



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINA BARBOSA DE CASTRO

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: OS LIMITES DA
DECISÃO DO PACIENTE FACE A ATUAÇÃO DO
PROFISSIONAL RESPONSÁVEL**

Salvador
2020

CAROLINA BARBOSA DE CASTRO

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: OS LIMITES DA
DECISÃO DO PACIENTE FACE A ATUAÇÃO DO
PROFISSIONAL RESPONSÁVEL**

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

Orientador: Prof. Gabriel Marques

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA BARBOSA DE CASTRO

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: OS LIMITES DA DECISÃO DO PACIENTE FACE A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL RESPONSÁVEL

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, ____/____/ 2020.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, por sempre me apoiarem infinitamente e me encorajarem a seguir meus sonhos. Por serem os grandes exemplos da minha vida. Minha eterna admiração e gratidão.

Agradeço aos meus avôs, e também às minhas avós. Elas, mesmo não estando mais aqui, sempre torceram muito pelo meu sucesso.

Ao meu orientador, o professor Gabriel Marques, por toda troca de conhecimento, paciência, dedicação e suporte durante esse processo, sendo sempre uma inspiração como pessoa e como profissional para mim.

Aos demais professores e funcionários da Faculdade Baiana de Direito, pelos cinco anos incríveis que me proporcionaram.

A todos os meus amigos, alguns bem antigos, outros mais recentes. Agradeço pela amizade, apoio e torcida.

A Amanda, Ana Clara, Beatriz, Fernanda e Luísa, de forma mais específica. Obrigada por se fazerem presentes em todos os momentos e por serem parte tão grande da minha vida.

Agradeço a Anthony, por me incentivar e acreditar em mim, até quando nem eu mesma acreditava. Por estar sempre ao meu lado, mesmo de tão longe.

A Gabriel, Renata e Marcos, por tornarem meus dias de estágio mais divertidos, me proporcionarem uma rotina leve e prazerosa. Obrigada por todos os ensinamentos, jurídicos e pessoais.

A todas as minhas amigas de curso, especialmente Beatriz, Flávia e Juliana. Agradeço pelas risadas, lágrimas, cadernos trocados, conversas, trabalhos em grupo e todo o apoio incondicional. Obrigada por terem sido parte essencial dessa grande jornada!

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal identificar os limites das decisões do paciente, por meio das diretivas antecipadas de vontade, em relação a tratamento médico futuro e estabelecer como deve se dar a atuação do profissional responsável neste cenário. Inicialmente, procura-se analisar os direitos fundamentais à vida e à morte digna, de modo a verificar sua aplicação no campo da escolha do paciente. Ademais, busca-se examinar a Bioética e seus princípios norteadores, além dos institutos da eutanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia. Restará necessário, para análise mais aprofundada do tema, conceituar a autonomia e estabelecer a sua incidência no âmbito da relação médico-paciente. Pretende-se analisar a Resolução nº. 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina e a regulamentação das diretivas antecipadas de vontade no Brasil. Outrossim, intenta-se esclarecer conceitos médicos relevantes, como morte encefálica, coma, estado vegetativo persistente e paciente terminal. Torna-se imprescindível examinar as limitações da recusa terapêutica que resulte na prática da ortotanásia, de modo a se delinear quais casos clínicos a autorizam. Propõe-se, também, a dispor sobre o modelo da alteridade e autonomia conjunta no âmbito da relação entre o profissional de saúde e o paciente. Este trabalho buscará explicar a confusão legislativa em torno da matéria e analisar os projetos de lei que visam regulamentar o tema de forma específica. Por fim, essa monografia dedica-se a esmiuçar os critérios e requisitos necessários para que o paciente possa exercer sua autonomia por meio do instituto das diretivas antecipadas de vontade, além de delimitar