújo destaca o importante papel que tem os objetivos fundamentais da República, constitucionalmente previstos, da garantia do pluralismo e da dignidade da pessoa humana, haja vista ser justificativa da Constituição Brasileira não restringir sua aplicação de regras às majorias, mas demonstrar a preocupação pela vontade das minorias, respeitando suas individualidades e, assim, promovendo e protegendo os direitos de todos²⁶.

Sobre o conteúdo da autonomia privada, entende-se não haver um consenso, muito embora seja indiscutível que o valor da vontade humana e o valor do poder de autodeterminação do sujeito esteja presente e sendo mister que seja contemplado. Ainda, alguns autores identificam tais valores como liberdade ou aspecto da liberdade do homem e outros os enxergam como o poder ou capacidade de criar normas jurídicas.²⁷

É preciso esclarecer que a autonomia privada não se trata de um poder dado ao indivíduo de fazer tudo o que bem entender, da forma que quiser e no momento em que lhe for mais oportuno, ou seja, a autonomia privada não é traduzida como uma esfera de ampla liberdade, ao contrário, a autonomia privada é forma de garantir ao indivíduo ter seu próprio conceito de agir, buscando alcançar tal conceito quando esse não encontrar barreiras nas normas jurídicas, ou seja, quando tal autonomia não estiver limitada pelas normas do sistema jurídico.²⁸

Percebe-se, portanto, a importância da limitação à autonomia do sujeito, que, não só protege os interesses coletivos e interesse públicos, mas também protege o sujeito do próprio sujeito, que só pode expressar a sua autonomia desde que ela esteja previamente desimpedidas pelas normas impostas pelo sistema jurídico.

²⁵ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367-389.

²⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Neoeugenia e reprodução artificial: limites éticos e jurídicos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 56.

²⁷ 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

²⁸ DADALTO, Luciana. *Op. Cit.* 2002. *et. seq.*

Nesse contexto, a autonomia privada é entendida como uma forma de garantia de que os indivíduos persigam seus interesses, desde que tais interesses estejam permitidos pelas normas jurídicas, desde que tais interesses estejam “conformados ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e garantidor da coexistência entre autonomia pública e privada”.²⁹

Assim, como se pode perceber, a autonomia privada é entendida como uma dilapidação da autonomia da vontade, ou seja, uma reformulação do antigo conceito de autonomia da vontade, em face de esse ter ruído ante a ampla possibilidade libertária que se tinha e ao reconhecimento de limitações necessárias ao sujeito, criado pelo sistema jurídico estatal.³⁰

É devido a essa percepção, que Diego Machado entende ser possível identificar duas dimensões da autonomia privada. A primeira, do poder do indivíduo de se autogovernar, no que se refere à esfera privada patrimonial, numa antiga roupagem dos atos de autonomia, tais como a liberdade de contratação, sendo parte da tutela constitucional da livre iniciativa. A segunda, tratando do aspecto existencial da autonomia, de se autogovernar sobre assuntos que tratam o caráter afetivo, religioso, sexual, ideológico e outros.³¹

Portanto, é possível perceber que a análise da autonomia privada não só se preocupa em observar os interesses sociais, sendo limitados por normas jurídicas estabelecidas pelo sistema jurídico, mas também se relacionando intimamente com os princípios fundamentais do referido sistema que, também tem função limitadora. Desse modo, há de se observar a condição desse indivíduo numa análise mais aprofundada, preocupando-se não só com as limitações gerais previamente estabelecidas, mas também com limitações específicas que cada caso impõe.

Sobre as liberdades pessoais do sujeito, Maurício Requião esclarece ser possível dar à autonomia outro sentido, em que se retira do contexto meramente

²⁹ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367-389

³⁰ MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 31, ano 10, 2009. p.17-52.

³¹ *Ibidem*, loc. cit.

patrimonialista, passando a analisar a esfera pessoal do sujeito, conceito em que nomeia como autonomia existencial.³²

Requião conceitua a autonomia existencial como uma liberdade em que o indivíduo pode gerir sua vida e personalidade de forma digna. Sendo tal autonomia responsável por tratar das questões frágeis como debates sobre morte digna, aborto, manipulação de embriões, eutanásia, direitos pessoais de família, identidade de gênero e sexualidade, por exemplo.³³

Assim, tal autonomia, mais do que qualquer outra, aponta a relação fundamental que tem a dignidade humana e a “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”, devendo ser levantada em análise sobre temas tão delicados e complexos como quando se tratar de indivíduo em fim de vida.³⁴

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana funciona como uma garantia da liberdade do indivíduo, dentro dos limites das normas jurídicas, de forma que, a autonomia passa a ser concebida como conceito que externa os aspectos negociais, mas também como um espaço, se permitido pelo sistema jurídico, de realização da pessoa em sua vida digna.³⁵

Para Beauchamp e Childress, ao falar em princípio do respeito à autonomia, pode, ser verificado dois aspectos: o negativo e o positivo. O aspecto negativo do princípio do respeito à autonomia deve ser estabelecido pelo fato de que as ações autônomas não devem ser sujeitadas a pressões controladoras de outros, exigindo uma obrigação ampla e abstrata que é livre de cláusula restritiva, necessitando de especificação em contextos particulares para tornar um guia prático de conduta. O respeito à autonomia em seu aspecto negativo tem uma validade *prima facie*, podendo ser sobrepujado por considerações morais concorrentes.³⁶

No que concerne ao aspecto positivo, tem-se que há de se considerar as obrigações no que tange ao tratamento respeitoso na revelação de informações e no

³² REQUIÃO, Maurício. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Bahia, Salvador, p.44-45

³³ *Ibidem*, p.44-45.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2001. p. 43-44.

³⁵ REQUIÃO, Maurício. *Op. cit.* 2015. et. seq.

³⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola. 3ª edição. 2013. p. 143-145.

encorajamento da decisão autônoma. Assim, o respeito à autonomia “obriga os profissionais a revelar informações, verificar e assegurar esclarecimentos e voluntariedade, e encorajar a tomada de decisão adequada”.³⁷

Ainda, esclarecem os autores que, apesar da amplitude que traz o princípio do respeito à autonomia, ele não é tão amplo a ponto de ser aplicado a pessoas que não podem agir de forma suficientemente autônomas, aquelas imaturas, inaptas, ignorantes, coagidas ou exploradas.³⁸

Completa Maurício Requião que a autonomia para a teoria principialista da bioética vincula-se à ideia de fornecer à pessoa o conhecimento e liberdade necessários para tomar a decisão conscientemente e de forma independente, tendo aplicabilidade restrita à área médica. Para o autor, a autonomia existencial, embora seja um conceito pertencente ao direito, aproxima-se do princípio da autonomia na Bioética, idealizados por Beauchamp e Childress, da teoria do principialismo.³⁹

Ademais, a distinção entre autonomia privada e autonomia existencial não significa dizer que determinados grupos de bens se relacionariam única e exclusivamente com uma das espécies de autonomia, ao contrário, pode ocorrer de um determinado tema suscitar a análise da autonomia privada e autonomia existencial.⁴⁰

A análise da autonomia existencial será necessária ao direito da pessoa de dispor sobre sua personalidade, realizando-se enquanto pessoa humana, enquanto que a análise da autonomia privada far-se-á fundamental quando a liberdade para ser alcançada a manifestação do direito de personalidade como objeto necessitar a consecução de um negócio jurídico.⁴¹

Em geral, é possível perceber que ao se falar em autonomia é facilmente percebido a existência de um tripé que conecta o princípio da dignidade da pessoa humana com a autonomia e o consentimento livre e esclarecido, de forma que só haverá uma análise efetiva da autonomia quando esta for analisada conjuntamente pelo consentimento informado e dignidade da pessoa humana no caso concreto, sobretudo ao tratar de indivíduos que se encontrem em estado de terminalidade.

³⁷ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. 3 ed. São Paulo: Loyola. 2013. p. 143-145.

³⁸ *Ibidem, loc. cit.*

³⁹ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁰ REQUIÃO, Maurício. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Bahia, Salvador, p. 45.

⁴¹ *Ibidem, loc. cit.*

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

A autonomia tem relevo fundamental ao tratar de pacientes em estado terminal ou em condução do final da vida. Isto porque não existe mais uma relação paternalista entre médico e paciente como ocorria no passado, mas uma relação de troca de informações, de preservação de vontade e de interesses.

Nesse sentido, como uma resposta à crescente demanda pela valorização da vontade e da autonomia, de forma a por fim a coisificação do paciente e da objetificação na relação médica, o artigo 9º da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina estabeleceu 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”.⁴²

Desse modo, torna-se clara a intenção de valorizar a autonomia desse indivíduo que vive um momento delicado, de final de vida, e que quer viver tal final da forma mais digna possível, escolhendo, de acordo com suas vontades, como seria essa forma.

Para Luciana Dadalto, o direito desse paciente de recusar ou interromper tratamento, na busca de uma limitação terapêutica na condução desse final de vida, de acordo com as suas convicções e crenças pessoais, no exercício de sua autonomia, ao escolher morrer da forma que lhe parece mais digna, encontra-se amplamente amparado e reconhecido pela Carta Política de 1988.⁴³

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

Assim, deve a autonomia da pessoa que se encontra em estado de terminalidade ser preservada, garantindo ao paciente o direito de manifestar, de forma prévia, sua opinião sobre os tratamentos a que não será submetido. E, desse modo, é “indispensável a intersubjetividade para a conformação da autonomia privada e, no

⁴² 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>> Acesso em: 11 de set. de 2015.

⁴³ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367-389.

caso dos pacientes terminais, essa se manifesta com o consentimento livre e esclarecido”.⁴⁴

Completa Paulo Raposo que, sendo o paciente sujeito de direitos, e ele é, dotado, portanto, de dignidade e titular de autonomia, seja ela parcial ou total, tal autonomia não pode ser desconsiderada no seu processo de tratamento⁴⁵, devendo essa autonomia ser preservada, garantindo a dignidade desse processo de condução de fim de vida.

Ademais, tendo a pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, não pode simplesmente querer “transplantar conceitos jurídicos da categoria do ter”, mas aplicá-los a situações da categoria do ser.⁴⁶ Nesse sentido, deve-se analisar o contexto em que se encontra o indivíduo, atentando-se para a sua real condição, analisando, portanto, e preservando a sua autonomia, dada em momento anterior, no que se refere às diretrizes na condição de seu final vida, escolhido por ele como forma digna de ocorrer.

Como dito, sobre a existência de um tripé que contemplaria a autonomia, princípio da dignidade humana e o consentimento livre esclarecido, este último se encarregaria do papel de promover a pessoa humana, sendo meio de dar efetividade ao espaço de autodeterminação da pessoa, seu poder de decisão e de escolha.⁴⁷

Desse modo, seria essa a forma de exercício da autonomia privada e existencial nas questões que dizem respeito ao ser, sendo importante esclarecer que tal autonomia não pode ser exercida de forma ilimitada, mas sofre as limitações estabelecidas pelo próprio sistema jurídico.⁴⁸

De mais a mais, o respeito à autonomia nas situações de fim de vida funciona como forma de efetivar a dignidade da pessoa humana no momento em que se tem um quadro clínico por vezes delicado e complexo, de forma que se deve, ao máximo, trazer o bem estar ao paciente, da forma previamente escolhida por ele. Respeitar a

⁴⁴ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade. In: LOTUFO, Renan (coord). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367-389.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁸ *Ibidem*, loc. cit.

autonomia em tais situações é, por vezes, dar o conforto que tratamentos e intervenções médicas já não podem mais dar.

No que tange à preservação da autonomia de pacientes na condução do final da vida, deve-se levar em conta a mudança de paradigma que se teve no que concerne à relação médico-paciente.

No passado, o médico figurava como um sujeito detentor do saber e conhecimento relativos às consequências dos procedimentos a serem realizados e, o paciente, ainda que fosse indivíduo diretamente interessado nas informações sobre cada procedimento e cada tratamento, sobretudo da cura para o seu diagnóstico, apresentava-se como mero figurante, não cabendo a este a decisão sobre o deslinde do tratamento.⁴⁹

Como observa Mayana Sales Moreira, pela leitura do Juramento de Hipócrates⁵⁰, a Medicina buscava respostas diretas e objetivas para os problemas de saúde e seus respectivos procedimentos e tratamentos. A postura do médico era a de buscar a cura e a do paciente, a de concordar, a de aceitar. Ao paciente, não cabia influir no tratamento de seu próprio diagnóstico. Assim, percebe-se que a relação médico-paciente se configurava como uma relação paternalista e absolutista.⁵¹

Essa relação paternalista também é percebida pela ação do Estado em punir determinadas condutas. Para Bernd Schünemann há de se diferenciar, inicialmente, o paternalismo em categorias: direto e indireto, duro e suave. O paternalismo direto é a punição por parte do Estado a uma pessoa que comete uma tentativa de se autolesionar. O indireto, por sua vez, configura-se como a atuação estatal que pune uma pessoa por lesionar terceiro que consente com essa lesão. Ainda, há de se diferenciar o paternalismo duro e o suave. O primeiro se refere a intervenções, que visam a beneficiar um sujeito, ainda que esse sujeito seja plenamente capaz e suas decisões autônomas. O suave, por sua vez, trata da intervenção estatal que visa

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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 23 nov. 2015.

⁵¹ MOREIRA, Mayana Sales. *Op. cit.*, 2015, p. 27.

coibir autolesões em casos de incapacidade de decisão do agente, em caso de enfermidade mental ou patologia.⁵²

De acordo com Schünemann, o paternalismo jurídico suave, seja ele direto ou indireto, é inerente à autonomia do ser humano, de forma que as intervenções sobre as decisões de autolesão manifestadas por pessoas com enfermidade mental, passageira ou não, e que podem trazer um resultado irreversível podem ser toleradas. Todavia, entende o autor que em casos de paternalismo direto, o papel do Estado é de oferecer ajuda por meio de medidas assistenciais, não devendo aplicar o injusto penal, de forma que no âmbito do Direito Penal, a única possibilidade de aplicação de um paternalismo duro se dá em casos de paternalismo indireto, em que a incapacidade do agente é percebida.⁵³

De igual forma, deve ser observado nas relações médico-paciente, em que muitas vezes as distinções do paternalismo não são facilmente percebidas. Para José Luiz Telles de Almeida o problema do paternalismo médico é de se colocar a “devida especificação e o equilíbrio entre a beneficência do médico e a autonomia do paciente” de forma que as intervenções paternalistas exigem um bom julgamento e de uma análise principiológica que solucionem possíveis conflitos médicos.⁵⁴

Explica Sales Moreira que somente em 1969, nos Estados Unidos da América, teve-se conhecimento de um documento que ditava os direitos do paciente, sendo considerada a primeira carta dos Direitos dos Pacientes. Em verdade, tratava-se de um acordo entre associações de consumidores e usuários e a Comissão Americana de Credenciamento de Hospitais (JCAH). Assim, em 1973, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar recomendou aos hospitais e entidades de saúde que adotassem os direitos dos pacientes e difundissem isso.⁵⁵

⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de sísifo? Revista Justiça e Sistema Criminal. v. 1, n. 1, jul./dez. 2009, Curitiba: FAE Centro Universitário, 2009, p. 47-70.

⁵³ *Ibidem, loc. cit.*

⁵⁴ ALMEIDA, José Luiz Telles de. Da moral paternalista ao modelo de respeito à autonomia do paciente: os desafios para o ensino da ética médica. Revista Brasileira de Educação Médica. Disponível em: <<http://twingo.ucb.br:8080/jspui/bitstream/10869/578/1/Da%20Moral%20Paternalista%20ao%20Modelo%20de%20Respeito%20%C3%A0%20autonomia%20do%20paciente....pdf>> Acesso em 03 jun. 2016.

⁵⁵ 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.

Entretanto, deve-se salientar o motivo que levou o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar fazer a recomendação aos hospitais e entidades de saúde, solicitando a difusão do documento.

A implementação dos primeiros documentos sobre os direitos dos pacientes nos Estados Unidos foi baseada exclusivamente nos direitos consumeiristas, em que numa primeira análise, não se atentava para aspectos médicos e bioéticos, tampouco se fundamentava em uma “luta social pela liberdade”.⁵⁶

Explica Mayana Sales Moreira que a lógica dos direitos dos pacientes se encontrava em, estando o paciente na qualidade de consumidor, deveria ter ele atendimento, tratamento e procedimentos de qualidade.⁵⁷

Nesse sentido, a relação médico-paciente, calcada nos Estados Unidos da América, mostrava-se como uma relação de consumo, o que parece destoar da realidade dessa relação.

Somente na década de 70, contudo, uma reflexão bioética mais profunda sobre a autonomia do paciente ganhou força. Isto devido à preocupação ética nas pesquisas clínicas, diante da ocorrência de abusivos experimentos com seres humanos, a exemplo dos experimentos feitos no regime nazistas com judeus, negros, ciganos e homossexuais, e dos estudos observacionais da evolução da sífilis em Tuskegee (no Alabama, Estados Unidos).⁵⁸

No primeiro caso, os sujeitos dos experimentos não eram considerados sequer como pessoas, de forma que a eles não cabia qualquer decisão sobre os procedimentos a serem adotados, tampouco o consentimento para a realização dos experimentos. O mesmo ocorreu nos estudos observacionais em Tuskegee, em que os participantes dos experimentos foram divididos, sem o devido conhecimento, em grupos de pacientes que seriam medicados e outros que fariam uso de placebo, e não sabiam dos caminhos da pesquisas, não sendo o consentimento prestado de uma forma livre e esclarecida.

⁵⁶ 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, 2015, p. 28.

⁵⁷ *Ibidem, loc. cit.*

⁵⁸ ALMEIDA, Carolina Hespanha. *Investigação científica em seres humanos: a experiência de voluntários nos ensaios clínicos de uma nova vacina*. Dissertação 2009. (Mestrado em Enfermagem) Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 15.

Assim, a autonomia do paciente passou a ser refletida com mais afinco, preocupando-se com questões intrínsecas ao indivíduo enquanto paciente e não somente no paciente enquanto consumidor.

2.2.1 Uma análise histórica sobre a terminalidade

A morte, em tempos passados, traduzia-se num acontecimento que era vivenciado de forma natural, época em que a expectativa de vida era encurtada devido às condições sociais das populações – insalubridades das habitações, ausência de saneamento e o pouco avanço da Medicina. Todavia, a morte não era banalizada, de forma que havia um tratamento sério para o processo de morrer, muito embora tal experiência não fosse tratada como um tabu.⁵⁹

Discorre Laura Scalldaferri Pessoa que é possível identificar dois momentos de transição no comportamento das sociedades no que concerne à morte voluntária. O primeiro momento se verifica na mutação de pensamento sobre o primeiro olhar sobre a morte, passando de aprovação para a reprovação. O segundo momento de transição se consubstancia pela emergência de atitudes mais tolerantes com a morte voluntária, cuja motivação é justificada pela perda gradativa do significado de transcendência da existência do ser humano, que se vive atualmente.⁶⁰

Na Idade Média, o momento da morte era vivido com simplicidade, sendo imediatamente tomadas todas as providências necessárias aos rituais a serem realizados, bem como de comunicação do ocorrido aos próximos do morto. A morte naquele tempo era vivida de forma coletiva, desenvolvendo papel importante nas artes e pedagogia.⁶¹

Nesse período, que durou até a primeira Grande Guerra, a morte de uma pessoa, sobretudo no Ocidente, era um período solene. Faziam-se presentes os parentes do falecido, seus amigos e vizinhos durante todo os atos fúnebres e durante o período de luto que se seguia. A vida, aos poucos, voltava à normalidade, e as visitas aos

⁵⁹ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto, 2006, p. 8.

⁶⁰ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 21.

⁶¹ *Ibidem, loc. cit.*

cemitérios ocorriam de modo periódico.⁶² Percebia-se, portanto, que a morte, naquele período, era um acontecimento social e público e envolvia a todos os conhecidos do morto.

Ensina Philippe Ariès que o moribundo, ao perceber que a morte se aproximava, refletia sobre os momentos vividos, como um resumo de sua vida, de forma simplificada àquelas imagens essenciais. Assim, era uma época de conscientização da morte para que a ritualidade pudesse agir e, como consequência direta, havia a aceitação do momento final.⁶³ Naquela época, para haver a aceitação da morte próxima, o moribundo deveria saber dessa proximidade, de modo tal que, se uma pessoa não soubesse, era papel da família adverti-la.⁶⁴

Devido às grandes descobertas técnico-científicas, na Idade Moderna, a morte passou a ser associada a sentimentos de medo, fracasso e frustração.⁶⁵ Isto porque, antes aos significativos avanços, sobretudo da Medicina, o morrer simbolizava uma falha, significava que o avanço não fora suficiente para solucionar um caso ou outro. Morrer era um atestado de que o ser humano ainda não podia controlar e nem saber solucionar a tudo.

Atualmente, do século XX aos dias de hoje, os simbolismos que regem o tema morte são de ser tema pouco falado, sendo tabu da sociedade. Não se fala mais ao moribundo que o final está próximo. Posterga-se ao máximo essa informação, de modo que a morte passou a ser assunto “proibido”.

A morte, portanto, passa a ocorrer, de forma rotineira, em leitos de hospitais, acompanhadas por tubos, aparelhos hospitalares e profissionais sem muito tempo para se dedicar ao doente. Dessa forma, ocorre uma grande mudança no processo de morrer, que deixa de ocorrer em domicílio e ao lado dos familiares.⁶⁶

Com o novo tratamento que se dá à morte, o que antes se concebia como um evento público, passa a ser percebida como evento solitário, perdendo

⁶² GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto. 2006.

⁶³ ARIÉS, Philippe. *O homem perante a morte*. 2 ed. Tradução de Ana Rabaça. Portugal: Publicações Europa-América, 2000, p. 24.

⁶⁴ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 21.

⁶⁵ 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, p. 16.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 25.

completamente o caráter social, de modo a trazer sentimentos perturbadores sobre o tema e o medo de morrer naquelas condições. Nesse diapasão, o medo do processo supracitado teve como consequente direto o combate a todo custo da chegada da morte. E assim, perpetuava-se o sentimento sombrio que passou a se ter com o morrer.

Hodiernamente, a morte se reduziu a uma ocorrência provocada por enfermidades, sendo este o motivo de serem acontecer em ambientes hospitalares⁶⁷. Entretanto, percebe-se que a morte ocorrida em hospitais trazem aos profissionais de saúde, sobretudo da medicina, um sentimento de frustração, como se aquela morte pudesse não vir a ocorrer se a Medicina soubesse mais ou até pudesse mais para com aquele enfermo.

De forma errada, trata-se o morrer como uma falha, como um sentimento de fracasso, num desejo de que se pudesse viver para sempre. Assim, ao mesmo tempo que os grandes avanços da Medicina trouxeram melhores condições de tratamento para certas moléstias, esse mesmo avanço trouxe consigo uma sensação de que sempre se pode mais, de que sempre haverá solução para todos os problemas de saúde que se venha a ter, tratando a morte como um insucesso da medicina.

Assim, como consequência desse sentimento de fracasso diante da morte em leitos hospitalares, por vezes os enfermos são tratados com afastamento e sem maiores envolvimento pelos profissionais que os acompanham. Ainda, a morte encarada como fracasso é discutida em reuniões com objetivações claramente pedagógicas, de forma a entender os possíveis “erros” que culminaram na morte do doente.

Há de se fazer ferrenha crítica a esse comportamento de distanciamento do médico e esclarecer que a presença da morte deve ser enfrentada pelo profissional de saúde, pela parte natural da vida que é. A ideia de morte como um fracasso somente traz como produto o temor e a dificuldade de lidar com temas relacionados ao processo de morrer.

⁶⁷ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto. 2006.

O modo de encarar a morte igualmente sofreu drástica mudança. Hoje é facilmente constatado que o ser humano têm apreciado a vida no momento em que ela lhe traz prazer e conforto, de modo que o sofrimento torna-se completamente indesejável.⁶⁸

Discorre Laura Scalldaferri Pessoa que nesse contexto de rejeição ao sofrimento sentido que muitas sociedades propõem temas como a eutanásia, como uma busca de por fim ao padecimento sofrido de acordo com os desejos individuais, buscando a independência na determinação do momento da morte. E, conforme a autora, “na ilusão de que, assim, os desejos são dominados”.⁶⁹

Destarte, a lógica hedonista têm grande influencia ao discutir a morte e a terminalidade da vida, ao passo que conferiria ao indivíduo uma permissão de fugir da dor e das aflições que as moléstias possam vir a causar, ganhando maior destaque em situações de doenças terminais e de maior gravidade

2.2.2 O tratamento jurídico-penal dado ao suicídio

O suicídio é entendido como uma conduta de um indivíduo que tende a pôr fim à sua própria vida, sendo esse ato voluntário, e os motivos que levam a isto são 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. Assim, suas definições contém como ideia central o ato de por fim com a própria vida, de forma que a intencionalidade e a letalidade se fazem presente no ato de suicidar.

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”. Conclui o autor que a tentativa seria o ato que teve falha em levar à morte.⁷⁰

⁶⁸ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 29

⁶⁹ *Ibidem. Loc. Cit.*

⁷⁰ DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 11.

A depender da sociedade, da cultura inserida e do momento histórico, o suicídio pode apresentar diferentes conotações, visto, por vezes, como pecado ou fraqueza, como afirmação da liberdade pessoal, ou forma de evitar a vergonha.⁷¹

A história do suicídio remete à Grécia Antiga, em que era considerado como uma punição política e jurídica e o indivíduo não poderia se matar sem o prévio consentimento da comunidade grega, ao passo de que o indivíduo que cometesse tal ato deveria ser enterrado com uma marca do seu ato, sendo recusadas as honras de sepultar regularmente. Na Grécia Antiga o ato de suicídio era considerado covarde e passível de punição.⁷²

Em algumas culturas ocidentais havia o dever do ancião de se matar, visto que se espírito debilitado ameaçaria a solidez do grupo. Em Roma, existia uma proibição aos escravos, soldados e criminosos ao ato de suicídio e permissão aos senhores, entendido para esse segundo grupo como um ato heroico o suicídio pela prática ou quando feito em razão de a vida não fazer mais sentido.⁷³

Até o momento da Revolução Francesa o suicídio teve forte repressão, assumindo caráter clandestino, visto como uma transgressão e ato patológico, e os suicidas sendo iguados a ladrões e assassinos.⁷⁴

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.⁷⁵

Entretanto, ainda que o ato de suicídio por vezes tenha sido considerado como ato reprovável e outras como ato louvável, fato é que, hodiernamente, 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 o indivíduo, por sua livre

⁷¹ 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.

⁷² *Ibidem*, p. 21.

⁷³ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁵ 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

decisão, mas causados, ainda que a pedido, por outrem, passam a requerer uma análise mais profunda de sua compatibilidade com o sistema jurídico.⁷⁶

Explica Vinícius Assumpção a rejeição de Immanuel Kant ao ato de suicídio, visto que para o autor prussiano a “autonomia traz consigo a vedação a que o indivíduo seja tratado exclusivamente como instrumento”, e, no caso do suicídio, haveria esse tratamento rechaçado por Kant ao tecer sobre a autonomia.⁷⁷

Ademais, 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.

No que tange ao contexto jurídico-brasileiro, é cediço que a morte extingue qualquer espécie de sanção penal, não podendo, inclusive, a pena passar da figura do condenado, ainda que considerado crime fosse, visto que o direito penal brasileiro é regido pelo princípio da intranscendência das penas.

Salienta Vinícius Assumpção que 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.⁷⁸

Ressalta Rafaella Kravetz que, ao revés de punir, existe o costume de 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.⁷⁹

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

Diferentemente do suicídio, o mundo jurídico se preocupa em penalizar a conduta do indivíduo que auxilia uma situação de abreviamento da vida de terceiro, visto se tratar de um ato que perpassou a esfera do sujeito, sendo previsto no artigo 122 do Código Penal Brasileiro (CP) de 1940, o chamado suicídio assistido.

⁷⁶ 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. 33

⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit

⁷⁸ *Ibidem*, loc. cit

⁷⁹ 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.

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. Contudo, 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.⁸⁰

Cumprе ressaltar 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, materialmente. Explica Sales Moreira que a ideia de assistência, compreendida na denominação “suicídio assistido”, corresponde ao ato que esse terceiro faz, fornecer material ou intelectualmente os meios a serem alcançados para chegar ao resultado morte, desejado pelo paciente.⁸¹

Para a referida autora, ao se ter uma instigação ou indução do sujeito para que se cometa o suicídio, não se poderia compreender tal ato como uma assistência, haja vista que retiram da conduta o ato volitivo, de modo a ferir de forma plena a autonomia.⁸² Dessa forma, para Sales Moreira, só restaria configurado o suicídio assistido em caso de auxílio ao suicídio, excluindo, portanto, as hipóteses de induzimento e instigação ao suicídio, visto que estariam desconfigurando a autonomia do indivíduo.

De mais a mais, muito embora existam significativas diferenças entre auxílio ao suicídio e induzimento e instigação ao suicídio, o ordenamento brasileiro fez uma opção por punir as três condutas de forma igual, prevendo 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.⁸³

Há se de dizer que, em estados dos Estados Unidos e países europeus, o suicídio assistido não é considerado crime, caso do Estado do Oregon, que legalizou o

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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.

⁸² *Ibidem*, loc. cit.

⁸³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. cit.* 2005, p. 93.

auxílio ao suicídio em 1994, permitindo aos médicos que prescrevessem medicamentos que dessem fim à vida, desde que observado se estaria diante de caso de doença terminal, paciente capaz e residente do Estado de Oregon e se o pedido fora realizado voluntariamente.⁸⁴

Ainda sobre o suicídio assistido, houve dois casos emblemáticos sobre o tema. O primeiro, caso espanhol de 1998, que trouxe à Espanha a renovação da discussão sobre o suicídio assistido. Tratava-se de um jovem, Ramón Sampedro, que tornara-se tetraplégico após um mergulho em águas rasas, tendo manifestado seu amplo desejo de pôr fim à sua vida. Para o jovem, a partir do momento em que só podia mexer a cabeça, a vida tinha deixado de ser digna. O caso mobilizou a Espanha, após Sampedro ter solicitado em juízo o direito de obter auxílio para por termo a sua vida.

O segundo caso emblemático teve ocorrência nos Estados Unidos, em que o Dr. Jack Kevorkian, natural de Michigan, apelidado pela imprensa norteamericana de Doutor Morte (*Doctor Death*), desenvolveu ampla variedade de máquina de suicídio, em que o paciente apenas precisaria apertar um botão que injetava substância letal através de uma agulha que o médico introduz na veia, da máquina construída por ele, que era transportada em seu carro, uma perua Volkswagen, para dar fim a sua vida. Segundo Schreiber, estima-se que cem pacientes terminais tenham sido auxiliados pelo Doutor Morte.⁸⁵

Relata Mayana Sales Moreira que o Doutor Morte não só auxiliava materialmente as pessoas que desejassem pôr termo a sua vida, com o empréstimo da máquina, mas também lhes prestava assistência moral, direcionando o procedimento a ser feito para a realização da conduta. Assim, explica a autora que o médico não causava a morte diretamente a quem lhe procurasse, apenas lhes fornecia os elementos necessários para o alcance do resultado desejado, tratando-se, portanto, de hipótese de suicídio assistido.⁸⁶

Assim, para muitos defensores da realização do suicídio assistido, seria forma de concretização da autonomia, respeitando os desejos dos pacientes que, em estado

⁸⁴ 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. 74.

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

⁸⁶ MOREIRA, Mayana Sales. *Op. Cit.*, p. 75-76.

terminal, desejam antecipar a morte em razão de enfermidade incurável e que lhes causam sofrimento.⁸⁷

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

A palavra eutanásia traz em seu significado um ato de bondade, na medida em que, etimologicamente, representa a “boa morte”, derivando da expressão grega *euthanatos*, em que *eu* significa boa e *thanatos*, morte.

Sobre a eutanásia, Claus Roxin entende estar esta dividida em subespécies. Para o autor haveria de se falar em eutanásia pura, indireta, ativa, passiva, precoce e as formas de eliminação das formas indignas de vida.

Assim, Roxin entende ser a eutanásia pura a situação em que é ministrado substância lenitiva que não implique a diminuição da vida do paciente, sendo praticada a pedido desse paciente ou não.⁸⁸ Entretanto, tal conceito pode vir a ser confundido com o conceito de ortotanásia, devendo-se ter cautela em sua análise, ao analisar o elemento volitivo manifestado pelo paciente.

Para o referido autor, haveria, ainda, a forma de eutanásia indireta, em que se ministram medidas lenitivas ao paciente terminal, a seu pedido, que lhe abreviarão a vida.⁸⁹ Havendo, também, as formas de eutanásia passiva, quando pessoa de confiança do paciente “se omite em prolongar a vida que se aproxima do seu fim”; eutanásia ativa entendida como “a morte dada à alguém que está a morrer ou gravemente doente”; eutanásia precoce, hipótese em que se permite que um recém nascido gravemente deformado faleça, ao se constatar que esse recém nascido nunca irá adquirir consciência; e, por fim, a eliminação de vidas indignas de viver, consistindo em matar no interesse da coletividade.

Para Valdemir Pontes, a prática da eutanásia advém do sentimento de piedade do homem, fazendo cessar a dor e o sofrimento do outro. Entretanto, ressalva o autor,

⁸⁷ 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.

⁸⁸ ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais, direitos humanos. Volume II, 2000, p. 57-90.

⁸⁹ *Ibidem*, loc. cit.

que para tanto, é necessário observar que não deve haver outra alternativa, senão a morte, para por fim à dor e ao sofrimento alheio.⁹⁰

Giselle Mendes de Carvalho explica que o sentido originário de eutanásia fora ampliado, alcançando novas situações. 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”.⁹¹

Entender o conceito de eutanásia é saber separá-lo do conceito de homicídio consentido. Pois, numa análise desatenta, poder-se-ia pensar serem as expressões sinônimas, muito embora não são, tendo uma clara distinção entre eles.

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 motivação humanitária, carrega o sentimento piedoso com ela em face do sofrimento que passa o enfermo. Diferentemente, no homicídio consentido basta a ocorrência de uma anuência do ofendido para que sua vida seja eliminada, não se fazendo presente qualquer sentimento nobre para com a vítima.⁹²

2.2.4.1 Eutanásia passiva e ativa

Maria Elisa Villas-Bôas esclarece que ao longo da história a eutanásia tem sofrido modificações em seu sentido, em face das novas implementações e das novas realidades a que ela tem sido empregada. Para a autora, o apelo maior da eutanásia relaciona-se à inafastável condição de finitude humana e o temor pelo sofrimento ante à percepção de que não há caminhos na medicina que tragam a cura ou mesmo conforto ao enfermo.⁹³

⁹⁰ PONTES, Valdemir. *Reflexiones sobre derecho latino-americano: estudos en homenaje a la profesora Flavia Piovesan*. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 1.

⁹¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 17

⁹² 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.

⁹³ 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

Mesmo com a evolução da Medicina, por vezes ela não é suficiente para aplacar as dores sentidas ou trazer qualquer possibilidade de melhora da enfermidade, passando a perceber que o prolongamento muitas vezes torna-se mais grave que a morte rápida.⁹⁴

Entende-se que há dois elementos envolvidos na eutanásia, sendo compreendidos como a intenção e o efeito da ação. Assim, a intenção da eutanásia gerando uma ação, configura-se, portanto, como eutanásia ativa, que se divide em eutanásia ativa direta e indireta.⁹⁵

Explicam 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).⁹⁶

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.⁹⁷

Há de se dizer que no Brasil, a prática da eutanásia constitui um ilícito penal, sendo tal conduta tipificada como crime, na figura do artigo 121⁹⁸ do CP Brasileiro, como prática de homicídio. Tal prática surge positivada na lei como ato de “matar alguém”.

Em que pese a legislação criminal brasileira não prever a exclusão de ilicitude para qualquer das espécies de eutanásia, Valdemir Pontes chama atenção para o fato de que é reconhecido a possibilidade de diminuição de pena para aqueles que tiram a vida por relevante valor moral, na forma do parágrafo 1º do artigo 121⁹⁹ do CP.¹⁰⁰

⁹⁴ 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.

⁹⁵ DE SÁ, Maria de Fátima Freire; MOREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 88-90

⁹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 9 jun. 2016.

⁹⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil].

¹⁰⁰ PONTES, Valdemir. *Reflexiones sobre derecho latino-americano: estudios en homenaje a la profesora Flavia Piovesan*. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 11.

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.

2.2.4.2 A distanásia e suas implicações

Esclarece Maria Elisa Villas-Bôas que a distanásia corresponde à obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico, que corresponderiam àqueles tratamentos fúteis, que apenas alongam a vida clínica do paciente, mas a ele não traz nenhum tipo de benefício. Um exemplo de obstinação terapêutica é um tratamento que prolongue dias ou horas à vida do indivíduo, em diversas situações contra a vontade desse, no momento em que o paciente já se encontra em falência global e irremediável.¹⁰¹

A autora entende que a situação referida não pode ser vista pelos profissionais de saúde, sobretudo pelos médicos, como um benefício ao paciente e nem como um dever desse profissional. Concorde-se com a visão da autora, haja vista o prolongamento compulsório de dias ou horas à vida do indivíduo não trazer quaisquer benefício ao paciente ou quadro clínico, havendo apenas uma prorrogação de sofrimento e do processo de morrer, mas não da morte.

Os profissionais de saúde devem estar conscientes de que o dever de curar, quando já não é possível a cura, dá lugar ao dever de cuidar, sobretudo aliviando os sintomas que acomete o enfermo.

O conceito de distanásia é entendido como uma tentativa de alongar a vida do paciente ao máximo, afastando a morte, de forma a empregar todos os meios disponíveis na Medicina, mesmo que extraordinários e desproporcionais, ainda que tais meios impliquem em aumentar a dor do enfermo, cuja morte é inevitável, assim, “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”.¹⁰²

¹⁰¹ 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

¹⁰² 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.

Nesse diapasão, a distanásia não implica prolongar a vida do paciente, mas tão somente, prolongar o processo de morrer, que já se admite ser inevitável e sem meios que venham a impedir, trazendo a melhora ou cura desse paciente. A prática da distanásia se enquadra como uma agressão ao paciente, ao prolongar seu processo de morte, sem trazer quaisquer benefícios ao enfermo.

Sobre a morte e o morrer, entende Leo Pessini que, uma vez que ela ocorrerá para todos, a Medicina deveria criar condições para que ela aconteça em paz, da forma mais digna possível. Para o autor, “um morrer em paz poderia ser definido como aquele em que a dor e o sofrimento são minimizados”.¹⁰³

A crítica de Pessini gira em torno de a Medicina tratar da morte como se fosse uma falha ou um acidente evitável, haja vista a morte sempre ter sido uma consequência inevitável do viver, a única certeza que se tem na vida. Conclui o autor que “não se trata de cultivar uma postura contra a medicina tecnológica, o que seria uma ingenuidade”, o autor questiona a “tecnolatria”, o modo com a medicina se relaciona com a terminalidade da vida.¹⁰⁴

Propõe Pessini que a Medicina aceite a morte como um limite que não pode ser ultrapassado e, assim, a morte seria encarada como parte da vida biológica que em nada discorda com a busca pela saúde. A proposta do autor é que a morte seja aceita e compreendida como parte integrante do objetivo principal da Medicina.¹⁰⁵

Nesse sentido, a prática da distanásia, o prolongamento do processo de morrer, nada mais é a busca incansável pela cura e pela manutenção da vida biológica, mesmo que essa vida já não esteja em condições dignas de ser vivida.

A visão da manutenção da vida a qualquer custo é explicada pelo princípio da sacralidade da vida, advinda do catolicismo, em que a vida física é afirmada como um bem básico fundamental, devendo ser preservada a todo custo.¹⁰⁶

Ressalte-se que preservar a vida física como bem supremo é, também, desvincular-se do princípio basilar da Constituição Federal de 1988 (CRFB), o princípio da

¹⁰³ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida*. São Paulo: Editora Loyola, 2001, p.60.

¹⁰⁴ *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.

¹⁰⁵ *Ibidem*. *Loc. cit.*

¹⁰⁶ 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: 24 nov. 2015.

dignidade da pessoa humana, visto que entender a vida física como bem absoluto significa cultivar a vida, ainda que ela se manifeste em condições degradantes e desumanas, ou seja, se apresentando de forma não digna.

É importante esclarecer que o avanço tecnológico da Medicina, trouxe consigo complexos dilemas, inclusive éticos, de forma que a tecnologia empregada visando à cura do paciente ou a uma qualidade da vida, é sempre bem empregada. Entretanto, aquela tecnologia que visa, tão somente, ao prolongamento do processo de morrer, deve ser rechaçada.

2.2.4.3. A mistanásia

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

Maria Elisa Villas-Bôas entende que, em qualquer um dos sentidos, a palavra estaria perfeitamente encaixada no seu significado. Isto porque remeteria a um tipo de morte miserável. A autora completa que a mistanásia transcende o contexto médico-hospitalar

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.¹⁰⁷

A mistanásia é morte comum nos países “em desenvolvimento”, que, para alguns autores, equivaleria 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.¹⁰⁸

Conclui a autora que a mistanásia, por vezes, não chega a alcançar atenção de ambientes hospitalares de enorme avanço, por ocorrer, não nas unidades de tratamento intensivo (UTI), mas nas macas e chãos dos corredores, como muito se

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ *Ibidem*. Loc. cit.

observa no Sistema Único de Saúde (SUS), não chegando ao erro médico, por não alcançar tal etapa. A mistanásia seria mais uma questão de política pública que de atenção aos tipos penais.¹⁰⁹

A mistanásia é, portanto, uma morte cruel. A intervenção estatal para que não ocorra essa “morte infeliz” deve ser sempre preventiva, por políticas públicas que visem à proteção a esse grupo da sociedade, permitindo a eles o acesso aos hospitais e cuidados médicos, como uma forma de evitar que venham a padecer sem que tivessem cuidados mínimos e básicos.

A ocorrência da mistanásia reflete um Estado que não está alinhado com os ditames constitucionais, visto que essa “morte infeliz” é a mais clara inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos previstos na CRFB.

2.2.5 A morte no seu tempo: ortotanásia

A ortotanásia é entendida como a morte no tempo certo, dado ao significado dos radicais gregos da palavra, *orthos*, correto, e *thanatos*, morte, traduzindo, portanto, uma morte que chegou sem transtornos, ao seu tempo.

A prática da ortotanásia implica na não aplicação ou a interrupção de um tratamento médico, que já não mais vislumbra qualquer possibilidade de melhora do quadro clínico ou cura do paciente, de forma a evitar a manutenção da vida artificial.¹¹⁰

André Luis Adoni entende ser a ortotanásia uma prática lícita, abarcada pelo direito, na medida em que não visa ao encurtamento da vida, apenas deixa que essa morte ocorra no momento correto.¹¹¹

Os avanços da Medicina e a evolução de seus recursos geraram uma confusão dos conceitos e significados da vida e da morte, sobretudo para a população não médica, de forma que não haveria diferença flagrante entre o morto encefálico “cujo coração bate e cujo tórax se eleva às insuflações do ventilador mecânico, e o

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ *Ibidem*. Loc. Cit.

paciente em coma ou em estado vegetativo persistente ou o paciente terminal, permanentemente sedado”. Assim, Maria Elisa Villas-Bôas explica que o maior problema da vida sustentada por aparelhos médicos é saber se tais mecanismos são obrigatórios, dispensáveis ou devidos à tais indivíduos.¹¹²

É cediço que a morte é evento certo e inevitável, assim, a realização da ortotanásia não visa ao acontecimento da morte, mas que seja uma forma de deixar que essa morte chegue ao paciente de uma forma natural, sem tentativas frustradas e exageradas de prolongar uma vida, de uma forma artificial.¹¹³

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.¹¹⁴

Assim, a diferença reside no fato de que na ortotanásia, o ato de deixar de prestar certo tratamento ou procedimento ou interrompê-lo, não gera a antecipação da morte, visto que os tratamentos e procedimentos que seriam depreendidos apenas prolongariam uma vida artificial, que em nada tinham capacidade de melhora ou trazer a cura da enfermidade.

Villas-Bôas entende como sutil a distinção entre eutanásia passiva e ortotanásia, tendo extrema relevância ao mundo jurídico, sobretudo ao Direito Penal, visto que a primeira trata-se de uma prática ilícita e a segunda, lícita.¹¹⁵

Nesse diapasão, tem-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 correto, 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.

¹¹² 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.

¹¹³ 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. 2015, p. 59.

¹¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. cit.*, p.73-75.

Assim, tais expressões carregam uma certa complexidade, podendo ganhar conotações diferentes a depender do avaliador ou do próprio enfermo.¹¹⁶

Ademais, Villas-Bôas aduz que, mesmo que não haja uma indicação formal, determinadas medidas podem ser mantidas a pedido do próprio paciente, quando esse desejar o prolongamento, ao considerar querer viver, ainda que seu sofrimento seja aumentado. Em outros casos, em que o enfermo já não tenha capacidade decisória e quando da falta de indicação, deve ser comunidade à família, podendo ocorrer, por uma escolha dessa família, a manutenção fútil por tempo determinado, para, à título ilustrativo, esperar a chegada de um parente que deseja fazer uma última visita ao paciente em processo de morte.¹¹⁷

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, sem encurtar ou adiar o processo de morrer, possibilitando que a morte chegue ao seu tempo, quando o organismo do enfermo efetivamente alcançar um grau irreversível de deterioração.¹¹⁸

Assim, resta evidente que, na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, apenas não se utiliza de medidas que não têm condão de reverter o quadro terminal, sendo apenas um dever desse profissional a manutenção de cuidados básicos.¹¹⁹

Esclarece Laura Scalldaferri que a ortotanásia só pode ser realizada quando não for mais possível a cura do paciente, quando o tratamento ou procedimento 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.¹²⁰

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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 nov. 2015.

¹¹⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁰ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 121.

Salienta a autora que, na ortotanásia, o paciente já se encontra em processo natural de morte e a conduta do médico é apenas de permitir que tal morte ocorra sem prolongamentos desnecessários, ou seja, sem que haja o prolongamento artificial da vida, de forma a não utilizar meios artificiais para prorrogar ou antecipar a morte.¹²¹

Urge a necessidade de um morrer mais sensível, de forma a se permitir uma humanização do processo da morte e sem querer, a qualquer custo, prolongar uma vida de modo artificial.

Em sendo assim, faz-se necessário, ao não ser mais possível reverter o quadro clínico do paciente ou a cura, aliviar suas dores, trazer um conforto a uma situação que, por si, só é complexa e difícil, sem incorrer em prolongamentos abusivos, se utilizando de meios desproporcionais de manutenção da vida.

Nesse sentido, entende Laura Scaldaferrri que deve o profissional de saúde garantir os cuidados necessários para aliviar os sintomas sentidos pelo enfermo, dando-lhe assistência integral, respeitando a sua vontade.¹²²

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”¹²³. Concorda-se com tal visão, haja vista não se tratar de uma conduta que vise a antecipar a morte ou prolongar o seu processo, entendendo que o encerramento da vida deve ocorrer em seu curso natural, sendo um dever do médico o conforto nesse momento.

Compreende-se, portanto, a finitude da vida e, ante à constatação de não serem mais possíveis tratamentos e procedimentos 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 algíco, prezando, assim, pela dignidade do paciente no final da vida.

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

¹²² *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 nov. 2015.

¹²³ 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 nov. 2015.

3 SOBRE A MORTE E O MORRER: DISCUTINDO A TERMINALIDADE E O FIM DA VIDA

A morte é um tema por vezes delicado, por vezes temeroso, cuja abordagem varia de acordo com cada cultura e cada sociedade, ela é inerente ao ser humano, que tem consciência da sua condição de finitude. Afirma Elisabeth Kübler-Ross que a morte é parte integrante da existência humana, sendo um assunto que traz profundas reflexões e preocupações, de modo que o ser humano busca alcançar respostas aos seus mistérios.¹²⁴

Não é por acaso que o ser humano dedica seu tempo a desvendá-la, a retardá-la, a viver como se a morte não viesse a alcançá-lo e ainda assim conviver com a angústia de que esta é a única certeza que se tem na vida. Assim, falar em morte é tratar de um tema que hodiernamente é visto como um tabu, um assunto proibido, que carrega consigo mistérios indesvendáveis.

Em sendo assim, a morte passou a ser interpretada como “um insulto, intrusa, como desnecessária e sobreposta à vida”.¹²⁵ Vive-se um tempo em que a morte é encarada como um fracasso e falar de morte passou a ser tão complexo por ser um evento que põe termo a sonhos, expectativas e idealizações criadas pelo ser humano, sendo em decorrência dessa quebra de planos que se busca a fuga quando o assunto a ser tratado é a morte, evitando o tema a todo custo.¹²⁶

Sabe que um dia se irá morrer, a reflexão passa a tomar conta a partir do momento em que se percebe não se saber ao certo quando esse evento irá acontecer. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos entende o desconhecimento do momento da morte como uma benesse, de modo que se lança a vida ao infinito e vive-se como se nunca fosse morrer, agindo como se imortal fosse, ainda quando se sabe que imortal não se é.¹²⁷

Nesse sentido, explica a autora que qualquer aproximação com a morte proporciona substanciais alterações no sentido que se dá a vida. Isto pela própria capacidade humana de transformar o espaço-tempo real em espaço-tempo subjetivo,

¹²⁴ KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Morte: Estágio Final da Evolução*. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 29.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 132.

¹²⁶ AMORIM, Leticia Drummond Calmon. *O Conceito de Morte e a Síndrome de Asperger*. 2008 Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 16.

¹²⁷ DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Conceito médico-forense de morte. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 92, 1997, p. 343.

impulsionando o morrer e a velhice para período posterior como uma autodefesa, caso contrário, viver seria esperar a morte.¹²⁸

3.1 UMA ANÁLISE SOBRE A MORTE NO OCIDENTE

A morte é encarada de formas diferentes de acordo com a sociedade inserida, sendo pertinente a afirmativa de que a morte é um produto social. Nesse diapasão, Laura Scaldaferrri Pessoa afirma ser a morte produto 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 indivíduos, seja sob o ângulo de sua apropriação pelo sistema de poder”.¹²⁹ Portanto, a morte e o processo de morrer é modelável à História. O olhar sobre a morte é mutável, assim como a evolução histórica e os pensamentos sobre a morte.

A imagem que se tem da morte e do processo de morrer carrega de forma inerente simbolismos, construídos pelas sociedades, em que se percebem diversos significados e valorações que variam de acordo com a contextualização histórica, cultural, econômica e política inserida, de forma que esses simbolismos são responsáveis por exercer influências ao ser humano.¹³⁰

No que tange à história da morte nas sociedades, a pesquisa de Philippe Ariès tem importante relevo. Ariès descreve quatro grandes atitudes diante da morte. A primeira delas, denominada de “morte domada” traduz sentimento antigo de familiaridade com a morte, em que o moribundo está resignado ao saber que irá morrer, tendo uma cerimônia pública de despedida. O segundo momento, o qual Ariès nomeia de “morte de si mesmo”, tem início na segunda metade da Idade Média, trazendo ao processo de morrer um sentimento mais sombrio, de modo que o comportamento do moribundo seria essencial no que tange o merecimento no juízo final, definindo o merecimento do céu ou do inferno. Assim, dá-se à morte caráter mais dramático do que se tinha anteriormente.¹³¹ O terceiro período, por sua

¹²⁸ DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Conceito médico-forense de morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 92, 1997, p. 343

¹²⁹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 21

¹³⁰ 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, p. 23

¹³¹ ARIÈS, Philippe. *A história da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Ediouro, 2002, p 31.

vez, alcunhado de “morte do outro”, com começo a partir do século XVIII, traz um certo distanciamento com a morte, de forma que ela deixa definitivamente de ser acontecimento cotidiano e passa a ser um acontecimento extraordinário. Desse modo, a sociedade passa a exaltar de forma intensa a morte e fazer manifestações exageradas de luto, inclusive com cultos às sepulturas.¹³²

O último período, chamado por Ariès de “morte interdita”, que compreende os períodos da segunda metade do século XIX até os dias atuais, trata da morte como algo vergonhoso, como assunto proibido. Nesse período existe um pacto de silêncio que busca ocultar a proximidade da morte.¹³³

Desta maneira, é possível perceber que a forma de encarar e lidar com a morte sofreu inúmeras mudanças, retirando e trazendo novos receios, sobretudo na área médica, modificando de forma expressiva o conceito de morte.

Conforme Siqueira-Batista e Schramm, na primeira metade do século XX a morte clínica era entendida como semelhante à morte biológica. Tal entendimento sofreu mudança no século XXI, de forma que a morte clínica passou a ser compreendida como morte encefálica.¹³⁴ A referida mudança trouxe significativas discussões, sobretudo no âmbito da Medicina, que passou a questionar se o paradigma de morte adotado seria realmente fiel como conceito definidor de morte, de forma que em caso negativo, ter-se-iam implicações de proporções imensuráveis.

Trata-se de extrema importância discutir e definir o que realmente se configuraria como morrer, haja vista que, em se tratando de indivíduo morto, não haveria qualquer espaço para debater a eutanásia, uma vez que não ocorreria qualquer antecipação da morte.

Sob essa ótica, Siqueira-Batista e Schramm entendem que a morte, portanto, seria um evento com capacidade de pôr fim ao próprio pensamento, para os autores,

¹³² ARIÈS, Philippe. *A história da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Ediouro, 2002, p. 42-50.

¹³³ *Ibidem*, p. 57-58.

¹³⁴ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 Dez. 2015.

“este momento não surge como *ex nihilo nihil*¹³⁵, mas sim como um desfecho de um devir: o processo de morrer.¹³⁶

E partindo do pressuposto de que há um processo de morrer, seria exatamente esse processo que importaria e não mais a morte, como se acreditava anteriormente. Seria a certeza de que há um caminho sem volta que ocasionaria na morte como única possibilidade. Desta, forma merece destacar o quão complicado é o trabalho de definir o momento exato do processo de morrer, já havendo enorme dificuldade em se conceituar com exatidão o momento certo da morte.

3.2 CONCEITOS MÉDICOS-LEGAIS ESSENCIAIS

Não é por acaso que Maria Elisa Villas-Bôas afirma que a linha divisória entre a vida e a morte se percebe como tão tênue, de difícil delimitação. Resta evidente de que o conceito de vida e morte, definido pelo Direito, não merecem perdurar se desconsiderar conhecimentos biológicos.¹³⁷

Não surpreende o fato de os juristas trazerem conceitos abertos e indeterminados, passíveis de melhor complementação, deixando, portanto, como atribuição da Medicina definir com exatidão o que seria a vida e a morte. À título ilustrativo, Guilherme Nucci entende a morte ser caracterizada pela

Cessação das funções vitais do ser humano (coração, pulmão, cérebro), de modo que ele não possa mais sobreviver por suas próprias energias, terminados os recursos médicos validados pela Medicina contemporânea experimentados por um tempo suficiente, o qual somente os médicos poderão estipular para cada caso isoladamente.¹³⁸

Do conceito acima, percebe-se que fica à cargo da Medicina a melhor definição da morte, servindo como uma complementação para a concepção de morte que trata o

¹³⁵ A expressão *ex nihilo nihil* decorre do latim e indica um princípio metafísico que significa dizer que nada começa a existir a partir do nada: do nada, nada se faz, sendo a frase atribuída ao filósofo Parmênides.

¹³⁶ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 Dez. 2015.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 367.

CP. Do mesmo modo, o art. 6º do Código Civil Brasileiro (CC)¹³⁹ enuncia que “a existência da pessoa natural termina com a morte”, deixando para o jurista a tarefa de definir o conceito de morte lastreando-se, também, em conhecimentos biológicos.

Não sem motivo que Maria Auxiliadora Minahim entende “a noção de morte tratar-se de um conceito inacabado”.¹⁴⁰ O conceito de morte ao necessitar de conhecimentos biológicos para sua definição, é instrumento fundamental para permitir a melhor compreensão do momento da morte, permitindo que o Direito avance na mesma medida que a Medicina, não engessando, desse modo, o sistema jurídico.

3.2.1 Definição jurídica atual de morte

A morte é entendida como um fenômeno biológico, correspondendo à cessação definitiva e irreversível da vida de um organismo vivo. Dessa forma, definir a morte de uma pessoa pressupõe que não haveria qualquer ato capaz de reverter sua situação, de modo que trata-se de um episódio inconvertível. Ocorre que para o diagnóstico da morte precisaria-se de elementos objetivos que atestassem esse final, para que viesse a ser um diagnóstico certo e confiável.

Para Gonçalves, para um indivíduo ser considerado como morto, seria preciso 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. O referido autor entende que a morte compreende-se entre o processo de morrer e o estar morto.¹⁴¹

Necessário esclarecer a distinção entre o conceito de morte e os critérios de morte. O primeiro compreende a definição e caracterização do estado de morte enquanto que critérios de morte refletem as condições que permitem aferir a ocorrência da morte, determinando se o indivíduo se encontra morto, se enquadrando no conceito de morte.

O conceito de morte pode ser encarado sob a perspectiva religiosa, filosófica ou

¹³⁹ 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. 2016.

¹⁴⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Ainda sobre biotecnologia e direito penal. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n.8, jan/dez, 2000, p. 45-56.

¹⁴¹ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. 2006. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto, Porto, p. 21.

científica. Entretanto, são os critérios de morte, em verdade, “são indicadores biológicos da irreversibilidade de um processo, pelos meios atualmente conhecidos”.¹⁴²

3.2.2 Morte, morte clínica e biológica

Faz-se mister esclarecer que a morte não ocorre em um momento determinado, de forma que se torna tarefa complexa definir a morte e o tempo de sua ocorrência. Esclarece Maria Elisa Villas-Bôas ser correta a afirmação de que nem sempre a morte ocorrerá em um momento determinado, por vezes ocorrerá a morte numa evolução gradual, “por vezes lenta, por vezes súbita, que se estende em cadeia através de órgãos e tecidos”.¹⁴³

Ressalte-se que a morte não ocorre por completo a um só tempo, havendo a morte diária de células no organismo, de forma que podem outras células manterem as suas funções após o diagnóstico de morte durante certo período.¹⁴⁴

Nesse sentido delinea a Declaração de Sidney sobre a determinação da hora da morte, adotada pela 22ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Sidney, Austrália, Agosto de 1968 e emendada pela 35ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, Veneza, Itália, Outubro de 1983, ao discorrer que, se a morte é um processo gradual a nível celular, portanto, não se caracterizando como um ato solitário, “o interesse clínico não fica no estado de preservação celular isolada, mas no destino do ser humano”, de modo que o conceito de morte de variadas células e órgãos não se faz tão importante como a convicção de que o processo se caracteriza pela sua irreversibilidade, após usadas todas as formas adequadas de ressuscitação.¹⁴⁵

Questão fundamental é definir quais agrupamentos de células, quando dado por encerrado toda a atividade biológica, tornam inevitável o processo de morte por

¹⁴² GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto. 2006, p. 21-24.

¹⁴³ 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.18

¹⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴⁵ DECLARAÇÃO DE SIDNEY. *Dispõe sobre a determinação da hora da morte*. Disponível em <<<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/22sidney.html>>> Acesso em 03 Jan. 2016.

completo, de modo que torna incompatível com a vida em face da irreversibilidade do processo de morrer.¹⁴⁶

Necessário esclarecer que há diferentes perspectivas para a conceituação da morte, podendo ser conceituada como morte clínica, biológica, morte óbvia, morte jurídica e morte psíquica.

A morte clínica trata-se do critério microbiológico adotado pela Medicina e, logicamente, pelo Direito, que se destina a definir quando se dá a morte do indivíduo humano, relacionando mais diretamente com o fim da pessoa, “do que com a deterioração celular total, que ocorre mais tardiamente, com a autólise *post mortem*, pela qual células que persistam vivas após a morte clínica sofrem um processo de morte individualizada, por autodigestão enzimática”.¹⁴⁷

Como característica da morte clínica, se verifica a parada cardíaca, com ausência de pulso, a parada respiratória e a midríase paralítica, vindo a surgir após trinta segundos da suspensão dos batimentos cardíacos, sendo, em algumas vezes, reversível em caso de implementações adequadas de medidas de reanimação¹⁴⁸.

A morte biológica pode ser verificada nas células, tecidos e órgãos, sob ângulo individual, que culmina na morte de todo o organismo e de todos e sucede a morte clínica. Para Maria Elisa Villas-Bôas, é a conferida maior relevância à morte biológica, em razão de caracterizar por completo a extinção da vida. Nesse sentido, reputar que um indivíduo está vivo

Consiste em dizer que ele trabalha fisiologicamente, em equilíbrio (homeostase), num mecanismo ininterrupto de auto-regulação. Se esse mecanismo falha em algum ponto, tem-se uma situação patológica, que pode evoluir para a cura (a qual pode ocorrer com ou sem seqüela), para a cronificação ou para o óbito. A falha definitiva de determinadas estruturas orgânicas inviabiliza a sobrevivência global do indivíduo, configurando o diagnóstico de morte clínica, fim da pessoa natural.¹⁴⁹

Complementando o conceito de morte biológica, explicam Siqueira-Batista e Schramm que se diferencia da morte clínica pelo seu caráter definitivo de

¹⁴⁶ 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.18

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.18-19.

¹⁴⁸ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 Dez. 2015.

¹⁴⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. cit.*, 2005, p.18-19.

irreversibilidade, sendo caracterizada pela destruição das células no organismo *in totum*, pelo prazo médio de vinte e quatro horas.¹⁵⁰

Ainda, se faz possível se falar em morte óbvia, pontuada como de diagnóstico inequívoco, *exempli gratia*, os casos de “decomposição corpórea, decaptação, esfacelamento ou carbonização craniana, se há sinais como *rigor mortis* e *livor mortis*.”¹⁵¹ Assim, tratam-se de casos em que a identificação da morte é evidente e indiscutível.

Fala-se ainda em morte jurídica, conforme o que estabelece o art. 6º do CC, estipulando que a existência da pessoa natural termina com a morte, como já visto, deixando à cargo da Medicina e seus conhecimentos biológicos a estipulação dos critérios de constatação de morte.

Por fim, a morte pode ser conceituada como morte psíquica, antecedendo a morte biológica. Para o referido conceito, o doente tem consciência da sua situação de terminalidade e a irreversibilidade do processo de morte¹⁵², acontecendo, normalmente, nos casos de recebimento de notícia do acometimento de moléstia incurável, à exemplo dos casos em que se adverte ter o indivíduo câncer com metástases, ou seja, disseminado pelo organismo – no último estágio, o IV.

No entanto, sobre o conceito de morte se faz necessário salientar que baseia-se nos sinais abióticos – também chamados de cronotanatognose –, de forma que o estudo desses sinais podem ser classificados como: imediatos, que ocorrem imediatamente após a ocorrência da morte, citando como exemplo os sinais de imobilidade, ausência de consciência, parada cardiocirculatória e respiratória, além do relaxamento dos esfíncteres, dentre outros sinais; consecutivos, categorizado como aqueles que ocorrem após algumas horas ou dias, como as manchas hipostáticas, mancha verde abdominal, hipotermia e a rigidez; e, por fim, os sinais tardios, que transformam o cadáver, sendo a putrefação um deles.¹⁵³

¹⁵⁰ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 Dez. 2015.

¹⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵³ DANTAS FILHO, Venâncio Pereira et al. Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica. *Arq. Neuro-Psiquiatr.*, São Paulo, v. 54, n. 4, p. 705-710, Dec. 1996. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1996000400025&lng=en&nrm=iso>. acesso em 15 Dez. 2015.

Percebe-se a essencialidade do estudo da cronologia do aparecimento dos referidos sinais abióticos, sobretudo para a Medicina Legal, que facilitaria pela percepção desses sinais a constatação da ocorrência do evento morte no organismo humano. Da análise dos supramencionados sinais, reforça-se a ideia de que a morte não é evento único, mas sim uma concatenação de atos que levam, invariavelmente, à cessação das funções vitais do ser humano, quando terminado todos os recursos disponíveis e validados pela Medicina contemporânea.

Nesse sentido, esclarece o Conselho Federal de Medicina (CFM), no parecer nº 39 de 2011, que são os sinais de morte quando reunidos responsáveis por integrar a síndrome de morte, no entanto, adverte-se que um sinal, isoladamente, não tem o condão para determinar a ocorrência de morte, não sendo decisivo para fins de diagnóstico.¹⁵⁴

Entende-se, hodiernamente, a ocorrência da morte como um processo, muito embora a morte como um evento pode ocorrer em casos excepcionais, em caso de carbonização por explosão nuclear. Assim, o interesse médico, e por consequência jurídico, se dá na determinação de que se chegou ao ponto de não retorno, em que se pode constatar a irreversibilidade.

Todavia, mesmo com todo avanço da medicina, a busca pela definição segura do conceito de morte ainda leva a uma certa insegurança, isto também se deve ao fato de que também não há uma clara definição do que se trataria vida. Não é sem motivo que o Código de Processo Penal Brasileiro só permite, em seu art. 162¹⁵⁵, a realização de perícia após passadas seis horas da constatação da morte, com o objetivo último de coibir erros sobre o estado de morte.

3.2.3. Critérios de constatação da morte

Faz-se necessário estabelecer critérios objetivos para a constatação da morte, criando uma segurança para médicos e pacientes, além de seus familiares e, ainda, estabelecendo padrões para o atestado de óbito, só podendo definir a morte de um

¹⁵⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Parecer nº 39 de 2011*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2011/39_2011.htm> acesso 15 dez. 2015.

¹⁵⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 fev. 2016.

indivíduo se visualizado de forma objetiva os citados critérios, estabelecidos de forma prévia.

Ademais, a segurança não se vislumbra somente no âmbito da Medicina, mas também no âmbito jurídico, na medida em que, a partir da constatação da morte haverá vastas consequências no mundo do Direito, citando, à título exemplificativo, a abertura da sucessão e a possibilidade de disposição do corpo no todo ou em parte, com objetivo científico ou altruístico, conforme arts. 178¹⁵⁶ e 14¹⁵⁷, respectivamente, do Código Civil de 2002.

3.2.3.1 Critério cardiorrespiratório e morte encefálica

A determinação da morte, até o fim do século XIX baseava-se na parada respiratória. Ocorre que em 1819, devido à invenção do estetoscópio, passou-se a diagnosticar a morte a partir da constatação de cessação de batimentos cardíacos, sendo tal forma de aferição o chamado critério cardiorrespiratório.

A análise da parada cardiorrespiratória representava, portanto, a forma mais comum de morrer, tendo perdurado como inquestionável critério de constatação de morte até a data de 1968.

De mais a mais, merece destaque, ainda que à título ilustrativo, outros critérios de constatação de morte usado na Antiguidade. O primeiro deles, que data quinhentos anos antes de Cristo, verificava-se na descrição do aspecto da face de morto, conhecida como *facies hipocráticas*, e determinava as alterações que o cadáver passava em suas faces iniciais de deterioração, haja vista a perda do tônus muscular que antecede a rigidez cadavérica. Ainda, Maria Elisa Villas-Bôas aponta como sinais de morte, testes que verificavam a sua ocorrência, baseando-se em vestígios que seriam obtidos por algumas experiências ou provas:

¹⁵⁶ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. 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/2002/110406.htm> Acesso em 9 jun. 2016.

¹⁵⁷ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. 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/2002/110406.htm> Acesso em 9 jun. 2016.

Prova de *Ott*, em que se aproxima da pele a chama de uma vela e, estando o paciente morto, formar-se-á uma bolha de gás, em vez da flictena (bolha serosa) que surgiria no indivíduo vivo, com circulação funcionante; a prova de *Magnus* (ausência de coloração cianótica – ou seja: azul ou arroxeadada, em virtude do sangue aprisionado – quando se comprime a base de um dos dedos do paciente do certo tempo); prova de *Halluim* (ausência de reação de hiperemia, isto é, vermelhidão, na conjuntiva, após instilada uma gota de éter no olho), etc.¹⁵⁸

Muito embora, os testes supracitados possam ser considerados como abnócio, também foram sugeridos a prática de testes de caráter extremamente invasivo, como as provas de Middeldorff e de Ascarelli. Na primeira:

em que se introduz parcialmente uma agulha ao nível da base do coração, a fim de observar se há oscilações da agulha, indicando atividade cardíaca. As provas químicas – resultantes das reações iniciais de deterioração cadavérica – também podiam ser bastantes invasivas, como a prova de *Ascarelli* (em que se retirava por punção fragmento do fígado ou baço do suposto cadáver e se colocava em contato com tintura de cochonilha. Em caso de morte, não haveria alteração da cor).¹⁵⁹

Faz-se mister esclarecer que as provas susomencionadas, hoje, apresentam apenas interesse histórico, para que se possa conhecer as práticas antigas, visto que a evolução científico-médica proporcionou grandes avanços no que tange à constatação da morte, de modo que a análise de exames gráficos e de imagem possibilita diagnóstico menos agressivo e mais seguro.¹⁶⁰

Volvendo ao critério cardiorrespiratório, este permaneceu válido para a determinação da morte, passando a ser questionado como única forma incontestável a partir da realização do primeiro transplante cardíaco, ocorrido em 1967. O referido transplante, realizado pelo cirurgião Christian Barnard, na África do Sul, modificou o conceito tradicional de morte clínica antes adotado, a partir da comissão da Harvard Medical School divulgar a definição de morte como morte encefálica, em 1968.¹⁶¹

No entanto, não houve o descarte do uso do critério anterior de constatação de morte, mas sua coexistência com o novo critério de morte encefálica.

Em algumas situações, verifica-se, inicialmente, a morte pela paragem cardiorrespiratória e, em casos de morte cerebral, não podia proceder sua aplicação,

¹⁵⁸ 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. 21.

¹⁵⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶¹ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 36.

vez que a morte do tronco cerebral ocorre, em sua maioria das vezes, de forma anterior à morte por paragem cardiopulmonar.¹⁶²

Ademais, resta esclarecer que as técnicas de reanimação cardiopulmonar e o progresso dos mecanismos de suporte da vida, em substituição às funções dos pulmões e coração, criaram situações em que a constatação da morte se tornou deveras complexa. Isto se deu, a partir do século XX, mas precisamente em 1950, com o surgimento dos ventiladores e as Unidades de Cuidados Intensivos, sendo possibilitada a manutenção, de forma artificial, a função cardiopulmonar.

Nesse interím, foi verificado que alguns pacientes, embora mantida a função respiratória artificialmente, tinham perdido completamente a função cerebral. Assim, considerando o critério cardiopulmonar, o indivíduo que perdesse a função cerebral, mas mantivesse as funções dos pulmões e coração, seria considerado doente, porém vivo.¹⁶³

Dessa forma, com as técnicas de ressuscitação cardiopulmonar e de suporte avançado de vida, passou a ser possível a reversão de paradas cardíacas e respiratórias em grande número de pessoas, sendo estas, com a ressuscitação, consideradas vivas.

Em contrapartida, ao tratar das reanimações cardiopulmonares, em número extenso de indivíduos só se fazia possível a reversão do quadro após instalação de complexos e irreversíveis lesões do sistema nervoso central (SNC), “passando assim, os outros sistemas reanimados a funcionarem artificialmente mantidos e independentes entre si, uma vez cessada a ação integradora do SNC irreversivelmente lesado”.¹⁶⁴

Conforme explica Dantas Filho, faz-se necessário salientar que o tecido nervoso é extremamente vulnerável à privação de substratos decorrente das situações de parada dos pulmões e coração, em face das altas demandas e mínimas reservas de

¹⁶² CRUZ, Manuel Jorge Santos da Silva. *O conceito de morte cerebral numa perspectiva ética*. Dissertação (Mestrado em Bioética e Ética Médica). Universidade do Porto, 2003, p.16.

¹⁶³ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto, 2006, p. 23.

¹⁶⁴ DANTAS FILHO, Venâncio Pereira *et al* . Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica. *Arq. Neuro-Psiquiatr.*, São Paulo, v. 54, n. 4, p. 705-710, Dez. 1996. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1996000400025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 Dez. 2015.

oxigênio e glicose e peculiaridades metabólicas¹⁶⁵. Diante do exposto, observou-se que, devido à evolução científica, se fez pertinente reformular as formas de constatação da morte para que se pudesse alcançar uma segurança maior no atestado de óbito.

Ainda, discorre Maria Elisa Villas-Bôas essa necessidade de reformulação das formas de diagnose da morte, que também, se deu em razão da evolução dos transplantes e da urgência em se estipular regramento específico que assegurasse que os procedimentos de transplantes ocorreriam sem ferir o direito à vida do doador.¹⁶⁶ Desse modo, tornava-se fundamental perquirir por um critério de constatação de morte que atestasse a irreversibilidade do quadro.

Não obstante a massagem cardíaca, o desfibrilador e as drogas cardiotrópicas tivessem capacidade de retomar a função cardíaca comprometida brevemente, e a ventilação artificial, manual ou por aparelho fosse apta a manter a oxigenação orgânica, a Medicina não encontrou método capaz de retomar o funcionamento do sistema nervoso¹⁶⁷. Nesse diapasão, necessitava-se de um critério que pudesse afirmar com segurança a irreversibilidade do processo de morrer, sendo definido esse critério como o padrão ouro da morte encefálica.

O critério da morte encefálica, que engloba o cérebro e o tronco cerebral, exigia a ausência da atividade cerebral, confirmada por eletroencefalograma, e a irreversibilidade das funções do SNC, tal diagnóstico é baseado na Resolução nº 1.346 de 1991 do CFM.¹⁶⁸

Muito embora o critério da morte encefálica só tenha sido determinado como critério oficial na década de 90, pelo CFM, o referido critério já vinha sendo aplicado no país quando do primeiro transplante do coração realizado por brasileiros, que, mais tarde, deu ensejo à elaboração da Lei nº 5.479 de 1968, que antecedeu a atual lei de transplantes.¹⁶⁹

¹⁶⁵ DANTAS FILHO, Venâncio Pereira *et al.*. Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica. *Arq. Neuro-Psiquiatr.*, São Paulo, v. 54, n. 4, p. 705-710, Dez. 1996. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1996000400025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 Dez. 2015.

¹⁶⁶ 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.22.

¹⁶⁷ *Ibidem*, loc. cit

¹⁶⁸ DANTAS FILHO, Venâncio Pereira *et al.* *op. cit.*

¹⁶⁹ 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.22.

Ensina Maria Elisa Villas-Bôas que se a lesão está concentrada apenas na área cortical, ainda que deteriorada a vida relacional – que se configura pela destruição da porção encefálica responsável pela sensibilidade, comunicação, cognição e raciocínio –, seria possível manter a integralidade das funções basais de respiração e de circulação, de responsabilidade do tronco encefálico, localizado entre o cérebro e a medula, sendo parte do sistema nervoso (composto pelo bulbo raquidiano, ponte e mesencéfalo) e local onde são concentradas as funções basais do organismos humano, casos em que o paciente poderá estabilizar-se e entrar em estado vegetativo.¹⁷⁰

Diferentemente, se a lesão afetar também no tronco encefálico, o organismo não teria qualquer condições de manter as atividades basais, só podendo, portanto, ser mantidas de forma artificial e “diante da instabilidade orgânica que se instaurou, tal ingerência não poderá ser suportada por tempo ilimitado, tendendo-se à evolução para a deterioração e a falência subsequente dos demais órgãos: coração, aparelho respiratório, rins, etc.”. Ocorre que ainda que se mantenha a circulação e a respiração artificiais, mas o encéfalo esteja irreversivelmente destruído, nesse caso, declarar-se-á a morte encefálica, após verificado pelos devidos exames do protocolo.¹⁷¹

Destaca Villas-Bôas que pacientes em morte encefálica podem cursar com reflexos medulares, em razão da medula estar situada em nível inferior ao tronco encefálico. Todavia, os reflexos desta ordem não significam reação vital¹⁷². Ainda, faz-se necessário evidenciar que a definição correta do critério atual da diagnose da morte é morte encefálica. O termo morte cerebral se encontra em desuso, sendo apenas utilizados quando traduzido de forma direta do inglês, ao usar, sem outra alternativa, *brain death*.

Para que se possa determinar a morte encefálica, é preciso estar presentes cinco requisitos, quais sejam, o coma com falta de resposta cerebral; apneia – a ausência de respiração espontânea; midríase – dilatação fixa da pupila; ausência de reflexos cefálicos; e, por fim, os dados clínicos anteriores devem ser completados no

¹⁷⁰ 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.22.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.22-23.

¹⁷² *Ibidem*, p.23.

eletroencefalograma. Assim, devem tais condições se manter durante, pelo menos, trinta minutos a seis horas, após o começo do coma e da apneia.¹⁷³

Ainda, se faz necessário excluir a presença de substância tóxica, utilização de fármacos depressores do SNC ou bloqueadores neuromusculares, hipotermia corporal – caso em que a temperatura central, esofágica ou retal é inferior a 35 graus –, e alterações eletrolíticas, metabólicas ou endócrinas significativas que possam justificar o coma e condicionar o resultado das provas que, por ventura, indicaram a morte.¹⁷⁴

Por fim, faz-se mister que o doente esteja conectado a um ventilador, pressupondo, dessa forma, a incapacidade de ventilação espontânea e somente após verificados os requisitos, é que se iniciará a execução das provas de morte encefálica.¹⁷⁵

Tais critérios de morte foram assim determinados para que se pudesse confirmar a irreversibilidade do estado de morte encefálica, objetivando, portanto, a segurança da declaração da morte.

O CFM, por meio da resolução nº 1.480 de 1997¹⁷⁶, determina os critérios e protocolos para a definição da morte encefálica, que será caracterizada pela reação a exames clínicos e exames complementares, feitos em intervalos variáveis de tempo, observando as determinações de acordo com a faixa-etária do paciente e registrados no “termo de declaração de morte encefálica”, podendo as instituições hospitalares fazer acréscimos ao mencionado termo, que deverá ser aprovado pelos Conselhos Regionais de Medicina da circunscrição, sendo vedada a supressão de qualquer dos itens pré-estabelecidos.

Consoante dispõe a resolução, a morte encefálica deverá ser consequência de processo que não tem aptidão para reversão e de causa conhecida, indicando os parâmetros clínicos para a definição de morte demonstrados anteriormente. Nesse sentido, a resolução nº 1.480 do CFM reforça o entendimento de que a distanásia não é bem vista, e nem deve ser, em face de destacar, na exposição de motivos da resolução, o “ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de

¹⁷³ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 38.

¹⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1.480 de 1997, que dispõe sobre a caracterização da morte encefálica*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm> Acesso em 21 fev. 2016.

recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica”.¹⁷⁷

De forma análoga, Manuel Cruz aduz que a morte encefálica corresponderia a uma decapitação fisiológica, haja vista que, muito provavelmente, ninguém afirmará que uma pessoa, vítima de decaptação, esteja viva, ainda que seu coração esteja batendo, ainda que com mecanismos externos. Por esse motivo que alguns autores compreendem que os indivíduos em morte encefálica são denominados como *beating heart cadavers*.¹⁷⁸

A ocorrência de morte encefálica, no entanto, traz questão polêmica no que tange à possibilidade de desligamento do suporte vital ao fazer diagnóstico de morte encefálica em paciente não doador de órgãos.

Quando se tratar de paciente doador de órgãos a questão é pacificada, uma vez feito o diagnóstico da morte, em que as condições clínicas autorizam a doação, o suporte vital deverá ser mantido até a retirada dos órgãos e tecidos, que serão realizadas em centro cirúrgico, observados os devidos cuidados, em proteção ao órgão e em respeito ao doador.¹⁷⁹

No morto encefálico não doador, a manutenção de suporte artificial não corresponde a qualquer benefício ao morto, de forma que, “resultando em importante e desnecessária despesa econômica e em ocupação de escasso leito de unidade de terapia intensiva por paciente médica e juridicamente morto”. Por fim, ressalta Maria Elisa Villas-Bôas que a realização de procedimentos desnecessários ou sua manutenção, poderá configurar o crime de vilipêndio de cadáver, consoante o art. 212 do CP, representando, sem qualquer finalidade aceitável, a manipulação e invasão do corpo do indivíduo morto.¹⁸⁰

No entanto, em se tratando de indivíduo morto, o desligamento dos aparelhos em pacientes diagnosticados com morte encefálica não configurará qualquer crime contra a vida, vez que a vida já se findou.

¹⁷⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1.480 de 1997, que dispõe sobre a caracterização da morte encefálica*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm> Acesso em 21 fev. 2016.

¹⁷⁸ CRUZ, Manuel Jorge Santos da Silva. *O conceito de morte cerebral numa perspectiva ética*. Dissertação (Mestrado em Bioética e Ética Médica). Universidade do Porto, 2003, p. 16.

¹⁷⁹ 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.26-27.

¹⁸⁰ 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.26-27.

3.2.3.2 Morte real e morte aparente

Relata Manoel Jorge Cruz que não são poucos os casos, descritos na literatura, de possíveis enterros em situações de morte aparente. Portanto, resta configurado a essencialidade da distinção entre a morte real e a morte aparente. O referido autor narra que no século XVII, em algumas cidades europeias, em se tratando de indivíduo abastado, ao ser definida sua morte, colocava-se em obituários com pequenos chocalhos, que eram amarrados aos membros do morto, para que qualquer possível movimento fosse percebido por seus servos, que faziam a vigilância, pudesse ser alertado e o indivíduo não seria enterrado erroneamente.¹⁸¹

Importante destacar que a denominação morte aparente reflete situações em que, apesar da similitude com a cessação da vida, não se pode afirmar a existência de um quadro definitivo de falência das funções do organismo humano, não se podendo assegurar a irreversibilidade do quadro clínico.

Ressalta Maria Elisa Villas-Bôas que, em se tratando de morte aparente, os sinais vitais, tais como os batimentos cardíacos, movimentos respiratórios, temperatura corporal, motricidade e sensibilidade cutânea, observam-se deprimidos que, se realizados exames clínicos superficiais, poderiam ser confundidos com a morte real.¹⁸²

Assim, considerando o caráter transitório da morte aparente e potencial de reversibilidade, pode o quadro clínico fixado converter-se para um dos estados fronteiriços, à exemplo do estado vegetativo persistente (EVP), casos em que a vida se torna irrecuperável tal como era anteriormente, em razão de lesão permanente de estruturas nobres.¹⁸³

Diferentemente da morte real, a morte aparente não permite qualquer tipo de intervenção que objetive a interrupção de tratamentos de manutenção da vida. Assim, percebe-se que a morte real é caracterizada pela irreversibilidade, sendo a morte completa, que, em termos categóricos, corresponde à morte.

¹⁸¹ CRUZ, Manuel Jorge Santos da Silva. *O conceito de morte cerebral numa perspectiva ética*. Dissertação (Mestrado em Bioética e Ética Médica). Universidade do Porto. 2003, p.16.

¹⁸² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. cit.* 2005, p. 28.

¹⁸³ CRUZ, Manuel Jorge Santos da Silva. *Op. Cit.*, p.19.

Configurada a morte aparente, o tratamento é de paciente vivo e nunca como morto, de forma que o morto aparente não se adequa às condições de morte previstas pelos conhecimentos médico-biológicos. Assim, é garantido a esse paciente direitos inerentes à pessoa humana, viva.

No caso de morte aparente, o dever do médico se apresenta pela obrigação profissional de tentar reverter o quadro, em que há aptidão para melhora clínica e, ainda, evitando que o paciente, no futuro, apresente sequelas e que o quadro não evolua para uma morte real.

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos elucida que a morte aparente pode ser provocada por acidentes ou pelo uso abusivo de substâncias depressoras do SNC, em que a temperatura corporal pode cair sensivelmente, havendo um rebaixamento das funções dos pulmões e coração, de modo que, em uma análise superficial, teria aparência de morte.¹⁸⁴

A referida autora relata que a causa pode ser variada, podendo ser em razão de perda de ritmo, sendo ela abrupta, decorrentes de perturbações encefálicas, metabólicas, cardiovascular, vascular central, dentre outras causas síncope; ainda, de causa histérica, em razão de letargia e catalepsia; tóxica, pela utilização de morfina ou heroína em doses elevadas e por anestesia; apoplética; traumática; elétrica; e por causas gerais.¹⁸⁵

Muito embora haja vida, os sinais externos podem não ser facilmente perceptíveis, dado à perda de consciência, imobilidade, insensibilidade, ausência aparente de respiração, ausência de circulação e midríase parálitica (dilatação da pupila dos olhos mesmo quando submetida à incidência da luz).¹⁸⁶

Quanto à duração do estado de morte aparente, é cediço que tem capacidade de durar alguns minutos, podendo chegar até dias, sendo explicável pela persistência da circulação, ainda que imperceptível.¹⁸⁷

Desse modo, em se verificando a existência da morte aparente, é exigido que o profissional médico se atenha a todos os cuidados na diagnose do paciente, a fim de

¹⁸⁴ DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Conceito médico-forense de morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 92, 1997, p. 354.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 355.

¹⁸⁶ DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Conceito médico-forense de morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 92, 1997, p. 355

¹⁸⁷ GOMES, Hélio. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 604-608.

evitar inumações, embalsamentos prematuros, tal como ocorria em tempos mais antigos.

Por fim, esclarece Hélio Gomes que nos casos de morte agônica, em que sucede de longa doença extenuante, a duração da morte aparente é muito reduzida. Diferentemente, nos casos de morte súbita, tais como morte por afogamento, enforcamento, fulguração (aquela causadas por raios), eletrolessão, hemorragias, entre outras, o estado de morte aparente poderá perdurar por mais tempo, de uma a três horas ou, ainda, mais.

3.2.4 Quadros clínicos e medidas de manutenção da vida

É inegável que a evolução científica e o surgimento de novos recursos médicos trouxeram um maior conforto aos doentes, possibilitando maiores chances de melhora do quadro clínico instaurado e de cura.

Ocorre que, em muitas circunstâncias, às pessoas tornaram-se reféns dos recursos médicos disponíveis, adiando a morte mesmo quando já não se pode oferecer tratamento ou procedimento que possibilite significativas chances de cura ou de melhora.

Em razão dos conceitos de vida e de morte se mostrarem confusos, sobretudo para a população não médica que não identifica a diferença flagrante entre o morto encefálico e o paciente que o coração bate e o tórax se eleva às insuflações do ventilador mecânico ou, ainda, a diferença entre o coma e o EVP, dentre outros estados clínicos, a aproximação dos conceitos de vida e de morte é tamanha que a distinção dos referidos estados parece ter sido configurado de modo meramente convencional, sendo, pois, um imenso problema da vida sustentada por aparelhos e por medicações. Afirma Villas Bôas que, mais que a semelhança de apresentação entre o vivo e o morto, torna-se muito mais prescindível e essencial, o entendimento de quais recursos configuram-se como obrigatórios, proporcionais ou indevidos proporcionar.¹⁸⁸

¹⁸⁸ 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.

3.2.4.1 Medidas ordinárias e extraordinárias, tratamentos proporcionais e desproporcionais

Ao determinar os recursos despendidos aos 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, de forma que eram concebidas como um cuidado básico que necessita o doente, sobretudo o paciente terminal. Enquanto que as medidas extraordinárias, por outro lado, eram entendidas como medidas mais arriscadas e agressivas e, portanto, de uso mais criterioso.¹⁸⁹

Assim, ainda que considerado determinado tratamento como meio extraordinário, se trazer conforto ao paciente terminal, mesmo que empregado como medida paliativa, esse meio deverá ser usado, visando o bem estar do paciente que se encontra em fase de final de vida.

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.¹⁹⁰ Merece destaque o fato de que um meio reputado extraordinário em um hospital público de um país subdesenvolvido pode não vir a ser considerado como tal em um hospital tecnologicamente equipado, de forma que os conceitos do que seria medida ordinária e o que seria medida extraordinária não são fechados, sendo tais nomenclaturas substituídas pelo conceito de tratamentos proporcionais e desproporcionais.

O conceito de medidas proporcionais se configura como a utilização de forma sistêmica e obrigatória, reputadas favoráveis ao paciente. São intervenções que, em análise do quadro clínico do doente, são entendida como adequadas em razão dos resultados pretendidos.¹⁹¹

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ 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 dez. 2015.

¹⁹¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 26.

Em contrapartida, as medidas desproporcionais, também chamada de medidas imoderadas, são optativas, devendo observar a avaliação clínica dos benefícios possíveis, bem como a disposição do paciente ou familiares para o enfrentamento dos riscos, configurando como desproporcional em razão de que os meios parecem ser exagerados em comparação aos resultados pretendidos.¹⁹²

Maria Elisa Villas-Bôas chama atenção de que a aplicação desmedida de meios reputados desproporcionais, pode configurar um prolongamento indesejado do processo de morrer, quando já considerado irreversível, de forma que, poderia configurar como uma prática de distanásia, prática essa que deve ser rejeitada.¹⁹³

De outro modo, se uma medida normalmente considerada desproporcional trazer conforto ao paciente terminal, ainda que somente sirva como paliativo, tal medida, naquele caso, será considerada proporcional. A citada autora cita como exemplo o uso de ventilação mecânica que objetive evitar a angústia de uma morte por asfixia, caso em que se é certo que o paciente morrerá, de qualquer forma. Assim, a partir da noção do que seria tratamento proporcional e desproporcional, percebe-se decorrer das mencionadas noções de tratamentos o conceito de futilidade terapêutica.¹⁹⁴

A futilidade terapêutica configura-se como uma ação de baixa probabilidade de atingir um pretendido resultado, de modo que para analisar a futilidade de uma ação, deve se ter em vistas o alcance a que se pretende chegar. Entende-se que a avaliação da futilidade de uma ação poder ser quantitativa, ao analisar a probabilidade de atingir o resultado, e qualitativa, sendo uma análise dos benefícios em comparação ao sofrimento que pode causar a medida.¹⁹⁵ Denota-se que os procedimentos fúteis de tratamentos devem ser evitados, rechaçados e abolidos da prática da Medicina ao trazerem condições agressivas de terapêutica e benefícios ínfimos à condição do paciente.

¹⁹² 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.

¹⁹³ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 47,

¹⁹⁵ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto, 2006, p. 40.

Nesse sentido, seguem Kipper e Piva ao entenderem como desproporcionais os meios capazes de prolongar a vida aumentando o sofrimento sentido sem trazer significativos benefícios ao doente.¹⁹⁶

Ressalta Cláudia Laselva que no caso dos pacientes terminais, deve-se intervir de forma a progredir o cuidado, inicialmente curativo, para o cuidado paliativo.¹⁹⁷ Deve-se dar o conforto ao paciente terminal, de modo a permitir a eles um final livre de sofrimento, rechaçando, dessa forma, a utilização de tratamentos e procedimentos fúteis.

Salienta Teresa dos Reis e Carlos Henrique Silva que, atualmente, conceituar futilidade terapêutica têm se tornado tarefa difícil. Isto em razão da globalização, em que o paciente e seus familiares têm acesso à inúmeras informações sobre variados tratamentos, crescendo a incidência de pedidos de medidas reputadas pelos médicos como ineficazes, além da incerteza dos profissionais de saúde sobre decisões que visem a suspensão ou retirada de tratamento agressivo que não impedem o curso do processo de morrer do paciente.¹⁹⁸

Ainda, destaca-se como tratamento fútil, aquela intervenção médica que alcança de um a dois percento do seu objetivo, baseando-se numa análise quantitativa, sendo transitório seu resultado, de modo que o doente retorna à situação clínica anterior ou apresenta piora, frustrando o benefício atingido. Nesse sentido, é cediço que toda e qualquer decisão que envolva a vida de um indivíduo deve-se lastrear em conhecimentos científicos e, nunca somente em ideias pessoais.

No que tange à alimentação e hidratação, quando naturais, desde que o paciente queira beber e comer, estes devem ser sempre fornecidos, não configurando como um tratamento médico. No caso da alimentação e hidratação artificiais (AHA), em sendo necessária técnicas que requeiram intervenção médica, tais como infusões intravenal (IV) ou subcutâneas e sondas, configuram-se como tratamentos médicos,

¹⁹⁶ 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 dez. 2015.

¹⁹⁷ 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)> Acesso em 15 dez. 2015

¹⁹⁸ 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.

entendendo Golçalves ser legítimos que não sejam interrompidos ou que não venham a ser iniciados.¹⁹⁹

Para o autor, a única justificativa para iniciar uma alimentação artificial em doentes terminais seria no caso em que o paciente sente fome, permitindo a introdução de uma sonda nasogástrica e administração de alimentos líquidos por essa sonda, em caso de pedido do doente, tratamento que o desconforto causado seria legítimo.²⁰⁰

Em relação à hidratação, consubstancia semelhante situação, vez que a desidratação provocada pela não administração de líquidos por via intravenal ou subcutânea (SC) poderá causar sede e, se pedido pelo paciente deverá ser deferido, podendo, entretanto ser solucionado por cuidados locais, como a ação de molhar a boca com frequência, colocar gelo moído na boca do paciente, dentro outras formas. Relata Golçalves que a desidratação pode ser benéfica ao reduzir edemas, secreções gastrointestinais e vômitos.²⁰¹

Todavia, necessário esclarecer aos familiares que o doente em estado terminal não irá morrer por não comer ou beber, mas que ele não come porque está em condição de terminalidade de vida, de forma que muitas vezes se torna recomendável a não administração de alimentos e líquidos. Casos assim, a doença terminal é a causadora da morte e não a ausência de AHA.²⁰²

No entanto, os profissionais de saúde, sobretudo médicos, devem esclarecer aos familiares do doente, se possível em antecipação, quanto aos riscos e benefícios de hidratar ou não hidratar e de usar ou não usar sondas IV.

Discorre Maria Elisa Villas-Bôas que a disposição de todos os recursos existentes, mesmo os que se configurem desproporcionais ao caso concreto, visando, unicamente, adiar o processo de uma morte que já se constata-se iminente, de forma a não oferecer o conforto necessário ao doente, caracterizaria hipótese de obstinação terapêutica, devendo ser combatido por médicos e juristas, configurando uma agressão ao ser humano.²⁰³

¹⁹⁹ GOLÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A Boa Morte: Ética no fim da vida*. 2006. Dissertação (Mestrado em Bioética). Universidade do Porto, Porto, p. 60.

²⁰⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 62.

²⁰² *Ibidem*, loc. cit.

²⁰³ 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.

Nesse sentido, suspender ou não aplicar um tratamento entendido como fútil, não pode ser entendido como omissão de socorro, tampouco como homicídio, vez que apenas prolongaria o sofrimento do paciente e não sua vida, que já se encontra em fase terminal.²⁰⁴

Por fim, deve haver uma ponderação quanto ao recurso a ser utilizado, devendo haver uma análise dos benefícios, riscos e sofrimentos, de modo que a esperança desarrazoada dos familiares, não poderá justificar a submissão do doente a condutas invasivas que não acarretarão em qualquer benefício.

3.2.4.2 Paciente terminal e paciente crônico.

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

Entende-se tratar-se de paciente terminal aquele que encontra-se em fase tal de sua patologia, que inevitavelmente evoluirá para o óbito, independentemente de todos os esforços empregados, de forma que são pacientes que não podem ser curados.²⁰⁵

A condição de terminalidade frequentemente atinge os pacientes oncológicos, podendo também ser verificada em pacientes com falência de múltiplos órgãos, em sepse grave.²⁰⁶ Para caracterização da terminalidade, conforme 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.²⁰⁷

Para tanto, Gisele Mendes de Carvalho aponta 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

²⁰⁴ *Ibidem, loc. cit*

²⁰⁵ 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 Jan. 2016.

²⁰⁶ VILLAS BÔAS, Maria Elisa. *Op. cit.*, 2010, p. 239-268.

²⁰⁷ 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.

cambiantes que condicionam a instabilidade evolutiva do paciente; o impacto 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 sobrevida.²⁰⁸

No entanto, ainda que não seja tarefa simples conceituar um paciente como terminal, salienta Gutierrez que a maior dificuldade se configura na etapa em objetivar o momento da terminalidade, visando a prática de medidas que tragam conforto a essa situação, e não somente reconhecer tal momento.²⁰⁹

Diante de um estado de terminalidade, Maria Elisa Villas-Bôas compreende que haveria três possibilidades de ações, a primeira seria prolongar ao máximo a existência terminal, fazendo uso de medicamentos e drogas e aparelhos, ainda que isso signifique prolongar e intensificar a agonia, contra o desejo do doente, configurando a distanásia, e devendo essa prática ser rechaçada. A segunda, compreenderia a ação de antecipar o fim, em razão de conduta ativa ou passiva de interrupção da vida, caracterizando a eutanásia, prática essa ilícita no direito brasileiro. A terceira, por fim, se configura pela promoção de cuidados paliativos, objetivando o maior conforto no final da vida, “sem, todavia, investimentos técnico-medicamentosos que visem a conservar, além do tempo natural, uma vida que não se pode mais melhorar”.²¹⁰

Entende-se ser a terceira ação a que melhor se coaduna com o direito brasileiro, sobretudo em análise do princípio *mater* da dignidade da pessoa humana, permitindo que o final da vida seja vivido de forma confortável, sem prolongar o processo de morrer e nem antecipá-lo, sem causar ou aumentar o sofrimento que doenças terminais, a exemplo das doenças oncológicas, possam vir a trazer ao paciente.

De mais a mais, deve o diagnóstico de terminalidade de vida ser extremamente cauteloso, com a realização de exames complementares para diagnóstico da

²⁰⁸ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p.125.

²⁰⁹ GUTIERREZ, Pilar L.. O que é o paciente terminal?. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 47, n.2, p.92, jun. 2001. Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 Dez. 2015.

²¹⁰ VILLAS BÔAS, Maria Elisa. Um direito fundamental à ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 239-268.

existência de metástases que possam trazer sofrimento e dor, sejam indicadas e efetuadas terapias intensivas, tais como a procedimentos paliativos cirúrgicos e bloqueios analgésicos, entretanto, voltadas, primeiramente, ao controle de sintomas nesses pacientes em fim de vida.²¹¹ Assim, deve-se esclarecer que ao doente em fase terminal, todo o esforço deve ser deferido para que não haja sofrimento nesse final, de modo que toda medicação deve ser utilizada no sentido de amenizar a dor e demais sintomas.

Ante o estado de terminalidade, Claudia Burlá esclarece que os principais sintomas da fase terminal são a dor, fadiga, constipação, dispnéia, náuseas e vômitos, confusão mental, inquietação e anorexia. Assim, frente ao desconforto que tais sintomas podem causar, devem ser, obrigatoriamente, controlados, sendo um cuidado básico ao paciente terminal. A autora entende que a afirmação de que a dor e o sofrimento compreendem o processo de morrer se configura como incorreta. Isto porque, tendo em vista os avanços científicos e a Medicina atual, existem meios medicamentosos e de suporte que visam a reduzir esses sintomas, que são angustiantes, dando, por sua vez, conforto ao paciente.²¹²

Todavia, ensinam Takito e Lemonica que não se deve confundir o conceito de paciente terminal com o conceito de paciente grave não terminal ou de mau prognóstico. O segundo conceito se refere ao paciente que, embora em situação complexa do ponto de vista clínico, tratamentos terapêuticos apropriados esperam tirar o risco de morte, sendo, portanto, reversíveis.²¹³

Compreende Maria Elisa Villas-Bôas que o conceito de mau prognóstico se difere completamente do conceito de terminalidade, visto que no segundo, o risco de morte é iminente e irreversível, de modo que o objetivo deixa de ser curar e passa a ser

²¹¹ 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.

²¹² 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.

²¹³ 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.

cuidar, “é o que os países anglo-saxônicos chamam de substituição da cultura do *cure* pela noção de *care*”.²¹⁴

Para fins exemplificativo, Laura Scalldaferri distingue-se o paciente terminal oncológico do paciente diagnosticado esclerose lateral amiotrófica (ELA) ou mal de alzheimer, que sofrerão, inevitavelmente, perda das habilidades, sobretudo mentais, mas que não se encontram em situação de morte iminente, não sendo classificados, portanto, como pacientes terminais.²¹⁵

Resta-se claro a necessidade de distinção entre pacientes terminais e de mal 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.

3.2.4.3 Noções sobre cuidados paliativos

Ante a situação de terminalidade, muda-se o parâmetro nos cuidados médicos que serão dedicados ao paciente. Passa-se de busca da cura para a finalidade precípua do cuidar. Nesse sentido se inserem os cuidados paliativos, sobretudo aos proporcionados aos pacientes dignosticados como terminais, em que se caracteriza pela iminência de morte.

É preciso se ater ao fato de que, na Medicina, dois princípios morais movem a assistência curativa e paliativa, sendo eles a preservação da vida e o alívio da dor. Essa dor é entendida como tudo que o paciente aponta como sofrimento, de forma que nenhum sintoma merece desprezo. A palição na Medicina se insere no resgate antigo do cuidar, sem, no entanto, recusar os avanços científico-médicos.

Assim, a palição também é forma de reforçar a noção de que o morrer não se trata de uma falha científica, mas de a reconhecer como ciclo da vida e, assim, entender que esse final merece cuidados muito particulares e específicos.²¹⁶

²¹⁴ 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.

²¹⁵ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 42.

²¹⁶ 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.

Entende-se que a morte é natural e que o prolongamento sofrido e exagerado do processo de morrer deve ser, de toda forma, evitado, em sendo esse o desejo do paciente, haja vista não trazer qualquer benefício na qualidade de vida do doente e simplesmente prorrogar o desfecho final que se encontra inevitável.

Nesse sentido se estabelece a palição, cuja base etimológica do adjetivo “palio” abarca amplo círculo semântico, que são complementares entre si e compreendem os verbos “cobrir”, “proteger”, “agasalhar”, “aliviar” e, também, “singularização”, “individualização” e “distinção”.²¹⁷ A palição, portanto, diz respeito aos cuidados que visam o alívio do sofrimento, proteção do paciente e ao conforto, todavia, empregados de forma singular, de acordo com a particularidade de cada enfermo e a análise singular de seu quadro clínico.

Para melhor compreensão do tema, 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.²¹⁸

Importante destacar a origem da palição, que tem início nos primórdios da Medicina, embora só se possa afirmar a força do movimento de cuidado paliativos a partir da metade do século XX. Desde Hipócrates²¹⁹ havia uma busca pelos cuidados quando já não fosse possível a busca da cura.²²⁰

Assim, a partir dos estudos na área da palição, que determinou o conceito de dor total como um sintoma intolerável que acomete os moribundos, sendo, a dor física, psicológica, espiritual e social, passou-se a exigir tratamento holístico para atingir uma morte tranquila e da forma menos dolorosa possível.²²¹

²¹⁷ 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.

²¹⁸ WHO (World Health Organization). *Definition of palliative care*, 2002. Disponível em <<http://www.who.int/cancer/palliatiive/definition/en>>. Acesso em 2 de janeiro de 2015.

²¹⁹ É relatado ser de Hipócrates a frase “curar quando possível, aliviar quase sempre e consolar sempre”. MADRUGA, Dalvélio 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-e-etica-civil-e-penal-do-medico&catid=46:artigos&itemid=482> Acesso em 23 fev. 2016.

²²⁰ BURLA, Claudia; AZEVEDO, Daniel Lima; PY, Ligia. *Op. Cit*, p. 299.

²²¹ *Ibidem*, p. 302.

Em 2006, o CFM, atento às novas insurgências e emergências de cuidados paliativos no Brasil, instituiu a Câmara Técnica de Terminalidade de Vida e Cuidados, reunindo não só médicos, mas profissionais de áreas jurídicas e outras áreas da saúde, objetivando veicular ações dos cuidados paliativos.²²²

Entretanto, destaca-se que cuidados paliativos não se trata de sinônimo de cuidados ao fim de vida. Azevedo, Burla e Py esclarecem que os cuidados ao fim da vida são parte dos cuidados paliativos, mas que esses não se exaurem em caso de terminalidade. Desse modo, os cuidados ao fim da vida referem-se, portanto, aos cuidados que o paciente deve receber nos momentos finais da doença, ao passo em que se demonstra cristalino que o mesmo se encontra em iminência de morte, em declínio progressível e inevitável.²²³ Destarte, reconhece-se atualmente que a dor trata-se de uma doença, merecendo cuidados específicos que visem a sua desopressão.

Nesse sentido, 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”.²²⁴

Entendendo que o mal-estar, seja ele físico, mental ou social, descaracteriza a saúde, permite dizer que não apenas a patologia deva ser curada ou cuidada, mas que a dor e o sofrimento devem ser objetos de preocupações médicas. Compreende-se, portanto, que o sofrimento não é sempre físico, sobretudo em casos de doenças terminais, em que afeta não só o corpo, mas a forma de sentir o mundo e o lidar com as pessoas a seu redor, ante a consciência da finitude da vida.

Afirma Leo Pessini que o reconhecimento intrínseco do tratamento da dor como um direito que se ache incluído no direito à saúde é importante, muito embora seja insuficiente a simples inclusão. Para o autor, deveria-se elevar o tratamento da dor à categoria dos direitos fundamentais, permitindo a existência de uma estrutura legal que possa efetivar a necessidade dos cuidados paliativos, em busca do alívio da dor

²²² 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. 304.

²²³ *Ibidem*, p. 305.

²²⁴ 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.

e “eliminando a opção pela eutanásia como medida desesperada para pôr fim ao sofrimento, prover qualidade de vida àqueles que são vítimas dessa tortura e levar paz e esperança às famílias das pessoas que padecem do terrível flagelo da dor”.²²⁵

Muito embora exista a necessidade de dar destaque à importância dos cuidados paliativos, discorda-se, nesse ponto, da necessidade de estruturação legal formalizada no sistema jurídico. Isto porque o sistema brasileiro permite tal leitura se feita uma interpretação do sistema como um todo, entendendo a força dos princípios e dos direitos na CRFB elencados.

Assim, nota-se que a Medicina atual já abarcou a palição, devendo ser efetivada pelos profissionais de saúde e, ainda, reforçadas pelo paciente, ou pelos seus familiares quando da sua impossibilidade, de forma que hoje se entende que o objetivo da palição é oferecer controle adequado dos sintomas que levam ao sofrimento do enfermo, mormente quando se já não existir possibilidade de cura.

Destaque-se que todas as medidas terapêuticas, farmacológicas e não farmacológicas devem priorizar o conforto do paciente, principalmente nos casos dos pacientes terminais que, estando em processo de morte, merecem viver esse fim com tranquilidade.

Nesse sentido, elucida Cláudia Burlá que no processo de terminalidade de vida, a qualidade ganha maior peso em detrimento da quantidade de vida. Entende a autora que a qualidade da vida que resta ao enfermo traz uma sensação de satisfação subjetiva, que se conecta a todos os aspectos que são inerentes ao ser humano, físicos psicológicos, sociais e espirituais, podendo afirmar que

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.²²⁶

Insta salientar que os cuidados paliativos afirmam a vida, de forma a oferecer um apoio que permita aos enfermos viver confortável e com dignidade até o processo final da morte. Desse modo, a duração da vida não se configura como um dos

²²⁵ PESSINI, Leo. A medicina atual: entre o dilema de curar e cuidar. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 13.

²²⁶ BURLA, Cláudia. 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.

interesses primários da palição, mas a qualidade dessa vida. Não se busca, portanto, prolongar nem abreviar a vida, mas que ela seja vivida de forma confortável, sem dores ou sofrimentos, mesmo no estágio final de uma doença terminal.

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 a noção de fracasso que a morte teria aos profissionais médicos.

4 SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

De acordo com o art. 1º da resolução 1995 de 2015 do CFM as diretivas antecipadas de vontade (DAV) são entendidas como o “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”.²²⁷ Sendo, portanto, uma forma de estabelecer, antecipadamente, as vontades sobre determinados tratamentos médicos, antevendo uma situação de incapacidade de manifestação de desejos.

Insta esclarecer que as DAV, quanto aos objetivos a que se propõe, não se esgota em resguardar os desejos do paciente, todavia servem, mais, como meio hábil de proteção do médico de eventual responsabilização em razão da prática ou não de determinado tratamento ou cuidado que constava como desejo do paciente em documento feito por ele.^{228 e 229}

As DAV são compreendidas como um documento gênero utilizado para a ocasião em que o paciente não puder, livre e espontaneamente, expressar suas vontades, mesmo que transitoriamente, não se reduzindo a um documento que se refere unicamente a situações de terminalidade. São espécies das DAV a declaração prévia para o fim da vida ou testamento vital, o *living will*, e o mandato duradouro, *durable power attorney*.²³⁰

Para tanto, faz-se mister esclarecer que a diretiva antecipada para final da vida é uma espécie de DAV restrita às situações de terminalidade, pelo qual uma pessoa declara sua vontades e desejos sobre suspensão ou início de tratamentos a serem retirados ou iniciados quando o outorgante estiver em estado terminal, “em EVP ou

²²⁷ 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

²²⁸ 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 Dez. 2014.

²²⁹ 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.

²³⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 82

com doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade”.²³¹

O mandato duradouro, por sua vez, possui maior alcance, sendo um documento responsável por nomear um ou mais procuradores, que deverão ser consultados pelo médico em caso de incapacidade do paciente, ainda que transitória, quando for necessário tomar decisão referente à recusa de tratamento. Nesse sentido, por meio da DAV, o procurador de saúde decidirá sobre a recusa baseando-se na vontade do paciente, manifestada quando o mesmo estava consciente e capaz.²³²

No entanto, há de se fazer uma crítica, defendida por Luciana Dadalto, Tiago Vieira Bomtempo e Rodrigo Neves, à nomenclatura “testamento vital”, que não deve ser considerada no mesmo sentido a que é percebido a palavra “testamento” no Direito sucessório, utilizado como declaração de última vontade, que só apresenta efeitos com a morte, não sendo, portanto, a melhor denominação.^{233 e 234} De forma diversa, a declaração prévia para o final da vida trata-se de documento com eficácia em vida, em que se permite manifestar os desejos quanto aos tratamentos a que irá ou não se submeter em caso de impossibilidade de manifestação de vontade.

Em divergência ao entendimento esposado, Gabriel Rocha Furtado afirma preferir o uso do termo testamento vital em razão de tal termo “estar se tornando majoritário e amplamente aceito pela doutrina de língua portuguesa”.²³⁵ No entanto, discorda-se do autor, visto que, muito embora perceba-se largamente utilizado, a nomenclatura testamento vital traz uma percepção de instituto e características diferentes daquele que verdadeiramente é.

Há uma enorme necessidade em definir um satisfatório conceito, mas que não se esgota nesse aspecto, fazendo-se mister delimitar adequadamente a nomenclatura

²³¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 82.

²³² *Ibidem*, p. 89.

²³³ NEVES, Rodrigo Santos. O testamento vital: autonomia privada x direito à vida. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013, p. 9-23.

²³⁴ 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.

²³⁵ 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.

do documento de declarações de vontade no fim da vida que, no presente trabalho, entende-se como diretivas antecipadas para o fim da vida.

A importância das DAV para o final da vida também se traduz pelo efeito vinculativo da vontade do paciente ante a figura do médico, que produz efeitos *erga omnes*. Entende Dadalto que o caráter vinculativo das DAV é necessário para evitar uma perigosa jurisdicionalização do processo de morrer, que, de modo inevitável, viria a ocorrer no momento em que o profissional médico se recusasse a executar as medidas dispostas nas DAV.²³⁶

O referido documento possibilita ao indivíduo que indique seus desejos sobre deixar de aplicar determinado tratamento ou procedimento ou não em caso de enfermidade terminal, da qual entende-se estar enquadrado na espécie de autonomia pura no modelo denominado por Beauchamp e Childress.

De acordo com o modelo da autonomia pura de Beauchamp e Childress aplica-se aos pacientes que já foram autônomos e expressaram uma decisão autônoma e relevante, mas que, devido a situação superveniente, tornaram-se incapazes. Ocorre que, em razão da decisão anteriormente tomada em momento que eram capazes, deve ser preservada o desejo antes manifestado, de forma que “os julgamentos autônomos prévios devem ser aceitos”.²³⁷

Desse modo, tem-se que as DAV para o final da vida possuem claro objetivo de garantir ao paciente que os desejos anteriormente manifestados serão atendidos quando se encontrarem em situação de terminalidade, servindo, de igual forma, como um respaldo legal ao profissional médico para o cumprimento e tomada de decisões em situações de conflito.

²³⁶ 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.

²³⁷ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola. 3ª edição. 2013. p. 199.

4.1 BREVE HISTÓRICO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As DAV surgiram no século XX, fruto do direito americano, e positivadas pela lei federal denominada *Patient Self-Determined Act* (PSDA).²³⁸ De acordo com a referida lei, as diretivas antecipadas de vontade compreendem-se como gênero de documento de manifestação de desejos para tratamentos médicos, sendo suas espécies o *living will* e *durable power of attorney for health care*.

Nos Estados Unidos, o termo *living will* foi usado pela primeira vez em documento legal, sendo promulgado em 1976 pelo Estado da Califórnia e conhecido como *Natural Death Act*, sendo uma lei que reconhecia a todo e qualquer adulto o direito de dispor de forma antecipada sobre as recusas de terapias de suporte vital, na hipótese de se encontrar em condição de final de vida. Seguindo o referido entendimento, leis de outros estados americanos foram adotadas e tratavam, aos poucos, do tema da autonomia do paciente, passando a reconhecer o direito de cada indivíduo de tomar decisões sobre tratamentos médicos, discorrendo antecipadamente sobre seus desejos concernentes àquelas terapias.²³⁹

Compreende-se que as DAV podem ser inseridas num contexto de proteção ao consentimento informado, visto que a manifestação do paciente pressupõe que a sua formulação sucedeu um momento de reflexão e análise sobre as informações necessárias obtidas quanto à natureza, objeto e consequências do início, continuidade ou recusa dos tratamentos médicos.²⁴⁰

Em razão de sua essência e natureza, defende-se que as DAV, sobretudo as DAV para o final da vida, são revogáveis a qualquer tempo, sendo uma expressão da vontade humana, possibilitando que uma mudança de entendimento venha a

²³⁸ O *patient-self determined act* se trata de uma lei federal americana que determinava que os hospitais e centros de saúde informasse seus pacientes sobre seus direitos de tomar decisões relativas a tratamentos médicos, registrassem os desejos dos pacientes sobre tratamentos e procedimentos médicos de forma periódica, não discriminassem as pessoas que tenham feito o documento das diretrizes antecipadas de vontade, assegurassem as diretivas antecipadas como meio legal e válido, documentado de desejos de cuidados médicos e fornecessem programas educativos a funcionários, pacientes e comunidades sobre questões éticas relativas às diretrizes de autodeterminação do paciente. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449>> Acesso em 03 jun. 2016.

²³⁹ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 258.

²⁴⁰ 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.

influenciar em documento de grande importância. Assim, tem-se que as DAV não tem o condão de engessar a manifestação de vontade, permitindo que o avanço da medicina seja contemplado no tratamento do indivíduo.

Percebe-se serem as DAV para o final da vida um instrumento garantidor da autonomia do paciente terminal, de modo que serve como uma proteção ao sujeito de que sua morte irá ocorrer de acordo com os desejos que elegeu em documento como prioritários. Assim, a autonomia encontra-se preservada em todas as fases do paciente, vida e morte, sendo a última o fim da primeira.

Entendem Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto que “viver a própria vida e morte estão enquadradas nesse espaço de decisões sobre si mesma, pois trata-se da essência da pessoa humana”. Assim, as DAV para o final da vida tem importante função de viabilizar a autonomia em momentos delicados na vida do paciente, ante a sua condição de terminalidade, possibilitando um canal mais aberto dos direitos fundamentais, enfatizando a humanização e o princípio da dignidade humana.²⁴¹

4.2 O PROGRESSO DO TEMA COM O ADVENTO DO *PATIENT SELF DETERMINED ACT* DE 1990

O *patient-self determined act*, lei federal norteamericana, foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos da América, em 1990, e passou a vigor desde o dia primeiro de dezembro do ano seguinte à sua aprovação. A referida lei visava à proteção do direito do paciente de decisão de tratamentos e procedimentos pelos quais deseja ou não se submeter, na hipótese de, em momento posterior, não se encontrar capaz para manifestação de vontade. De acordo com o PSDA, a declaração de desejos quanto às questões concernentes à saúde do paciente deveria ser registrada em documento por escrito, expressando suas escolhas na possibilidade de um estado futuro de incapacidade de manifestação.²⁴²

O grandioso avanço do PSDA, a primeira lei no mundo a tratar das diretivas antecipadas, deu-se na imposição de uma obrigação aos hospitais e centros de

²⁴¹ 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

²⁴² 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. 102.

saúde conveniados, sejam eles públicos ou particulares, de informarem aos seus pacientes sobre a possibilidades de esses indivíduos manifestarem-se quanto aos tratamentos e procedimentos terapêuticos que desejariam ou recusariam na eventualidade de se encontrarem em situação de terminalidade de vida, sendo tal manifestação feita no momento da admissão nos hospitais e centros de saúde conveniados.²⁴³

O PSDA, portanto, reafirma a autonomia do paciente, ao passo que os desejos e recusas de tratamento seriam registrados, de imediato, no momento de entrada em instituições de saúde em caso de incapacidade superveniente do paciente. De acordo com o PDSA, recomendou-se o uso das diretivas antecipadas de vontade, sendo possível efetivá-las sob a forma do *living will*, *durable power of attorney for health care* ou *advance care medical directive*.

O *living will* permite ao indivíduo que este disponha sobre os tratamentos pelos quais deseja ou não se submeter, podendo determinar que a ele não sejam aplicadas medidas que impliquem em distanásia, as chamadas medidas fúteis, dada a sua inefetividade do ponto de vista clínico. O *durable power of attorney for health care*, por sua vez, permite ao indivíduo que este indique uma pessoa, de sua confiança, que será responsável pela tomada de decisões ante a figura do médicos e a obtenção do consentimento informado. Por fim, o *advance care medical directive* consiste em documento em que o indivíduo decide sobre tratamentos e procedimentos a que deseja ou não se submeter, após consulta com médicos e familiares, e, na hipótese de acometimento de um estado de incapacidade superveniente, haverá indicação de um curador que auxiliará na interpretação e aplicação das decisões pelo indivíduo doente antes tomadas e em novas resoluções que a ele sejam impostas.²⁴⁴

²⁴³ 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.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 103.

4.3 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E SEUS REQUISITOS

A relação médico-paciente tem sofrido significativas mudanças no que tange ao trato com o paciente e ao acesso a informações. A postura do profissional médico era caracterizada por um autoritarismo beneficente em prol do paciente, de forma que a figura do médico detinha praticamente total autonomia de escolha quanto aos procedimentos e tratamentos a serem dispensados, mesmo no que tangia ao momento da morte e ao processo de morrer.²⁴⁵

Relata Letícia Möller que cabia ao médico a decisão quanto ao prolongamento do processo de morrer de um paciente terminal de forma excessiva e arbitrária, adiando, portanto, o momento da morte através do emprego de tecnologias avançadas da Medicina e de novos tratamentos, ao que parecia ser uma missão de alguns profissionais médicos, ainda que a morte se configurasse como iminente e inevitável no caso clínico específico.²⁴⁶

Em meados dos anos 60, a partir do surgimento da bioética, passou-se a questionar a segurança quanto aos rumos das tecnologias, sobretudo na área da saúde e sobre a aplicação de novos conhecimentos em seres humanos, o que configurou como uma crise da ética médica tradicional, ao que a susomencionada autora entende ter estado “restrita à normatização do exercício profissional da Medicina que não conseguia responder aos desafios morais encontrados no contexto da ciência biológica contemporânea”.²⁴⁷

Nesse sentido, Maria de Fátima Sá e Diogo Moreira entendem que são fatores que colaboram para o afastamento do médico para com o paciente as crescentes especializações, ainda que se afigurem como necessárias. Assim, deixa-se o paternalismo médico de lado, aquele profissional de confiança da família, para transformar-se em especialista: o profissional indicado por alguém, encontrado em visitas à hospitais ou conveniado ao plano de saúde do enfermo.²⁴⁸

²⁴⁵ 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.

²⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 53.

²⁴⁸ 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.

Discorre Laura Scaldaferrri que o progresso e desenvolvimento da Medicina tiveram sua importância na medida em que certas doenças e ferimentos que antes se configuravam como letais, passaram a ser considerados curáveis, de forma que a Medicina passou a se pautar predominantemente pelos paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial. Assim, devido às novas tecnologias, a morte passou a ser encarada como um inimigo a ser vencido a todo custo, aliada ao alto preço dos remédios e equipamentos tecnológicos que propiciaram o surgimento da empresa hospitalar.²⁴⁹

Ensina a autora que no paradigma tecnocientífico os valores da ciência e da tecnologia se configuram como predominantes, de forma que os profissionais médicos tendem a favorecer a conceituação do estado de saúde como ausência de doença, ao passo em que somente o estado clínico do paciente, sob uma análise apenas fisiológica, era analisado. Nessa linha, o paradigma comercial-empresarial surge do paradigma anterior como uma consequência direta dos altos custos da medicina tecnológica, de forma que a doença passa a interessar no momento em que geram lucro.²⁵⁰

É possível perceber que a especialização médica e o surgimento das empresas hospitalares trouxeram consigo uma maior coisificação do paciente, deixando a sua vontade em segundo plano. Nesse sentido, entende 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 serviços da saúde”. Muitas vezes, não há solução para um problema e a busca incessante da cura traz, inevitavelmente, o sofrimento ao enfermo.²⁵¹

Em face das novas tecnologias, a relação médico-paciente travou-se como incômoda, em que o doente é tratado pelo nome da doença ou pelo apartamento ou enfermaria que se encontra. Os hospitais lotados e a falta de tempo, frutos de uma época em que se vive para trabalhar, deram espaço para a existência de um

²⁴⁹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 32.

²⁵⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵¹ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 52-53

profissional que não mais tem tempo para sequer conhecer seu paciente e um médico que mal tem chances de saber o nome de quem está tratando.²⁵²

De acordo com Maria de Fátima Sá e Diogo Moreira, a relação médico-paciente atual estabelece entre as partes um vínculo contratual, que não só representaria um negócio jurídico, mas que serve como base da ciência médica, tendo como objetivo primordial o comprometimento com a saúde, o bem estar e a dignidade do indivíduo. É nesse contexto que o consentimento livre e esclarecido ganha significativa importância, afigurando-se como o resultado de um processo de diálogo e colaboração, satisfazendo a vontade e valores do enfermo.²⁵³

O consentimento livre e esclarecido possui ligação direta com a autonomia privada do paciente, que se manifesta de diversas maneiras, tal como as DAV. No entanto, ressalte-se que apenas a escolha livre não se configura como suficiente para um consentimento válido, mas para tanto é necessário que a escolha seja informada, visto que uma escolha desinformada viciaria o consentimento.²⁵⁴

Discorre Maria Auxiliadora Minahim que o consentimento livre e esclarecido ganhou importância na análise da eutanásia na medida em que os avanços da Medicina trouxeram dúvidas acerca da oportunidade ou não da utilização de recursos médicos para o prolongamento da vida.²⁵⁵

De mais a mais, tem-se que o consentimento livre e esclarecido trata-se de reação internacional aos experimentos realizados por médicos nazistas, em que se desconsiderava os desejos das pessoas submetidas aos citados experimento, período nefasto da história em que não havia qualquer respeito à autonomia. A desconsideração era tamanha que muitas das cobaias desses experimentos sequer eram tratadas como pessoa, sujeito de direitos, mas como coisa.

Como uma resposta ao ocorrido no Holocausto, o Código de Nuremberg, em seu art. 1º, traçou princípios éticos da pesquisa científica, declarando o consentimento voluntário do ser humano ser absolutamente essencial. O referido Código foi revisto

²⁵² 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.

²⁵³ *Ibidem*, p. 81.

²⁵⁴ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro: 2010, p. 241 Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 28 Dez. 2014.

²⁵⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*, p. 161. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>. Acesso em 16 jul. 2014.

em 1964 pela 18ª Assembleia Médica Mundial, que resultou na declaração de Helsique, tendo expressado no item II-1 ser “possível, de acordo com a psicologia do paciente, o médico obter o livre consentimento do mesmo, depois de lhe ter informado sobre todos os procedimentos, numa explicação completa.” Para Schreiber e Tepedino, em caso de incapacidade legal, o consentimento livre e esclarecido deve ser obtido do responsável legal e, em caso de incapacidade física, a autorização do responsável tem o condão de substituir a do paciente.²⁵⁶

A informação trata-se de importante requisito para que o exercício da autonomia possa se configurar de modo pleno, devendo, portanto, ser “informado, livre, expreso e esclarecido”. Somente com a informação prestada de forma clara e completa é possível que o enfermo decida por adotar ou rejeitar o tratamento médico, sabendo exatamente com o que está concordando ou discordando.²⁵⁷

Para tanto, Maria Elisa Villas-Bôas entende que há a necessidade de que o médico informe ao paciente em linguagem acessível, expondo do que se trata a medida, bem como quais seriam seus riscos e benefícios e o motivo daquela indicação terapêutica. O paciente, receptor da informação, deve efetivamente compreender o teor das informações prestadas, com habilidades psicológicas para tanto, produzindo, por conseguinte, uma decisão coerente e indicativa de seus desejos.²⁵⁸

O consentimento livre e esclarecido trata-se do exercício ao direito à informação, amparado pelo art. 5º, inciso XIV, da CRFB, que é pressuposto básico para que o enfermo possa decidir sobre as diretrizes médicas concernentes à sua saúde, vida e morte. Entende Roberto Dias ser dever do médico a certificação de que as informações prestadas foram compreendidas pelo paciente, não sendo suficiente a assinatura de um termo com disposições ininteligíveis por um leigo.²⁵⁹

De mais a mais, percebeu-se que as declarações prévias de vontade, no que tange ao estado de terminalidade, não só dizem respeito a questões médicas, mas

²⁵⁶ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. O extremo da vida: eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 39, 2009. p.3-17.

²⁵⁷ 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.

²⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵⁹ DIAS, Roberto. A dignidade da pessoa humana e o testament 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

também jurídicas, que sofreu drásticas mudanças, e que tiveram início com o documento PSDA e se destacaram com a vigência do novo Código de Ética Médica (CEM) e a resolução 1.995 de 2012 do CFM, apontando significativas alterações na relação médico-paciente.

A partir desses marcos, reconheceu-se o paciente como sujeito do processo terapêutico e o médico, que antes era conhecido como “sujeito da vida e da morte e, portanto, responsável pelas escolhas e execuções das práticas diagnósticas terapêuticas”, passa a ser visto pela Medicina como partícipe, de forma que o consentimento informado ressalta a importância do paciente na decisão do processo e sua opinião ganha força.²⁶⁰

É cediço que o estado de terminalidade é marcado pela impossibilidade de cura do enfermo, de forma que a relação médico-paciente deve estar voltada para esse aspecto e as decisões tomadas enfrentando tal questão, visualizando maior serenidade e conforto nesses últimos momentos. Para Leo Pessini, quanto ao consentimento livre e esclarecido, a grande mudança no estado terminal, é a relativização da função curativa da medicina e “a inserção mais global da interação médico-paciente”, trazendo, por sua vez, a essência da ética nessa relação.²⁶¹

4.4 A TUTELA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM ALGUNS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

As DAV representaram uma mudança significativa na relação médico-paciente, que teve início no Estados Unidos da América e se dissiparam para outros países do globo. Sabe-se que o primeiro documento que tratava nas diretrizes de vontade, nos EUA chamado de testamento vital, em 1969, surgiu com a proposição de Luis Kutner em adotar o *living will*, que serviria para proteção do direito individual para permitir a morte, de forma que o paciente teria o direito por se recusar a ser submetido a

²⁶⁰ 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

²⁶¹ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 220.

tratamento médico que objetivasse, tão somente, o prolongamento da vida em caso de estado clínico irreversível ou vegetativo persistente.²⁶²

No EUA, no ano de 1976 a questão fora debatida nos tribunais com o caso Karen Ann Quinlan, que diante da grande repercussão no país, no estado da Califórnia, no mesmo ano foi aprovado o Natural Death Act, documento elaborado pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale, o primeiro diploma legal que reconheceu o testamento vital de maneira explícita. E, somente em 1991, com a aprovação do Congresso Nacional estadunidense do PSDA, fora reconhecido o direito a autodeterminação do paciente, pelos documentos *living will* e *durable power of attorney for health care* (DPAHC) em âmbito nacional.²⁶³

O PSDA teve enorme importância para o Direito, sobretudo para a sociedade americana, visto que com sua entrada em vigor pôde-se constatar que em meados de noventa, 15% da sociedade estadunidense já havia manifestados seus desejos concernentes a tratamentos e procedimentos médicos por meio de um documento de diretivas antecipadas de vontade.²⁶⁴

Diferente dos demais estados americanos, o estado de Oregon, permitiu a prática da morte com dignidade por lei estadual, se constatado que o enfermo se encontra em estado de terminalidade. Para fins de verificação do estado de terminalidade, a lei estadual a conceituava como “morte que ocorrerá, de acordo com os conhecimentos médicos, dentro de seis meses”, e, constatada a terminalidade do enfermo, seus médicos encontrariam permissão legal para a prescrição de medicamentos letais e, para sua administração, de forma que o profissional médico não precisaria se fazer presente.²⁶⁵

Em Portugal, a regulação das diretivas antecipadas de vontade, designada no país pela nomenclatura de testamento vital, foi inserida no ordenamento português com a promulgação da Lei nº 25 de 16 de julho de 2012. A referida lei estabelece em seu

²⁶² DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista bioética do Conselho Federal de Medicina*. V. 21, n. 3, 2013, p.463-476. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855> Acesso em 09 fev. 2016.

²⁶³ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O testamento vital. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XIV, 2012, p. 53-71.

²⁶⁴ CANTALEJO, Inés Maria Barrio; LORDA, Pablo Simón; GUTIÉRREZ, Javier Júdez. *De las voluntades anticipadas o instrucciones previas a la planificación anticipada de las decisiones*. Disponível em: < <http://www.nureinvestigacion.es/OJS/index.php/nure/article/view/154>> Acesso em 03 jun. 2016.

²⁶⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*, p. 176. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014).

artigo 2º, nº 2²⁶⁶, em um rol exemplificativo, as diretivas antecipadas que se podem fazer constantes em documento:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;
- c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;
- d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;
- e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

De igual forma, a Espanha regulamentou as diretivas antecipadas por meio do documento de “instruções prévias”, instituído pela Lei nº 41 de 2002. Pela supramencionada lei, uma pessoa maior de idade, capaz e livre pode manifestar previamente sua vontade com a finalidade de que o desejo manifestado em documento seja preservado na hipótese de, em momento posterior, ser incapaz de manifestar expressamente sua vontade.

O Ministério da Saúde e Consumo espanhol criou a figura do “registro nacional de instruções prévias” para assegurar a eficácia das manifestações de vontade em todo o território nacional, sendo regulado pelo Real Decreto nº 124 de 2007. No artigo 2º do Real Decreto é disposto que

*La inscripción en el Registro nacional de instrucciones previas asegura la eficacia y posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos que hayan sido formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las comunidades autónomas.*²⁶⁷

Assim, é possível perceber que a criação de um registro nacional de diretivas antecipadas serve como uma forma de promover a segurança tanto aos enfermos, quanto aos profissionais médicos, de que os desejos manifestados anteriormente

²⁶⁶ PORTUGAL. Lei que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV), lei nº 25/2012. Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>> Acesso em 09 de fev. 2016.

²⁶⁷ ESPANHA. Real Decreto nº124/2007. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-3160> Acesso em 9 de fev. 2016.

pelo paciente em documento serão respeitados e cumpridos, sendo, também, uma forma de efetivar a autonomia desses sujeitos.

No que tange as questões ligadas à terminalidade, tem-se que a Holanda apresenta legislação avançada sobre o tema. Em 11 de abril de 2001, após a aprovação da lei que passou a vigor no ano seguinte, o país holandês tornou-se o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia, desde que preenchido os requisitos legais, sendo admitida nos casos de doente mentalmente capaz que apresentasse doença incurável e sofrimento insuportável. Ainda, para a realização da prática eutanásica na Holanda, faz-se mister que se demonstre o pedido de forma expressa, voluntário e persistente pelo encurtamento da vida, não se admitindo no país a prática de eutanásia passiva e não consentida.²⁶⁸

Necessário destacar que a regulamentação da prática eutanásica na Holanda não ocorreu sem que houvesse amadurecimento do assunto, mas a lei que dispôs sobre a cessação da vida a pedido e o suicídio assistido apenas serviu como uma forma de regular uma prática largamente executada no país que, muito embora proibida pelo Código Repressor da Holanda, sua Suprema Corte já havia decidido, no ano de 1984 que “um médico que abrevia a vida de um paciente, poderia, em determinadas circunstâncias invocar a defesa de necessidade para justificar a ação”. Assim, a emenda do suicídio e da eutanásia é aplicável aos médicos do país, sendo estabelecido pela referida emenda diretrizes para a prática

1) a decisão deve ser também do paciente; 2) a solicitação do paciente de suicídio medicamente assistido deve ser voluntária. O médico não pode sugerir o suicídio ou eutanásia como opção; 3) o paciente deve ter um entendimento claro e correto de sua situação médica e do prognóstico; 4) o paciente deve estar passando por um sofrimento interminável e insuportável, mas não necessita estar na fase final; 5) o médico e o paciente devem concluir que não há outra alternativa aceitável para o paciente; 6) um segundo médico, independente do primeiro, deve ser consultado e deve examinar o paciente e confirmar que as condições foram atendidas; 7) o médico deve abreviar a vida do paciente de maneira medicamente apropriada.²⁶⁹

De acordo com a lei holandesa, os profissionais médicos não serão considerados responsáveis pela morte do enfermo perante à Justiça da Holanda, como ocorria

²⁶⁸ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 126.

²⁶⁹ *Ibidem*, loc. cit.

anteriormente à aprovação da lei, mas tão somente a uma comissão de pares, em que se incluía peritos em leis, em ética e em medicina.²⁷⁰

Contabiliza-se, anualmente, que situações de práticas eutanásicas voluntária e suicídio assistido representem 2,3% e 0,4%, respectivamente, das mortes registradas no país, sendo praticamente 80% dessas mortes de pacientes terminais oncológicos.²⁷¹ Merece destaque o fato de que, embora legalizada, a eutanásia sofre intenso controle na Holanda, ao passo em que cada caso é encaminhado a uma comissão regional, formada por médicos, juízes e sociólogos, que manifestam sobre a viabilidade do procedimento, enviando o caso ao judiciário em caso de incertezas.

Nos países sulamericanos, a Argentina teve destaque por recentemente sancionar a Lei nº 26.742 de 9 de maio de 2012, que dispõe que toda pessoa maior e capaz possa dispor por meio de diretivas antecipadas, consentindo ou recusando certos tratamentos médicos e procedimentos que tratem de sua saúde. A referida previsão faz uma ressalva quanto à prática da eutanásia, caso em que deverá ser considerada a DAV como inexistente. Tais questões, ainda, encontram respaldo no novo Código Penal argentino, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2016, que trata de forma idêntica a questão, inclusive no que tange às disposições sobre práticas eutanásicas e sua consequência direta de inexistência.²⁷²

A legislação argentina sobre as DAV evidencia a importância do consentimento livre e esclarecido, em seu art. 5º, entendendo como “*la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, em su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada*”, devendo o profissional médico explicar sobre o estado de saúde do enfermo, procedimentos médicos com possibilidade de realização, devendo ser especificados os objetivos perseguidos, benefícios e riscos da realização ou recusa de tratamento, bem como as suas consequências.²⁷³

²⁷⁰ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 127.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 92.

²⁷² 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. 15.

²⁷³ PORTUGAL. Lei que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>> Acesso em 24 de abril de 2016.

Ainda, torna-se necessário esclarecer o direito que assiste aos pacientes de enfermidade irreversível e incurável, quanto à possibilidade de rechaçar procedimentos cirúrgicos, de hidratação, alimentação, reanimação e medidas de suporte vital, em caso desses tratamentos se configurarem como meios desproporcionais e extraordinários no caso clínico específico, produzindo, por sua vez, sofrimento demasiado. A lei portuguesa permite que a recusa a AHA quando estes procedimentos significarem unicamente no prolongamento do processo de morrer. E, por fim, ressalta a legislação portuguesa que o médico tem o dever de explicar o direito desses pacientes de receber cuidados paliativos integrais.²⁷⁴

Desse modo, é possível perceber o avanço no tratamento das diretivas antecipadas por Portugal, que destacou não só a importância do consentimento informado, mas a possibilidade de recusa ao estar diante de tratamentos desproporcionais, bem como a necessidade de emprego de cuidados paliativos, em especial, ao tratar de pacientes em estado de terminalidade.

4.5 TRATAMENTO DADO PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA BRASILEIRO ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Ao longo dos anos, percebeu-se a necessidade de tratar temas que envolviam não só a Medicina, mas também o Direito. Temas que tratavam de aspectos importantes da autonomia, da relação médico-paciente, da dignidade da pessoa humana, dentre outros. Assim, o tratamento das DAV dado pelo CFM resultou de um processo histórico, que se baseou em inúmeros debates ocorridos sobre direitos dos pacientes, em países do Ocidente, o qual o Brasil se incluiu.

Discorrem Rachel Menezes e Miriam Ventura que, desde o fim da Segunda Grande Guerra, devido às constatações dos abusos ocorridos em campos de concentração, a falha na proteção da pessoa e de sua vida, discussões foram renovadas com a finalidade primeira de se resolver o problema das fragilidades dos sistemas normativos. A partir de então, buscou-se regulamentar a proteção à pessoa humana, protegendo e preservando sua dignidade, tornando, portanto, premente a

²⁷⁴ PORTUGAL. Lei que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>> Acesso em 24 de abril de 2016.

necessidade de revisão do conteúdo de leis e normas, bem como de seus mecanismos e instrumentos que promovessem a maior efetividade às garantias contempladas pelas constituições dos Estados.²⁷⁵

Nesse sentido, o sistema de proteção internacional dos direitos humanos surgiu como uma proposta para alcançar, de forma efetiva, tal proteção, ressaltando e destacando o valor da dignidade da pessoa humana em seu contexto contemporâneo de universalidade.

4.5.1 Resolução nº 1805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina

A resolução nº 1.805 de 2006 do CFM teve sua importância tanto no Direito, como na Medicina, ao tratar expressamente da ortotanásia, reavivando discussões sobre o tema, tratando da ética médica no tratamento de pacientes em situações de terminalidade.

O fundamento mater da referida resolução se deu pelo art. 1º, III, da CRFB, o princípio da dignidade da pessoa humana, e art. 5º, III, também da CRFB, que dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante”²⁷⁶. Por essa resolução, fica reonhecido, em seu art. 1º, a permissão do profissional médico para “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, em seus incisos, trouxe expressamente a imposição ao médico de prestar esclarecimentos ao paciente ou representante legal sobre as modalidades terapêuticas possíveis ao caso clínico, assegurando ao enfermo o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

A resolução nº 1.805/06 ainda avançou no tratamento dos cuidados paliativos, contemplados de forma expressa no art. 2º, que dispõe que

²⁷⁵ MENEZES, Rachel Aisengart; VENTURA, Miriam. Ortotanásia, sofrimento e dignidade: entre valores morais, medicina e direito. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 28, n. 81, Feb. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092013000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 Dez. 2014.

²⁷⁶ 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.

O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.²⁷⁷

Dessa forma, percebe-se que a resolução teve uma enorme preocupação em entender a situação de terminalidade, não se limitando a buscar a cura incessante, mas compreendendo que existe um final e esse final deve ser vivido da forma mais digna.

É possível perceber essa mudança de paradigma da Medicina da busca implacável pela cura para o emprego de cuidados, quando não for possível alcançá-la na exposição de motivos da mencionada resolução do CFM que justifica que há uma necessidade premente de que os profissionais médicos aceitem a morte inevitável de seus doentes, em razão de doença incurável, devendo esse profissional auxiliar o paciente e sua família nesse momento por meio dos cuidados paliativos.²⁷⁸

A postura do CFM na resolução 1.805/06 gerou um questionamento no mundo jurídico, que se prestou a verificar se os dispostos nos artigos da referida resolução não configuraria uma caracterização do crime de homicídio, em caso de o médico cumprir as disposições do art. 1º, limitando ou suspendendo tratamentos e procedimentos que teriam condão de prolongar a vida do paciente terminal de uma doença incurável, causando, portanto, a sua morte.²⁷⁹

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 Repressor 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

²⁷⁷ 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. 2016.

²⁷⁸ 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. 148.

²⁷⁹ 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.

brasileiro, a ortotanásia poderia ser utilizada de forma indevida por familiares de doentes e pelos médicos do SUS e da iniciativa privada.²⁸⁰

Na referida 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 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.²⁸¹

Após três anos de debates médicos, jurídicos e pela sociedade brasileira, 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”.²⁸²

Pela análise dos artigos da resolução nº 1.805/06 do CFM é possível a constatação que não há permissão alguma para a realização da eutanásia, prática que causaria uma antecipação da morte. A bem da verdade, a resolução trata apenas da prática de ortotanásia, constituindo, ainda, como um alerta contra a distanásia, caso em que não afrontaria qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional.

Ademais, a resolução não faz qualquer apologia, nem incentiva a prática de homicídio ou outra conduta criminosa, não estando em franco conflito com o Direito Penal. Para Letícia Martel, o CFM realizou uma de suas atribuições, de acordo com a legislação federal, sendo de sua alçada, estipulando o dever do médico, que consistiria em respeitar a escolha do paciente, sendo um garantidor da sua

²⁸⁰ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 123.

²⁸¹ 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.

²⁸² 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. 2016.

liberdade, de modo a não prolongar a vida desse enfermo forçosamente quando não haveria qualquer chances clínicas de cura ou, ainda, de melhora.²⁸³

A resolução nº 1.805/06 merece destaque ao dar evidência à autonomia privada do enfermo, de forma que impõe ao médico, como seu dever, o respeito às diretrizes pelo paciente feitas anteriormente. Assim, tem-se que traz uma garantia ao enfermo de que, respeitadas suas vontades, ele, em não querendo, não irá viver seus últimos momentos em sofrimento demasiado, infrutífero e evitável.

Desse modo, na hipótese verificada na resolução nº 1.805/06 trata de doentes em situação de terminalidade cuja enfermidade é incurável, de forma que a morte é materialmente inevitável, não havendo sequer esperança de reversibilidade do quadro, não existindo transitoriedade no caso clínico, sendo propriamente o processo de morte.

Nesses casos, a resolução discorre sobre a permissão para limitar ou suspender tratamentos e procedimentos médicos destinados exclusivamente a prolongar a vida do doente, não praticando uma ação dirigida à morte, “mas, apenas e tão somente, uma omissão de assistência inútil e essa omissão não é relevante para o direito penal, diante da irreversibilidade da doença e da inevitabilidade da morte”. Portanto, trata-se de situação que caracteriza nitidamente a ortotanásia, não se tratando de conduta criminosa.²⁸⁴

De mais a mais, necessário salientar que a resolução nº 1.805/06 do CFM não trata de um permissivo aos médicos e demais profissionais de saúde para decidirem sobre a manutenção ou não de um procedimento ou tratamento médico, mas somente de respeitar a opinião manifestada, livre e esclarecida, sobre o procedimento a ser adotado no caso de não ser mais possível essa decisão atual do paciente, de forma a salvaguardar a decisão dos pacientes ou de seus representantes legais.²⁸⁵

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

²⁸⁴ 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.

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

Há de se dizer que a prática da ortotanásia se configura, também, como o respeito à terminalidade da vida e a aceitação de 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.

4.5.2 O Código de Ética Médica (resolução nº 1931 de 2009 do Conselho Federal de Medicina)

O CEM, aprovado em 17 de setembro de 2009, contemplou importantes aspectos sobre direitos do paciente, incorporando a mudança de paradigma da Medicina, de forma a destacar a figura do paciente como sujeito e não mais como objeto. O novo CEM pode ser entendido como fruto da evolução da Ciência e da Medicina, que passou a empregar tratamentos mais humanizados aos pacientes.

Nesse sentido, entendem Ana Carolina Brochado Teixeira e Luciana Dadalto Penalva que é possível a afirmação de que as mudanças que foram propostas para o CEM tratam de uma verdadeira mudança de paradigmas, valorizando as manifestações de vontade, colocando o enfermo como protagonista de seu tratamento e dando eficácia às vontades prévias do paciente, devendo ser feitas por meio de diretivas antecipadas de vontade para o final da vida.²⁸⁶

No capítulo IV do CEM, dos artigos 22 a 30, tratam de vedações aos médicos, ligadas ao descumprimento das vontades do paciente e sua autonomia na decisão e tratamento desrespeitoso. Assim, o CEM verdadeiramente se preocupa em proteger a liberdade e autonomia das decisões dos enfermos, trazendo como uma proibição o seu desrespeito, dentro dos limites legais.

O art. 22²⁸⁷ do Código esclarece que a conduta médica que deixe de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal é vedada, sendo uma obrigação do médico esclarecer a seu paciente sobre o procedimento a ser realizado, ressaltando apenas hipótese de morte iminente.

²⁸⁶ 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.

²⁸⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf> Acesso em 25 abr. 2016.

Nesse sentido discorre o art. 24²⁸⁸ do mesmo código, vedando a prática 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.²⁸⁹

As mudanças de paradigmas da Medicina ainda foram representadas no CEM pelo reconhecimento da importância do consentimento livre esclarecido, de forma que a prática de um médico que “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas” é expressamente proibida, conforme dita o art. 31²⁹⁰ do código.

Ainda, trata-se de expressa vedação à condutas médicas que deixem de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamentos, cientificamente reconhecidas e ao alcance, em favor do paciente (art. 32 do CEM)²⁹¹, além das condutas médicas que “deixem de informar ao paciente seu diagnóstico, prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento”, ressalvada a hipótese da comunicação direta provocar dano, caso em que a comunicação deverá ser feita ao representante legal do paciente. Portanto, evidencia-se a importância que o consentimento livre e esclarecido ganha, de modo que o repasse de informações torna-se de enorme relevância.

O CEM traz manifesta vedação à eutanásia em seu art. 41²⁹², não podendo realizar tal prática ainda que a pedido do enfermo, sendo norma que se coaduna completamente com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo aos ditames do CP.

Importante ressaltar que o CEM, em seu capítulo I, XXII, traz expressa permissão à prática da ortotanásia pelo profissional médico na medida em que determina que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de

²⁸⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf> Acesso em 25 abr. 2016.

²⁸⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁹² *Ibidem*, loc. cit.

procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.²⁹³

Assim, o CEM ao mesmo tempo em que afasta a distanásia, impedindo a prática de tratamentos desproporcionais ou desnecessários, entende a ortotanásia como caminho mais adequado, permitindo que a morte ocorra no tempo correto, sobretudo, proporcionando ao paciente o conforto necessário nesse processo de morrer.

O código pode ser entendido, portanto, como um reflexo da evolução da sociedade mundial, sobretudo médica, no que tange ao trato com o paciente e o respeito à suas vontades, de forma que, não obstante o consentimento informado se fizesse presente em resoluções do CFM, a incorporação dessa figura ao CEM torna incontestável que há a necessidade de atenção do médico à vontade do paciente, não havendo margens para interpretações que permitam ao médico decidir de forma autoritária e individual.²⁹⁴

Dessa forma, é possível verificar a preocupação que tem o novo CEM com o respeito às manifestações de vontade do paciente, cabendo a ele decidir sobre sua saúde, sendo, portanto, o protagonista do seu processo terapêutico. Percebe-se, no citado Código, que há de forma clara e expressa o cuidado na defesa de que a autonomia do indivíduo seja preservada ao máximo, ressalvados os casos de limitações legais.

4.5.3 Resolução nº 1995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina

A resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012 do CFM caminhou no sentido de dar evidência à autonomia do paciente e à prevalência das manifestações de seus desejos, servindo como uma forma de dar continuidade ao progresso antes visto pela resolução nº 1.805/06 e ao novo CEM de 2009.

É prontamente percebido o cuidado que tem a resolução nº 1.995/12 com o respeito aos desejos do paciente quanto aos tratamentos e procedimentos médicos a serem

²⁹³ *Ibidem, loc. cit.*

²⁹⁴ 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.

empregados, sendo um modo de dar efetividade a essa vontade. A resolução reforça a atuação conjunta do médico a vontade do paciente manifestada na forma de diretivas antecipadas de vontade.

Merece destaque a resolução por reacender o debate no tocante aos limites jurídicos ao exercício da autonomia do ser humano, “em especial quando a manifestação antecipada de vontade tiver como consequência a recusa a tratamento médico necessário à manutenção de vida do paciente”.²⁹⁵

Dadalto, no entanto, faz uma crítica à resolução em razão de a mesma não resolver questões basilares no que tange às DAV, não indicando quais sujeitos poderiam fazê-la, bem como quais tratamentos e cuidados poderiam ser recusados pelo paciente e qual será o papel do médico na feitura desse documento, não resolvendo, ainda, como se daria o registro desse documento no Brasil, o que seria fundamental para sua eficácia.²⁹⁶ Concorde-se, nesse ponto, que as DAV carecem de uma maior delimitação, tais como a indicação da forma e com maior precisão o seu objeto.

Ademais, a resolução nº 1.995/12 não utiliza a terminologia “testamento vital”, mas menciona expressamente a nomenclatura “diretivas antecipadas de vontade”, como sendo “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”²⁹⁷, cuja antiga nomenclatura era amplamente criticada pela doutrina brasileira, à exemplo de Dadalto.

Quanto ao modelo de autonomia, há incertezas no que tange ao modelo adotado pela ética médica, visto que a resolução se referia, *a priori*, ao modelo da autonomia pura, mas fazia referência ao modelo de decisão substituta e, ainda, ao dos melhores interesses. Esclarece Mônica Aguiar que a resolução, muito embora expresse ter adotado o modelo da autonomia pura, pela análise de seu texto, faz referência à designação de um representante na situação de não existirem diretivas

²⁹⁵ 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. 2.

²⁹⁶ 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.

²⁹⁷ 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.

a serem observadas, vez que teria o paciente preferido adotar alguém para o representar no momento em que este não pudesse exercer sua capacidade de forma plena.²⁹⁸

Entendem Minahim e Portugal que, não obstante a opção manifesta pelo CFM seja pela prevalência da autonomia pura como modelo, resta evidente não se tratar do único modelo adotado pela resolução, que, em seu art. 2º, §1º, encontra-se a possibilidade de o paciente designar um representante para fins de manifestação de julgamento substituto na hipótese de impossibilidade de manifestação expressa do enfermo. A resolução ainda trata da hipótese das diretivas antecipadas não serem levadas em consideração, caso se verifique a mesma se encontra em desacordo com os preceitos ditados pelo CEM, em seu parágrafo 2º, do art. 2º, ou a legislação. Ademais, a resolução não prevê maiores formalidades quanto à sua feitura, prevendo ser possível seu registros no prontuário do paciente pelo médico a seu pedido.²⁹⁹

Nesse sentido, entende-se que a resolução nº 1.995/12 do CFM teve grande importância não só para a Medicina, como também ao Direito, reavivando discussões importantes ligadas à autonomia e à necessidade de respeito aos desejos manifestados de forma prévia, sendo como uma forma de garantir ao paciente o seu cumprimento.

²⁹⁸ 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: 23 dez. 2014.

²⁹⁹ 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.

5 UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito deve ser analisado simultaneamente com a realidade vivenciada, sob pena de se tratar de uma interpretação rasa e que venha a destoar da sociedade em que está inserido. Desse modo, não é possível analisar os direitos elencados na Constituição Republicana de 1988 isoladamente, mas em uma análise conjunta com todos os institutos que a eles estejam conectados.

Conforme elucida José Afonso da Silva, “o Direito é fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido. Consiste num sistema normativo”.³⁰⁰ Assim, o direito não é uma lei, um código, tampouco um princípio, mas um conjunto de normas e sua interpretação deve ser feita em conjunto, como o sistema que é.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., entende-se por sistema

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.³⁰¹

Nesse diapasão, ao compreender o ordenamento jurídico como um sistema, não haveria espaço para interpretações isoladas, haja vista o texto constitucional presumir uma estrutura normativa que engloba um conjunto de valores, sendo a tradução dos fins que a sociedade brasileira espera ver realizados no plano concreto.³⁰² Portanto, analisar isoladamente é afastar-se dos valores constitucionais.

A interpretação sistemática é entendida como a pressuposição hermenêutica de unidade do sistema jurídico do ordenamento. Tércio Ferraz Jr. explica que, pela interpretação sistemática, um dispositivo não deve ser interpretado isoladamente,

³⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 33.

³⁰¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 140.

³⁰² PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 61.

mas sempre em harmonia com os princípios gerais do sistema, de forma a preservar a coerência do todo.³⁰³

Sendo assim, ao analisar uma lei que pode vir a trazer restrições, faz-se mister a análise sobre todos os dispositivos constitucionais que direta ou indiretamente envolvem-no, numa interpretação global do sistema, visando, sempre, a harmonia do mesmo.

Dessa forma, as normas infraconstitucionais devem estrita obediência não somente às regras jurídicas e à normatização dos princípios, mas também ao conjunto principiológico, abarcando tanto os princípios gerais, como os princípios especiais, quer sejam os expressos, quer sejam os princípios implícitos.³⁰⁴

Ademais, necessário ressaltar a não existência de hierarquia entre princípios e regras constitucionais entre si, ainda que se trate de colisão entre princípio explícito e de princípio tácito, vez que a CRFB confere a todas as suas normas igual hierarquia.

Conforme discorre Laura Scalldaferri, a unidade da Constituição só poderia ser apreendida a partir de uma análise bidimensional que relacionasse o formal com o axiológico, ao tratar sobre princípios que exprimem valores essenciais que informam sobre toda a ordem constitucional, concedendo feição particular.³⁰⁵

Dessa forma, tem-se que a dignidade da pessoa humana trata-se de um princípio que guarda forte valor de fonte do sistema constitucional, condicionando a interpretação e aplicação de todo o texto, dando unidade axiológica-normativa nos demais dispositivos da Constituição, “que muitas vezes se encontram sem relação aparente e até mesmo em franca contradição”.³⁰⁶

Como um modo de dar equilíbrio a todo o sistema jurídico, tem-se que a interpretação isolada deve ser rechaçada, vez que poderia pôr em cheque os princípios constitucionais. E esses princípios devem ser sempre observados pelas normas infraconstitucionais, seja na criação, seja na interpretação normativa,

³⁰³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 293-294.

³⁰⁴ 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.

³⁰⁵ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 61.

³⁰⁶ *Ibidem*, loc. cit.

permitindo, por sua vez, a concretização dos valores elencados pela Constituição Federal.

5.1 O SISTEMA DE INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO À LUZ DE CLAUS-WILHEM CANARIS

Na existência de uma Constituição que deve orientar a todo sistema, como a Lei Mater brasileira, torna-se imperioso a necessidade de instrumentos de integração desse sistema, de forma que toda a interpretação feita sobre suas normas, sobretudo das normas infraconstitucionais, devam sempre respeito aos preceitos hierárquicos da Constituição.

A hermenêutica, portanto, possui papel decisivo no pensamento jurídico, vez que é a partir de uma interpretação adequada que se confere coexistência harmônica ao sistema jurídico, viabilizando as finalidades constitucionais. Para Canaris, existe uma necessidade de unidade interna de sentido do Direito, que age de forma a erguer todo o sistema, de modo que o valores tornam-se importantes para permitir a adequação e conexão interna.³⁰⁷

Assim, é imprescindível que se entenda a inafastabilidade da coerência lógica mínima do sistema jurídico, de modo que se deve analisar de forma a harmonizar os valores principiológicos com a finalidade primeira de fazê-los complementares ou relativos, mas sempre os pondo em consonância, em razão de serem esses valores principiológicos imperativos de coerência e unidade que servem para resolver as contradições que possam existir no sistema jurídico.³⁰⁸

Para Bobbio, a importância da coerência do sistema é tamanha, que não se configura como uma condição de validade do ordenamento, mas em uma condição de justiça. Isto porque, em havendo antinomia de normas válidas, e, dessa forma, aplicáveis no sistema, não se conseguiria garantir a esse sistema a certeza, a

³⁰⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 158.

³⁰⁸ FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas*. 1994. 80 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade federal de Santa Catarina, Santa Catarina, p. 15.

segurança, para seus cidadãos, tampouco a justiça, a igualdade de tratamento para pessoas que pertencem à uma mesma categoria.³⁰⁹

Nesse diapasão, para que o sistema jurídico consiga se equilibrar, assegurando a todos a justiça e segurança na resolução de antinomias de suas normas, ele deve ter meios que permitam a sua coerência lógica, sendo possível pela análise dos valores principiológicos, que tem o condão de harmonizar o sistema.

É cediço que o núcleo do sistema jurídico é estabelecido por valores e por princípios que não se limitam à lógica estrita, de forma que a adequação ao sistema se torna imperiosa, sobretudo em um aspecto interpretativo, vez que tal interpretação tem o condão de harmonizar todo o sistema, não só em se tratando de antinomias, como dando a interpretação mais adequada àquela norma.

Para Juarez Freitas, deve-se ater ao fato de que ao longo de uma análise interpretativa, torna-se vital a ideia de que o sistema jurídico deve ser considerado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, bem como das normas e dos valores jurídicos que tem o condão de evitar ou superar antinomias, de forma a dar cumprimento e efetividade aos princípios e objetivos fundamentais elencados na CRFB do art. 1º, 3º e 4º.³¹⁰

O referido autor ainda demonstra a necessidade de que a interpretação jurídica seja realizada considerando a abertura do sistema que, deve ser entendida por sua incompletude do conhecimento científico, em razão da possibilidade e necessidade de modificação da própria ordem jurídica. Para Freitas, uma ou outra modalidade de abertura se configuram como características do sistema jurídico, sendo, assim, possível a sua determinação pela realidade.³¹¹

Somente devido à possibilidade de adequação teleológica, viabilizada pela modificabilidade do sistema jurídico, em razão de sua abertura, que o processo hermenêutico é realizado corretamente, de forma sistemática e sistematizante, buscando a dúplici função de conferir ordem interna e adequar a convicção do

³⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999, p.113-114.

³¹⁰ FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas*. 1994. 80 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade federal de Santa Catarina, Santa Catarina, p. 30

³¹¹ *Ibidem*, p. 48.

jugador quando da decisão conforme o sistema.³¹² Destarte, deve-se entender a interpretação sistemática como uma operação que atribui a melhor definição, dentre as possíveis, aos princípios, normas e valores jurídicos.

Assim, os princípios não valeriam sem exceção, podendo, portanto, entrar em oposição ou contradição, vez que sua pretensão não permite a exclusividade. Dessa forma, tem-se que os princípios ostentam em seu sentido uma combinação de complementariedade e restrições recíprocas, necessitando de concretização, com conteúdo material próprio.³¹³

Nesse sentido, Dworkin dispõe que os valores não podem ser afastados da norma, haja vista que quando os direitos jurídicos são fixados, as tradições morais são levadas em considerações no momento de criação dos referidos direitos.³¹⁴ Desse modo, diante de uma possível incoerência do sistema, o papel do intérprete torna-se o de analisar os dispositivos em conflito e, de modo a trazer equilíbrio, segurança e justiça ao sistema, interpretar de forma a destacar os valores máximos do sistema.

A interpretação sistemática, portanto, tem importante relevo para o mundo jurídico, vez que “ocupa lugar firme entre os cânones da interpretação jurídica”. Seu papel é mais do que resolver antinomias existentes no sistema, mas também harmonizar e orientar todo o Direito.³¹⁵

Claus Canaris entende a interpretação sistemática a partir de uma dupla análise, do sistema externo e interno. A interpretação a partir do sistema externo traduziria o prolongamento da interpretação gramatical baseada no sistema interno, que estenderia o prolongamento da interpretação teleológica, que, nas palavras do autor, seria apenas um grau mais elevado dentro dela, se progride da *ratio legis* à *ratio iuris*. Portanto, a interpretação, para Canaris, da argumentação a partir do sistema interno colocar-se-ia no mais alto nível dos meios de interpretação.³¹⁶

Os métodos da interpretação são regras técnicas que visam a orientar a decidibilidade de um conflito, em sua maioria, para resolver a antinomia normativa

³¹² FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas*. 1994. 80 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, p. 51.

³¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 88

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 196.

³¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* 2002, p. 175.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 159.

do sistema jurídico. Assim, torna-se claro a importância que tem ao sistema, na medida em que é responsável por sua harmonização. Tais métodos podem ter ordem sintática, semântica e pragmática.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica haver diferentes formas de interpretação, tais como a interpretação gramatical, lógica, histórica, sociológica, axiológica e teleológica.³¹⁷

A interpretação gramatical consiste na noção de que a ordem das palavras tornam-se importante para obtenção do correto significado da norma. A interpretação lógica, por sua vez, trata-se de instrumento técnico para identificação de inconsistências, entendendo que a forma como uma expressão se conecta com as demais é relevante na obtenção do significado da norma.³¹⁸

Ainda, explica Ferraz Jr. que a interpretação histórica e a sociológica permitem uma análise sob a ótica dos precedentes normativos, devendo-se interpretar o dado histórico, de forma a trazê-lo para o contexto da norma em análise, combinando-o com o levantamento das condições atuais.³¹⁹

Por fim, a interpretação teleológica e axiológica compreendem que os símbolos são dotados de força interpretativa, de modo que os valores, em havendo ambiguidades, devem ser aferidos pelo intérprete, sendo métodos de interpretação que ativam a participação do intérprete na atribuição de sentido à norma. De acordo com o citado autor, o método axiológico e teleológico é uma contraposição ao método sistemático, em razão de que, naqueles, há uma atuação intensa do intérprete, enquanto que, neste, há uma busca pela solução dada pelo próprio sistema, entendendo pela coerência e unidade do mesmo.³²⁰

Dessarte, percebe-se o sistema como o conjunto de todos os valores fundamentais que constituem a ordem jurídica e que comportam a justiça material representada pela ordem jurídica positiva, e seus argumentos sistemáticos são entendidos como a representação dos valores fundamentais estabelecidos pela Lei Maior do país, que,

³¹⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 288-290.

³¹⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 288-290.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 298-302.

³²⁰ *Ibidem*, p. 302-304.

por sua legitimidade e sua força reguladora denotam-se como a autoridade do direito positivo e da dignidade do princípio da justiça.³²¹

Torna-se imperioso a obtenção do Direito a partir da concepção de sistema, que encontram limites nos valores trazidos pelos princípios e que são os mesmos que tiveram o condão de os criar. Nesse sentido, tem-se que o sistema se mostra capaz de, a um só tempo, ser rigoroso e permeável, vez que o sistema jurídico não é e nem poderia ser fechado.³²²

Para Juarez Freitas, seria papel do intérprete sistemático assimilar que o sistema deve ser entendido como um conjunto, resultando em uma riqueza valorativa, sendo o pensamento apto a compreender a complexidade e a necessidade do diálogo das leis infraconstitucionais e a sua submissão aos preceitos constitucionais.³²³

Deve-se ater ao fato de que cada preceito e cada norma constitucional é entendida como parte viva do todo, de modo que apenas analisando conjuntamente se consegue alcançar um resultado adequado ao problema. Ainda, interpreta-se de forma sistemática, sem desvincular seu objeto de uma abordagem intersubjetiva, merecendo destaque o entendimento de Juarez Freitas de que “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese compromete, direta ou obliquamente, uma totalidade do direito, para além da sua dimensão textual”.³²⁴

A interpretação sistemática, por sua vez, tem o dever de completar o trabalho do legislador, na medida em que, em atenção ao contexto e à realidade em que se encontra confere significado mais apropriado. O intérprete, portanto, atua, em regra, como legislador negativo.³²⁵

Nesse diapasão, entende-se que a existência de um sistema jurídico, que possui o papel de reenviar à norma aos princípios gerais, impõe uma reconstrução coesa e harmonizada de todas as normas, viabilizando a concretização dos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.³²⁶

³²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 190-191.

³²² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

³²³ *Ibidem*, p. 63.

³²⁴ *Ibidem*, p. 75.

³²⁵ *Ibidem*, p. 77.

³²⁶ CHIPANI, Sandro. Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 491-506, Dec. 2009. Disponível em

Toda interpretação jurídica resulta de um processo tópico e sistemático, dado a necessidade de viabilização do equilíbrio entre o formalismo e o pragmatismo, reconhecendo que não existiria método único e que buscasse a encontrar soluções respeitadoras do ordenamento, numa análise simplista e isolada.

Portanto, tem-se que o papel do intérprete, numa interpretação sistemática, seria o de buscar soluções no próprio sistema jurídico, viabilizando uma harmonização de acordo com os valores instituídos.

5.2 PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A interpretação sistemática denota uma análise completa do sistema para a mais adequada reflexão sobre a norma. Dessa forma, analisar as diretivas antecipadas de vontade requer, por conseguinte, uma avaliação sobre todos os princípios e direitos que a envolvem para a mais adequada significação.

De mais a mais, trata-se de tema que se relaciona intimamente aos direitos fundamentais, aqueles direitos público-subjetivos do ser humano, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no tempo e no espaço, sendo conceituados como os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta.³²⁷ E, entendendo tais direitos variáveis, em uma perspectiva temporal, torna-se necessária sua abertura do catálogo constitucional.

De acordo com Laura Scalldaferri, a referida abertura confere coerência com a circunstância em que se encontra, permitindo a esses direitos uma maior adaptabilidade à realidade, de forma que inexistiria um elenco taxativo de possibilidades de tutela, tampouco de rol exaustivo para seus riscos e direitos que ao ser humano é inerente. Portanto, não se pode falar em um final para a história dos direitos fundamentais.³²⁸

Torna-se, portanto, perceptível que o legislador brasileiro optou por trazer ao ordenamento cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, veiculando

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000200013&lng=en&nrm=iso>. acesso em 09 Fev. 2016.

³²⁷ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 529.

³²⁸ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 68

princípios e diretrizes do sistema, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta grande relevância, haja vista indicar vetores mínimos para verificação do seu conteúdo jurídico.³²⁹

Necessário destacar que os princípios carregam valores que estabelecem o comportamento mais adequado ou aconselhável, de acordo com o sistema no qual ele está inserido. Nessa perspectiva, Humberto Ávila entende que os valores são relativos, por dependerem das possibilidades valorativas e contextuais.³³⁰

Nesse diapasão, compreende Robert Alexy que princípios são entendidos como mandamentos de otimização, haja vista possuírem características de “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”.³³¹ Desse modo, entende-se que os valores que os princípios carregam devem ser analisados sob duas óticas: jurídica e contextual.

Assim, conclui-se que os princípios são de extrema importância para uma análise coerente das normas jurídicas, sobretudo os princípios constitucionais, haja vista que ao exprimirem valores, determinam a direção a ser seguida pelo intérprete da norma e ao legislador, ao criar normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, faz-se mister compreender o sentido dos princípios constitucionais, em uma análise sistêmica, para que se alcance o real significado das diretivas antecipadas, permitindo entender sua real finalidade e vislumbrando se a referida finalidade se coaduna com o sistema jurídico brasileiro.

5.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Uma análise sobre as DAV, sobretudo das DAV sobre final da vida, perpassa pela compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, uma vez que, elencado pelo art. 1º, III da CRFB, impõe sua visualização por todo o ordenamento, em

³²⁹ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 69.

³³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 137.

³³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

normas constitucionais e infraconstitucionais, em razão de ser fundamento da constituição do Estado Democrático de Direito.

É bem da verdade que a Constituição Republicana concede à dignidade humana valor maior que de princípio, e nesse diapasão, José Afonso da Silva confirma a grandiosidade de tal princípio na medida em que esclarece que a dignidade da pessoa humana está respaldada como um fundamento da República do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. Assim, não se trata apenas de um princípio da ordem jurídica, mas também um princípio da ordem política, social, econômica e cultural e, portanto, daí se extrai sua natureza de valor supremo.³³²

Nesse sentido, afirma Canotilho que 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”, assim, é perceptível seu valor supremo para o sistema jurídico brasileiro.³³³

Conforme ensina Judith Matins-Costa, a ideia de dignidade própria ao ser humano remonta à filosofia kantiana e a ideia de proteção jurídica da dignidade humana relaciona-se intimamente a dois acontecimentos: à barbarie nazista e à biomedicina, que colocaram em cheque a própria identidade da humanidade como espécie.³³⁴

A referida autora afirma que a dignidade como princípio jurídico não designa apenas o ser humano, mas a toda humanidade da pessoa, de forma que “a mudança de grau no significado está em que a dignidade é o atributo ou qualidade do ser humano” e, se todas os seres humanos compreendem a humanidade significa que eles têm a mesma qualidade de dignidade nesse plano e, portanto, afirma-se que que são todos humanos e dignos de ser.³³⁵

Pela filosofia kantiana, o ser humano, como ser racional que é, existe como um fim em si mesmo, diferentemente dos seres desprovidos de razão, que tem valor relativo e condicionado aos dos meios, justificativa para serem chamados de coisas. Pela natureza racional do ser humano, esta se revela como um valor absoluto,

³³² 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.

³³³ CANOTILHO, JJ Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4 ed., Coimbra: Coimbra, 2000, p. 219.

³³⁴ 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.

³³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

configurando como um fim em si mesma e, em consequência do próprio princípio racional que serve a um, serve também a todos os outros seres humanos, sendo, denominado como um princípio objetivo.³³⁶

Nesse sentido, o imperativo prático posto por Kant exprime as referidas considerações sobre a dignidade humana, “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”.³³⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe o respeito aos valores constitucionais, sendo configurado como a referência máxima da axiologia que fora inaugurada pela ordem constitucional de 1988. Portanto, a vinculação aos valores constitucionais configura-se como intrínseca a ponto serem aplicados diretamente, sem necessidade de intermédios da legislação ordinária quando esta não existir ou não coadunar com os preceitos máximos constitucionais.³³⁸

No entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, o valor da dignidade da pessoa humana alcança todos os setores da ordem jurídica, havendo dificuldades de delineamento do seu conteúdo, que, do ponto de vista hermenêutico, em face dos contornos e limites do princípio, sua noção é ampliada pelas inúmeras conotações que enseja, correndo o risco de generalização absoluta, por ser indicada como a *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Assim, torna-se necessário o cuidado com a vulgarização do uso do princípio, que, se levado ao extremo, também sob um viés hermenêutico, poderia atribuir um grau de abstração tão complexo que tornaria impossível sua compreensão e aplicação.³³⁹

Nesse mesmo sentido, Elisa Cruz salienta que, em face da multiplicidade de significados atribuídos à dignidade da pessoa humana, torna-se complexa a tarefa de delimitar o seu conteúdo mínimo, sobretudo, a referida autora ressalta três elementos que, ao seu olhar, parecem comuns aos conceitos usuais de dignidade, sendo eles a qualidade inerente à condição humana, a capacidade de definir-se a si

³³⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 104.

³³⁷ *Ibidem*, p. 105.

³³⁸ 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.

³³⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade da pessoa humana: princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 84.

mesmo como pessoa e de atuar de acordo com desejos próprios, e, por fim, a possibilidade de se ver como parte de um grupamento social.³⁴⁰

Sob uma ótica constitucional, Ingo Sarlet ressalta que a dignidade da pessoa humana assumiu relevo como valor supremo de toda a sociedade, tendo o papel de papel de conduzir todos os direitos fundamentais da pessoa. Para o citado autor,

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 humanos³⁴¹

Ainda, trata-se de um valor, visto que a dignidade conforma o ordenamento jurídico conferindo a eles a primazia da pessoa e da tutela de seus interesses existenciais e, também, trata-se de princípio, na medida em que consta no rol de princípios constitucionais. Portanto, percebe-se a importância que tem a dignidade humana para o sistema jurídico, servindo, ainda, de base estruturante do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana se concebe como o núcleo da essência dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva desses direitos e, igualmente, a fonte ética do sistema que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática. Assim, pertinente é a afirmação de André Luis Adoni ao discorrer que os direitos fundamentais se tratam da expressão mais imediata da dignidade humana.³⁴²

Nesse sentido, salienta Janaina Satin que a definição de dignidade humana deve ser vista a partir da observância dos direitos fundamentais, tratando das mínimas condições para uma vida autônoma e saudável, de forma que a dignidade da pessoa humana, a partir da normatização constitucional como princípio jurídico fundamental,

³⁴⁰ 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.

³⁴¹ 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.

³⁴² 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.

tem o papel de orientar a interpretação e aplicação de todas as normas pertencentes ao ordenamento jurídico.³⁴³

O valor que tem a dignidade da pessoa humana é tão forte ao Direito que atinge a todos os setores da ordem jurídico-política brasileira, de modo que é dever do Estado adotar leis e realizar políticas públicas visando à satisfação das necessidades vitais do ser humano, prezando pela existência digna. E, de igual maneira, trata-se de um dever da sociedade agir de forma a efetivar concretamente tais leis e políticas públicas, de forma que a dignidade da pessoa humana funciona como um limite à tarefa estatal, que pertence a cada ser humano, individualmente, e que não pode ser alienada.³⁴⁴

A necessidade de verificação das leis e sua compatibilização é tão fundamental que seu vislumbramento se torna obrigatório em todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, de forma que é vista como um superprincípio constitucional, sobrepondo-se, inclusive, aos demais princípios constitucionais, em razão do princípio da dignidade humana não ser uma simples criação da ordem constitucional, mas da própria história mundial, como uma forma de proteção da humanidade e tutela da vulnerabilidade humana.³⁴⁵

De mais a mais, concebe-se, ainda, a dignidade humana como princípio eminente da bioética, representando valores que devem ser observados pelas decisões que envolvem esse ramo do conhecimento. É um princípio que, por vezes, é verificado de forma direta no caso concreto, como também é observado por intermédio dos princípios, tais como o 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 infraconstitucionais, uma vez que exprime o sentido último da atividade jurídica do Estado.³⁴⁶

³⁴³ 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.

³⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³⁴⁵ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O testamento vital. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XIV, 2012, p. 53-71.

³⁴⁶ 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.

Ingo Sarlet ressalta que é imperioso a necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, haja vista ser fruto da evolução do pensamento humano sobre o seu significado, do que é ser pessoa, bem como quais são os valores que lhe são inerentes, influenciando e determinando o modo pelo qual o Direito reconhece e protege a dignidade da pessoa humana³⁴⁷. Merece destaque a afirmação de que o respeito à dignidade humana, independente da situação concreta, deve ser sempre observado, de forma que sua proteção será igual para todas as pessoas, que são iguais em dignidade.

Necessário ressaltar que a dignidade não passa a acompanhar o ser humano em uma determinada época da vida e nem deixa de o acompanhar devido a alguma circunstância, mas ela o conduz até a sua morte, motivo pelo qual não se renuncia à dignidade humana, nem tampouco à parte dela, de forma que ela não estará assegurada, caso se constate que o indivíduo é discriminado, humilhado, perseguido ou é tratado como se pessoa não fosse.

Ingo Sarlet salienta a dimensão dúplice que possui a dignidade, 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 completa 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).³⁴⁸

A dignidade da pessoa humana tem o papel simultâneo de limitar os poderes estatais e a comunidade em geral, e ao mesmo tempo, confere tarefa a esses poderes de exigir sua contemplação, apontando uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional. Portanto, a dignidade da pessoa humana como limite implica dizer não somente que a pessoa não pode ser reduzida à condição de objeto

³⁴⁷ 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

³⁴⁸ *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.

de ação própria ou de terceiros, mas também que a dignidade gera direitos fundamentais negativos contra atos que atentem contra a ela ou que a exponha a graves ameaças. Sob outra perspectiva, a dignidade como tarefa, torna mister que os poderes estatais, por meio de políticas públicas e ações, protejam a dignidade de todos, assegurando, ainda, o devido respeito por meio de medidas protetivas.³⁴⁹

Imperioso destacar a diferenciação feita por Humberto Ávila entre princípios e postulados, havendo particularidades que merecem ser expostas, em razão 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), quer 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.³⁵⁰

Dessarte, pela análise do citado autor, o princípio da dignidade da pessoa humana, em verdade, se trataria de um postulado, posto que é elemento de valor que guia 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.

A dignidade da pessoa humana deve ser necessariamente observada pelos poderes estatais e pela sociedade como uma forma de garantia de proteção aos direitos existenciais mínimos de uma vida digna. Dessa forma, o princípio da dignidade como limitador serve como importante instrumento de defesa do indivíduo e como tarefa, funcionando como uma imposição de que sua finalidade, veiculada pela Constituição Republicana seja, necessariamente, observada.

Nesse sentido, torna-se pertinente a afirmação que de que toda ordem jurídica deve respeito, em último grau, ao princípio mater da dignidade da pessoa humana, vez

³⁴⁹ 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.

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 142-143.

que este veicula uma finalidade última para o Direito e para o sistema jurídico brasileiro, de garantia, incentivo e promoção da realização da dignidade humana e todos os momentos da vida do indivíduo.

Assim, as DAV para o final da vida servem como um modo de conformar a complexa situação de terminalidade do indivíduo com o princípio da dignidade da pessoa humana, impondo uma maneira de efetivar tal princípio, vez que preza pela honra da autonomia da pessoa, sua autodeterminação, e, também como maneira de evitar que sejam vítimas da busca incessante pela cura na Medicina e pelo prolongamento da agonia de um processo que já não tem mais volta.

Sabidamente afirma Laura Scalldaferri que o direito de morrer com dignidade não se trata de um direito de matar dado a um terceiro, mas de uma faculdade de uma pessoa consciente e livre de ser ouvida e assistida em um pedido de que não se prorogue o seu processo de morte, que já se demonstra como irreversível. E, portanto, percebe-se que a dignidade, nesse ponto, se relaciona intimamente com a capacidade de decidir e agir de acordo com seus desejos sobre esse delicado momento. Para a referida autora, “a terminalidade e a irreversibilidade da doença se constituem numa dura prova que pode provocar a perda da dignidade”³⁵¹, uma vez que o princípio da dignidade humana restaria inobservado.

Percebe-se, portanto, a íntima relação que o princípio da dignidade da pessoa humana tem com as DAV para o final da vida, preservando, dessa forma, um fim digno ao ser humano, uma vez que seus momentos finais não podem ser vividos de uma maneira indigna e sendo relevados os seus desejos quanto a essa ocasião.

5.2.2 Princípio da humanidade

De igual modo, o princípio da humanidade, constante no art. 5º, III da CRFB de 1988, também guarda íntima conexão com as DAV, por dispor que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”³⁵² e também, servir como princípio concretizador da finalidade do princípio *matter* da dignidade da pessoa humana.

³⁵¹ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 76.

³⁵² 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.

O princípio da humanidade é fruto do iluminismo, que trouxe uma nova concepção de Estado, exigindo que os direitos humanos fossem respeitados e assegurados, e, pela adoção dessa nova concepção, fundada em princípios humanitários, passou a ser um marco divisor da história do Direito Penal e da humanização das penas. Dessa forma, a pena deixou de ter cunho meramente punitivo e retributivo, assumindo papel também ressocializador e educativo, passando a estar vinculado ao princípio da legalidade que exigia leis prévias e certas e as sanções degradantes passaram a ser terminantemente proibidas.³⁵³

José Afonso da Silva, ao discorrer sobre o princípio da humanidade, ressalta que a CRFB foi além no que tange à proteção ao indivíduo e a necessidade de observação do princípio da dignidade humana, uma vez que garante o respeito à integridade física e moral e, ainda, declara que ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante.³⁵⁴

Ainda, no intuito de por proibir a prática de tortura e de outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanas e degradantes, o sistema internacional de direitos humanos desautorizou o Estado a interferir de forma ilegítima na dignidade do ser humano. Nesse sentido, versou a III Convenção de Genebra, de 1929, estabelecendo uma proteção geral aos prisioneiros de guerra, em seu artigo 13³⁵⁵ 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 diapasão 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.³⁵⁶ Assim, tais disposições se mostraram como uma 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.

³⁵³ 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.

³⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. 2011, p.199.

³⁵⁵ 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.

³⁵⁶ OLIVEIRA, Márcia de Freitas. *Op. cit.* 2014, p. 14.

Ressalta-se, ainda, como uma forma de proteção à pessoa, 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”³⁵⁷, e, ainda, proibia a submissão da pessoa a experiências médicas ou científicas sem seu livre consentimento.

De mais a mais, merece destaque o significado de tratamento desumano e degradante, para que seja melhor compreendido, ainda sob um enfoque jurídico-penal, o princípio da humanidade e seus desdobramentos e concretização nas diretivas antecipadas, sobretudo das que trata das condições de terminalidade de vida.

Por tratamento desumano, entende-se como o que causa deliberadamente um sofrimento à pessoa de forma injustificada, seja esse sofrimento a níveis psicológicos ou fisiológicos. A título exemplificativo, tem-se a obtenção de informações ou confissões mediante tortura, castigo desumano agravado. No que se refere ao tratamento degradante, corresponde ao tratamento que humilha, de maneira grave, atuando contra a vontade ou consciência de uma pessoa.³⁵⁸

Para Beserra, o princípio da humanidade determina a proibição de penas que violem o núcleo do direito à vida, integridade física e psíquica ou a autonomia e a igualdade de modo a subjulgar a pessoa. Deve-se ater ao fato de que o referido princípio não veda apenas a pena de morte, mas também, penas de caráter perpétuo, degradantes ou desumanos.³⁵⁹

Sobre o princípio da humanidade, Zaffaroni e Batista ensinam que toda pena que se torne brutal em suas consequências, será considerada cruel, a exemplo daquelas

³⁵⁷ 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.

³⁵⁸ 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.

³⁵⁹ 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.

geradoras de um impedimento que compromete a vida do indivíduo.³⁶⁰ E, ainda que os referidos autores falem em “pena”, a interpretação torna-se a mesma ao se falar em obrigação de submissão a tratamento médico ao qual não há o desejo de aderir.

O princípio constitucional da humanidade, no tocante à proibição ao tratamento desumado, impõe uma interpretação de maneira extensiva, haja vista o tratamento desumano atingir a dignidade da pessoa, quer seja um sofrimento físico, quer seja um sofrimento moral. Assim, imputar a um sujeito a obrigação de se submeter a tratamento médico que apenas irá prolongar seu processo de morte, sem qualquer perspectiva de cura ou melhora do quadro clínico do paciente, revela-se como clara violação 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.

Configura-se como inadmissível a afirmação de que o médico tem o dever de manter tratamentos entendidos como inúteis, cuja capacidade é apenas de prolongar a vida artificial, causando ao paciente terminal sofrimentos físicos e mentais, bem como constrangimentos. Para José Rodrigues,

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 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.³⁶¹

Nesse mesmo sentido entendem Luciana Dadalto e Ana Carolina Brochado Teixeira, ao defender que a imputação de uma obrigação de seguimento de tratamento que não tem o condão de trazer a cura ou a melhora ao quadro clínico do paciente

³⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 233.

³⁶¹ 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.

terminal se configurará como verdadeiro tratamento desumano, caso a pessoa, no âmbito de sua esfera pessoal, assim o entenda.³⁶²

Percebe-se que a relação do princípio da humanidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, que serve como forma de delimitar a atuação dos poderes estatais, sendo uma condição necessária de existência de um Estado Democrático de Direito, garantindo a seus cidadãos uma vida digna, abstendo-se de práticas lesivas a estes.

5.2.3 Direito à Vida:

O direito à vida tem grande relevância no que tange as diretivas antecipadas de vontade, sobretudo aquelas que tratam do final da vida, em face de suas disposições discorrerem expressamente sobre os tratamentos a serem empregados nesses últimos momentos, quando do processo de morte. É um direito cuja proteção por parte do Estado é indispensável.

Definir o sentido exato de vida trata-se de tarefa complexa, haja vista a vida estar em constante movimento. Para os cientistas biológicos, a vida seria a continuidade de todas as funções de um organismo vivo e seria o período compreendido entre a concepção e a morte. Sobre tais definições, entende Laura Scalldaferri que “não apresenta características unívocas e inquestionáveis”, não podendo ser usadas como definições concretas de o que seria vida.³⁶³

Gilmar Mendes, Inocência Coelho e Paulo Branco entendem que a existência humana é elementar para que seja possível falar nos demais direitos e liberdades, de forma que esses direitos têm no marco da vida de cada pessoa limites máximos de sua existência concreta. Portanto, o direito à vida é a premissa básica dos direitos, uma vez que não faria sentido declarar qualquer outro direito antes mesmo

³⁶² 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.

³⁶³ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 47.

de assegurar o direito à vida. Para os citados autores, “o seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse”.^{364e 365}

Assim entende Luciano Santoro, manifestando que a vida é o bem mais importante do ser humano, ante a constatação de que sem a vida nada haveria, nem liberdade, propriedade, tampouco felicidade. Para o autor, a vida seria o início de tudo, inclusive o início da incidência de todos os direitos, dessa forma, a vida humana condicionaria todos os demais direitos da personalidade, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.³⁶⁶

Sob uma perspectiva religiosa, tem-se que a vida fora colocada quase que em um pedestal, sacralizada, em uma ideia de que ela sequer pertenceria ao ser humano que dela goza, mas à Deus, que seria quem lhe haveria dado. Assim, para os religiosos, a vida pertenceria à Deus e o ser humano não poderia inferir no momento da morte. Essa visão perdurou por muito tempo e ainda apresenta adeptos, afastaria qualquer tipo de aborto, mesmo aqueles permitidos pela legislação penal, a exemplo do aborto decorrente de estupro, bem como eutanásias.³⁶⁷

Ocorre que, em face da existência de princípios como o da humanidade e o da dignidade da pessoa humana, entende-se não ser possível conceber certos tratamentos ao paciente com o fito único de mantê-lo vivo biologicamente, quando este, manifestadamente, não quer tal condição para si.

Merece destaque o entendimento de José Afonso da Silva sobre a vida e a sua proteção. Para o autor, ante a complexidade da delimitação do que se chama vida, não seria possível concluir o papel de sua definição, uma vez que correria “grave risco de ingressar no campo da metafísica suprarreal”.³⁶⁸

O referido autor aponta que a vida, abarcada pelo texto constitucional compreende não somente o sentido biológico de incessante atividade funcional, mas também em uma acepção biográfica. Assim, aponta o autor que “sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem

³⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 393

³⁶⁵ 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.

³⁶⁶ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 27.

³⁶⁷ NEVES, Rodrigo Santos. O testamento vital: autonomia privada x direito à vida. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XV, 2013, p. 9-23.

³⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. 2011, p.197.

perder sua própria identidade”. Desse modo, a vida humana é mais que apenas um conjunto de elementos materiais, mas a ela integra valores também imateriais.³⁶⁹

Sobre o direito à vida digna, Afonso da Silva compreende que a CRFB não a teria abarcado, mas tão somente o direito à vida. Para o autor, entender o direito à vida protegido constitucionalmente como o direito à existência digna, seria uma permissão constitucional que fundamentaria 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 que viesse a ser entendido por terceiros que não apresentariam uma existência digna.³⁷⁰

Discorda-se, todavia, de tal entendimento, em razão de a existência digna estar implicitamente contemplada ao se ter dispositivos constitucionais que tratam do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. Os exemplos trazidos pelo autor esbarrariam pelos próprios preceitos constitucionais e pela legislação penal que proibiriam terminantemente tais práticas.

O direito à vida digna trata-se de desdobramento do direito à vida, que em uma interpretação total do sistema jurídico, tem seu sentido completado pelo princípio da dignidade humana, que veicula sua finalidade em todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

A vida é entendida como um direito fundamental pela Constituição Republicana, consagrada em seu art. 5º, *caput*³⁷¹. Ainda, todos os pactos, leis e ordenamentos que visam a tutelar a vida humana serão insuficientes, se não tutelarem a vida humana como aquela “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”.³⁷²

Concorda-se com o entendimento de Adoni que, ao discorrer sobre o direito à vida, manifesta que a CRFB não protege apenas a vida no seu viés biológico no sentido

³⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. 2011, p.197-201.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 198-199.

³⁷¹ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁷² PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito a uma morte digna*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 49

de compelir a pessoa até seus últimos limites, com a imposição de submissão a tratamentos degradantes, de humilhação, dor e sofrimento físico e emocional. Entende-se que a proteção constitucional do direito à vida engloba o direito à vida digna. Assim, defender o oposto, seria o mesmo que defender o direito à vida em desrespeito à própria vida, visto que do contrário, eliminar-se-ia o princípio da dignidade.³⁷³

Merece destacar que os direitos fundamentais não são absolutos, não sendo, portanto, ilimitados, entendimento que se aplica, também, ao direito à vida, já que, inclusive de acordo com os arts. 55 a 57 do Código Penal Militar, há permissão para pena de morte em caso de guerra declarada. Ainda, existe a possibilidade de relativização de direitos fundamentais quando se estiver diante de conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, de forma que, ao caso concreto, um terá prevalência sobre o outro, em razão do princípio da convivência das liberdades públicas.³⁷⁴

Para Michael Kloefer, o direito a vida é o direito de viver, que abrangeria a existência corporal, que seria pressuposto vital para a utilização dos direitos fundamentais. Segundo o autor, a proteção seria a vida individual, compreendida em um sentido exclusivamente biológico e físico.³⁷⁵

Necessário esclarecer que, diferente do entendimento esposado por Kloefer, a vida vai além do seu sentido biológico, de modo que deve ser compreendida de acordo com sua complexidade, qualidade, intensidade e dignidade, e não apenas como um intervalo de tempo, do nascer ao morrer, ou como um fenômeno da biologia.

No mesmo sentido, entende Laura Scaldaferrri que, salienta não se poder privilegiar apenas a dimensão biológica da vida, de forma que por essa análise haveria o privilégio da quantidade da vida sobre a qualidade desta. E, dessa forma, a obstinação em prorrogar o processo de morte, do funcionamento de organismos de pacientes terminais, não deve encontrar respaldo no sistema jurídico brasileiro, para

³⁷³ 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

³⁷⁴ 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.

³⁷⁵ 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.

a autora, “aceitar o critério de qualidade de vida significa estar a serviço, não apenas da vida, mas também da pessoa”.³⁷⁶

Resta, portanto, configurado que o direito à vida constitucionalmente previsto trata da expressão biológica e biográfica, de forma que não somente a quantidade de vida é importante, mas aliar essa quantidade com a qualidade dessa existência, pois, somente assim, o princípio da dignidade humana estaria efetivado, numa análise ampla e completa do sistema jurídico.

5.3 DIREITO DE MORRER X DIREITO À MORTE DIGNA

Pertinente é a análise de se haveria previsão no sistema jurídico da existência de um direito de morrer ou não, bem como quais seriam seus fundamentos, averiguando se restaria o direito de morrer ou o direito à morte digna em adequação aos princípios constitucionais, em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve-se salientar que não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica do indivíduo, mas também a dimensão biográfica, de forma a compreender que a qualidade de vida torna-se tão importante quando a vida em si. Desse modo, o prolongamento da vida só deve ser empreendido caso seja verificado que trará algum benefício à pessoa enferma e, mesmo assim, caso esse benefício não implique em ofensa à dignidade do viver.³⁷⁷

Como antes apontado, a dignidade humana é uma cláusula geral que também expressa um princípio e não parece apropriado colocar em colisão o direito à vida com o princípio da dignidade humana, pois, em verdade, não há colisão, mas complementariedade entre eles.

Nesse sentido Adoni defende que os direitos fundamentais, tal como o direito à vida, é envolvido pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que condiciona o sentido dos princípios e direitos, constitucionais e infraconstitucionais, à adequação

³⁷⁶ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensando o final*: reflexões sobre o direito de morrer. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, p.1390-1415.

³⁷⁷ 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.

de valores. Em sendo assim, não se fala em colisão entre o direito à vida e o princípio da dignidade humana.³⁷⁸

Mister salientar que não se fala em direito de morrer em seu sentido generalizante, mas seu questionamento sob um enfoque restrito, visando a um grupo específico de pessoas, cuja morte é obstada mediante grande sofrimento. Portanto, a análise sobre a existência de um direito de morrer está inserida num contexto determinado, representando forma de dizer não à imposição de submissão a tratamentos que apenas trazem sofrimento, sem qualquer benefício à pessoa.³⁷⁹

Tem-se que o direito à morte digna é uma extensão da clausula geral da dignidade humana, na medida que a dignidade deve ser preservada do início ao fim da vida, devendo ser observada a dignidade humana também no momento e no processo de morte.³⁸⁰

De acordo com o entendimento de Barroso e Martel, em um ambiente de morte com intervenção, a autonomia do paciente deve, sempre, ser destacada, de forma que a ideia de dignidade como autodeterminação deverá prevalecer. Para os autores, "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".³⁸¹

Importante notar que não se trata de assumir a existência de um direito de morrer puramente, mas um direito de que a morte ocorra de uma forma digna e que os direitos da pessoa sejam mantidos intactos até o momento final. Assim, salienta-se que não se trata de um direito à morte, de maneira generalizada, mas tão somente o direito à morte digna, o direito de que a existência termine dignamente.

Nesse diapasão, o direito ao final de uma existência digna possui amparo, também, no princípio da fraternidade, que "expressa o compromisso de todos na garantia de uma existência comum digna". Conforme entendimento de Minahim, o referido

³⁷⁸ 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

³⁷⁹ 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 Dez. 2014.

³⁸⁰ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O testamento vital. *Revista Síntese Direito de Família*. Ano XIV, 2012, p. 53-71.

³⁸¹ 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

princípio pode ser extraído dos objetivos fundamentais da República que dispõe sobre a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, sendo, portanto, uma preocupação constitucional em assegurar condições dignas aos indivíduos.³⁸²

Para a citada autora, a criação das figuras legais do princípio da solidariedade e da fraternidade possuem grande importância ao Direito, na medida em que impõem ao legislador a compreensão de que podem ser estabelecidas normas legais que impliquem numa atuação solidária da pessoa, de modo que esses valores guiem a sociedade, promovendo uma fraternidade entre todos.³⁸³

Portanto, entendendo a existência do compromisso constitucional com uma existência digna, não se pode conceber um final que desvirtue dos ditames constitucionais. Assim, se existe um direito à vida e, sabe-se que a vida engloba o nascer até o morrer, esse último momento não poderia ocorrer sem a observância dos direitos do ser humano. Ora, resta claro que a dignidade da pessoa humana deve ser preservada até que não haja mais vida e, assim, é pertinente afirmar que existe o direito à uma morte digna.

Por fim, importante esclarecer que não se trata de uma forma de dispor da vida, e, ressalte-se que essa disposição sequer é questionada, pois a vida traduz o momento desde o nascimento até a morte, de forma que se defende que em todo o período vivido a dignidade humana seja observada e, portanto, a morte ocorra dignamente.

5.4 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUA VIABILIDADE, À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Em uma análise sistêmica do sistema jurídico brasileiro, as diretivas antecipadas de vontade podem ser entendidas como uma forma de efetivação dos princípios constitucionais da dignidade humana e humanidade, bem como uma forma de viabilizar que a autonomia da pessoa seja preservada, mesmo quando já não se puder mais manifestar as vontades.

³⁸² MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130-131

³⁸³ *Ibidem*, loc. cit.

O CP vigente não trata da eutanásia, tema que as resoluções nº 1.805/06 e 1.995/12 do CFM não discorrem, nem de ortotanásia. O que têm ocorrido na prática é uma concordância entre médicos, enfermo e familiares sobre os caminhos a cursar em caso de estágio terminal de uma doença, expressando quais são as intervenções possíveis e, dentre elas, quais se configuram como desproporcionais, havendo manifestação de vontade no que tange o recebimento, tão somente, de cuidados paliativos.³⁸⁴

Para Minahim e Portugal, diante da ausência de disposição no CP, percebe-se que 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 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 146³⁸⁵ do Código Penal.³⁸⁶

Necessário destacar que o projeto de reforma do CP (projeto de lei nº 236 de 2012) prevê a figura da ortotanásia no art. 122, §2º, entendendo pela não existência de crime quando, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a pessoa em estado terminal ou com doença grave irreversível, o agente deixar de aplicar meios extraordinários, desde que haja o consentimento da pessoa, ou na impossibilidade desta, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, sendo hipótese de exclusão de ilicitude.³⁸⁷

Ao tratar da ortotanásia, o projeto de reforma do CP esclarece que a situação de terminalidade, a de morte iminente e inevitável, ou de doença irreversível, deve ser

³⁸⁴ 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.

³⁸⁵ 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/Del2848.htm>> Acesso em 9 jun. 2016.

³⁸⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela Carvalho. *Op. cit.* 2015, p. 18.

³⁸⁷ BRASIL. *Projeto de Lei N. 236, de 2012 (do Senado Federal)*. Reforma do código penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>> Acesso em 04 jun. 2016.

previamente atestada por dois médicos.³⁸⁸ Dessa forma, percebe-se o cuidado para a constatação dessa terminalidade pelo projeto de reforma para que não seja feita de maneira arbitrária e inobservando as devidas cautelas.

Assim, é possível perceber que o Projeto de Reforma do CP acompanhou os avanços da Medicina, que deixou de entender saúde como ausência de doença e passou a buscar o conforto do paciente, físico, psíquico e espiritual, e afastou-se da busca incessante pela cura, compreendendo que, em determinadas situações, é preciso aceitar o processo de morte.

Portanto, a previsão da ortotanásia, trazida pela reforma do CP, coaduna-se com os princípios constitucionais, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como com os novos entendimentos da Medicina, expressados na res. nº 1.805/06 e no CEM.

Ademais, o projeto de reforma ainda trata da eutanásia, de maneira expressa, que, no *caput* do art. 122 dispõe que a conduta de “matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave” é punida com pena de dois a quatro anos, pena inferior a de homicídio (art. 121 do projeto de reforma do CP).

Desse modo, a eutanásia não é considerada fato atípico pelo projeto de reforma do CP, em razão de se tratar de hipótese de antecipação da morte, conforme o que já foi demonstrado ao longo desse trabalho, de forma que a essa conduta somente não é aplicado a sanção penal na hipótese do art. 121, §1º, em que o juiz está autorizado a deixar de aplicar a pena ao avaliar as circunstâncias do caso e a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

É perceptível, portanto, a visão humana que o projeto de reforma do CP trata da ortotanásia, como exclusão de ilicitude, e da eutanásia, da forma descrita pelo art. 122, com pena bem inferior da que tem o homicídio simples, atentando-se aos novos valores da sociedade e dos avanços médicos, se coadunando com os ditames constitucionais.

³⁸⁸ Art. 121, § 7º do Projeto de Reforma do CP: “A situação de morte iminente e inevitável ou de doença irreversível, no caso do parágrafo anterior, deve ser previamente atestada por dois médicos.” Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>> Acesso em 04 jun. 2016.

No entanto, atualmente, há de se concordar que entender as DAV para final da vida como válida somente após a existência de norma federal específica seria engessar o sistema jurídico brasileiro, ignorando a existência de princípios constitucionais, haja vista que são normas que possuem conteúdo aberto e se amoldam à diversas circunstâncias, mesmo àquelas não tipificadas em legislação especial.³⁸⁹

Nesse sentido, Dadalto discorre que, por uma análise sistêmica do Direito brasileiro, em uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstucionais, existiria respaldo jurídico para a defesa da validade da declaração prévia de vontade do paciente, sendo, também, uma forma de proteção de sua autonomia.³⁹⁰

Dworkin ressalta que essa preocupação com o final da vida é pertinente, uma vez que o ser humano têm enorme inquietude sobre os efeitos da etapa final de sua existência, de caráter tal que, o autor faz uma analogia quanto à ultima cena de uma peça teatral, sendo uma preocupação sobre a totalidade do trabalho coletivo. Assim, para o autor é uma preocupação conhecida, porém misteriosa, que merece ser analisada cuidadosamente sob a ótica principiológica do Direito.³⁹¹

Inquestionavelmente, em se tratando de uma doença incurável e de um enfermo terminal, sob um enfoque jurídico-penal, o médico quando não emprega tratamentos considerados desproporcionais ao paciente, que, do ponto de vista clínico, não têm o condão de curar o paciente ou, ao menos, trazer alguma melhora ao estado que este se encontra, o profissional não causa a morte do paciente ao interromper, total ou parcialmente, os procedimentos que se destinam a prolongar uma vida artificial, e dessa, forma, não há que se falar no tipo penal do homicídio. Nessa hipótese, o médico apenas deixou que a morte tomasse o seu curso no momento correto,

³⁸⁹ 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.

³⁹⁰ 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.

³⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 281.

configurando-se como hipótese de ortotanásia, espécie permitida de acordo com o Direito brasileiro, conforme amplamente demonstrado.³⁹²

Leo Pessini entende que existe uma preocupação legítima de reafirmação do direito do enfermo de escolher entre as possibilidades terapêuticas disponíveis, discorrendo sobre elas em documento, das quais encontra-se o medo de se tornar objeto da obstinação terapêutica. Diante disso, para o autor, atualmente cresce a tendência de dispor sobre os desejos quanto ao momento final da vida, em razão do enorme medo de viver de forma artificial.³⁹³

Concorda-se com Dworkin no que tange à constatação do quanto é complexo entender o que a morte significa para as pessoas, ao passo que algumas preferem morrer a continuar existindo quando se vislumbra a possibilidade de viver permanentemente sedados ou incompetentes, bem como outras preferem lutar até o fim, ainda que passem por sofrimentos terríveis ou quando não têm nem a chance de saber como está essa luta, por não terem mais consciência, e, para outras, viver ou morrer não faz qualquer diferença.³⁹⁴

Entende-se a complexidade do tema, mas se torna fundamental a sua discussão. Por mais que muitos não queiram sequer discutir o tema, para tantos outros, que vivem na pele o medo e vislumbram a proximidade da morte, torna-se necessário o debate. A morte, como parte do viver, deve ocorrer com a observância dos direitos da pessoa humana e assim, ante a irreversibilidade do processo de morrer e a terminalidade da vida de um indivíduo, este pode querer não mais agir e deixar que a morte chegue de uma maneira tranquila, sem sofrimentos e sem medos.

³⁹² 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.

³⁹³ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007, p. 256.

³⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 281.

6 CONCLUSÕES

A análise da compatibilidade das diretivas antecipadas de vontade com o sistema jurídico brasileiro implica a compreensão de que o conceito de autonomia, que é polissêmico, sofre ressignificações na área do Direito, da Bioética, dentre outras áreas do conhecimento.

No âmbito do Direito, o conceito de autonomia sofreu ramificações, de modo que tem subdivisões, sendo elas a autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia existencial. A autonomia da vontade reflete os desejos mais íntimos do indivíduo, relacionando-se à liberdade individual, enquanto que a autonomia privada surgiu como uma decorrência da preocupação com a solidariedade contratual, de forma que há uma limitação imposta pelo Estado, visando à proteção dos interesses coletivos e sociais. Num outro aspecto, a autonomia existencial relaciona-se a uma liberdade do indivíduo poder gerir sua vida de forma digna.

A autonomia possui importante relevo, no que tange à manifestação de vontade de pacientes em estados terminais, haja vista ser condição de validade para a tomada de decisões, devendo essa autonomia ser preservada como uma garantia da observância do princípio da dignidade humana, que deve, igualmente, ser observado diante da terminalidade da vida.

É certo que antigamente a relação médico-paciente se configurava como uma relação paternalista e absolutista, em que o paciente tinha o papel de objeto. Todavia, hodiernamente, entende-se que em tal relação o paciente tem papel de sujeito, podendo influir no seu processo clínico e devendo ser consultado para qualquer tomada de decisão, haja vista se tratar da sua saúde e da sua vida.

Muito embora o sistema jurídico brasileiro confira a autonomia papel de destaque, práticas de abreviamento da vida são vedadas. A prática do suicídio não é punível, e nem poderia ser, uma vez que no Direito Penal rege o princípio da lesividade que informa que a conduta que não ultrapassa a esfera da pessoa não é alvo do injusto penal, não punindo, sequer a tentativa de suicídio. Diferentemente, a conduta de auxiliar o suicídio é punida, não existindo sequer o privilégio do relevante valor moral que existe na punição do homicídio no CP, embora seja por muitos autores defendida como uma forma de concreção da autonomia do sujeito.

A prática da eutanásia é punida pelo Direito Penal, configurando como uma conduta que tem o condão de antecipar a morte, sendo separada do conceito de homicídio consentido pelo fato de naquela haver o elemento piedoso, sendo empregada devido a uma motivação humanitária. Do lado oposto, tem-se que a distanásia é prática capaz de adiar o processo de morte, sendo rechaçada pelo CFM por não trazer quaisquer benefícios ao paciente.

Destaca-se a ortotanásia ao passo em que permite a chegada da morte no tempo correto, sem antecipá-la ou adiar-la, relacionando-se ao conceito de cuidados paliativos, na medida em que se aceita que a cura já não é possível e os cuidados empregados visam o conforto do paciente numa situação de terminalidade.

Essa percepção é fruto da evolução da Medicina, que deixa de entender a saúde como ausência de doença e passa a conceber que esse estado de saúde não só compreende o aspecto fisiológico, mas também psíquico e espiritual. Assim, o tema morte deixa de ser assunto proibido para ser assunto em que a discussão é necessária.

Dispondo sobre o tema, tem-se que as diretivas antecipadas de vontade são importante instrumento que destaca o valor da autonomia, haja vista ser forma de estabelecer previamente os desejos concernentes aos tratamentos médicos, antevendo uma situação de terminalidade. E, ainda, servindo como meio hábil de proteção do médico de eventual responsabilização em razão da prática ou não de determinado tratamento ou cuidado que o paciente manifestou como sendo de seu desejo.

Neste cenário, é possível perceber que as diretivas antecipadas de vontade são forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, sob uma ótica humanizada, em que se cuida dos desejos do paciente sobre os tratamentos e procedimentos médicos.

Por essa linha já seguia a resolução nº 1.805/06 do CFM, que se fundamenta no princípio da dignidade humana e no princípio da humanidade, para dispor sobre a permissão do médico de limitar ou suspender tratamentos médicos que prolonguem a vida do doente terminal, de enfermidade grave ou incurável, respeitada a vontade desse enfermo. E, assim, tem-se um reconhecimento da legalidade da prática da ortotanásia pelo CFM e evidenciado o destaque que a resolução deu à autonomia

privada do enfermo, haja vista impor ao médico o respeito às diretrizes feitas pelo paciente. E nesse mesmo sentido seguiu o CEM de 2009.

Mais especificamente sobre as diretivas antecipadas de vontade, destaca-se a resolução n. 1.995/12 do CFM, ao impor o respeito à autonomia do paciente e a prevalência de suas manifestações de vontades, dando continuidade ao que antes era previsto na resolução n. 1.805/06. No entanto, necessário esclarecer que as diretivas a serem seguidas pelos médicos, que teriam força cogente, seriam apenas as que estivessem de acordo com os preceitos ditados pelo CEM, visto que, no art. 2º, parágrafo segundo da resolução n.1.995/12, há a desobrigação de cumprimento das diretivas antecipadas que estiverem em desacordo com as previsões legais e éticas.

O ponto crucial na análise das diretivas antecipadas de vontades é entender se há compatibilidade do referido instituto com o ordenamento jurídico. O que se infere, numa análise sistemática do ordenamento, é de que não há qualquer incompatibilidade da res. n. 1.995/12 com o Direito brasileiro, sobretudo com o Direito Penal. Não cabe uma interpretação isolada sobre o tema, mas uma interpretação conjunta do sistema, e, analisando as normas jurídicas que a matéria das diretivas antecipadas de vontade envolve, defende-se a sua compatibilidade com o sistema jurídico.

O princípio da dignidade humana exprime valor para toda ordem jurídica, sendo base estruturante do Estado Democrático de Direito, de forma que possui influência, inclusive, sobre o direito à vida. Portanto, o direito à vida é, também, o direito à vida digna.

É certo que a vida engloba também a etapa final. Dessa forma, entendendo que a vida compreende também a morte, esse momento final não poderia ocorrer com a inobservância dos princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade humana e da humanidade.

Impor o sofrimento ao enfermo, com o início ou a continuidade de tratamentos desproporcionais, que em nada trazem benefícios ao doente, é desrespeitar a Constituição brasileira.

Não é compatível com o ordenamento brasileiro as diretivas antecipadas de vontade que disponham sobre a antecipação da morte, caso em que há clara vedação pelo Direito Penal.

O direito a uma morte digna é uma extensão da cláusula geral da dignidade humana, na medida em que a dignidade deve ser preservada do início ao fim da vida, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser observado também no momento e no processo de morte.

Reconhece-se no Direito brasileiro, tão somente, a existência de um direito à morte digna, como uma decorrência direta do direito à vida digna e da dignidade humana, sendo admitida a prática da ortotanásia, visto que se trata de morte no tempo correto, sem qualquer antecipação da morte ou prorrogação do processo de morrer, de forma que as diretivas antecipadas de vontade que tratarem do tema merecem ser cumpridas, devido à matéria lícita que tratam.

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>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

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

ALMEIDA, Carolina Hespanha. *Investigação científica em seres humanos: a experiência de voluntaries nos ensaios clínicos de uma nova vacina*. 2009. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ALMEIDA, José Luiz Telles de. Da moral paternalista ao modelo de respeito à autonomia do paciente: os desafios para o ensino da ética médica. *Revista Brasileira de Educação Médica*. Disponível em: <<http://twingo.ucb.br:8080/jspui/bitstream/10869/578/1/Da%20Moral%20Paternalista%20ao%20Modelo%20de%20Respeito%20%C3%A0%20autonomia%20do%20paciente....pdf>> Acesso em 03 jun. 2016.

AMORIM, Leticia Drumond Calmon. *O Conceito de Morte e a Síndrome de Asperger*. 2008. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade de São Paulo.

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.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Neoeugenia e reprodução artificial: limites éticos e jurídicos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 56.

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 hospitais 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.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999.

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>. Acesso em: 26 Dez. 2014.

BRASIL. *Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 fev. 2016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 9 jun. 2016.

_____. *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 > Acesso em 1 mai. 2016.

_____. *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> Acesso em 9 jun. 2016.

_____. *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. 2016.

_____. *Projeto de Lei N. 236, de 2012 (do Senado Federal)*. Reforma do código penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>> Acesso em 04 jun. 2016. Brasília, DF: Senado, 1988.

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.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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

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

CANTALEJO, Inés Maria Barrio; LORDA, Pablo Simón; GUTIÉRREZ, Javier Júdez. *De las voluntades anticipadas o instrucciones previas a la planificación anticipada de las decisiones*. Disponível em: < <http://www.nureinvestigacion.es/OJS/index.php/nure/article/view/154>> Acesso em 03 jun. 2016.

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

CHIPANI, Sandro. Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 491-506, Dec. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000200013&lng=en&nrm=iso>. acesso em 09 Fev. 2016.

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>> Acesso em: 11 de set. de 2015.

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

_____. *Parecer nº 39 de 2011*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2011/39_2011.htm> acesso 15 dez. 2015.

_____. *Resolução 1.480 de 1997, que dispões sobre a caracterização da morte encefálica*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm> Acesso em 21 fev. 2016.

_____. *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> acesso 29 fev. 2016.

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.

CRUZ, Manuel Jorge Santos da Silva. *O conceito de morte cerebral numa perspectiva ética*. Dissertação (Mestrado em Bioética e Ética Médica). Universidade do Porto, 2003.

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.

_____. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista bioética do Conselho Federal de Medicina*. V. 21, n. 3, 2013, p.463-476. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855> Acesso em 09 fev. 2016.

_____. 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.

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

DANTAS FILHO, Venâncio Pereira et al . Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica. *Arq. Neuro-Psiquiatr.*, São Paulo , v. 54, n. 4, p. 705-710, Dec. 1996. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1996000400025&lng=en&nrm=iso>. acesso em 15 Dez. 2015.

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>> Acesso em 25 abr. 2016

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.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPANHA. Real Decreto nº124/2007. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-3160> Acesso em 9 de fev. 2016.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas*. 1994. 80 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade federal de Santa Catarina, Santa Catarina.

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>> Acesso em: 23 de dezembro de 2014.

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>> Acesso em 1 mai. 2016.

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

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

GUTIERREZ, Pilar L.. O que é o paciente terminal?. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 47, n.2, p.92, jun. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 Dez. 2015.

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>> Acesso em 13 dez. 2015.

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)> Acesso em 15 dez. 2015.

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.

MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 31, ano 10, 2009.

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, 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 Dez. 2014.

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.

MENEZES, Rachel Aisengart; VENTURA, Miriam. Ortotanásia, sofrimento e dignidade: entre valores morais, medicina e direito. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 28, n. 81, Feb. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092013000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 Dez. 2014.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Ainda sobre biotecnologia e direito penal. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n.8, jan/dez, 2000.

_____. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito penal e biotecnologia*, p. 161. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em 16 jul. 2014.

_____. 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, 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.

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>> Acesso em 23 fev. 2016.

PESSINI, Leo. A medicina atual: entre o dilema de curar e cuidar. In: TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. *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.

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

PESSOA, Laura Scaldaferrri. *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>> Acesso em: 15 dez. 2015.

PONTES, Valdemir. *Reflexiones sobre derecho latino-americano: estudos em homenagem a la professora Flavia Piovesan*. Buenos Aires: Quorum, 2012.

PORTUGAL. Lei que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV), *lei nº 25/2012*. Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>> Acesso em 09 de fev. 2016.

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.

_____. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Bahia, Salvador.

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.

ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais, direitos humanos, vol. II, 2000.

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.

SANTORO, LUCIANO DE FREITAS. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito médico-forense de morte. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 92, 1997.

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.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

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.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

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

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de sísifo? *Revista Justiça e Sistema Criminal.* v. 1, n. 1, jul./dez. 2009, Curitiba: FAE Centro Universitário, 2009.

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.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 23. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SINGER, Peter. *Is the sanctity of life ethic terminally ill?* In: KUHSE, Helga, SINGER, Peter (coord.). *Bioethics: An Anthology.* Blackwell Publishers, London, 1999.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciênc. saúde coletiva,* Rio de Janeiro , v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 Dez. 2015.

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.

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.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil.* Rio de Janeiro, Vol. 39, 2009.

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 Jan. 2016.

VILLAS BÔAS, Maria Elisa. Um direito fundamental à ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 239-268.

_____. *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 nov. 2015.

_____. *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>>. Acesso em 2 de janeiro de 2015.

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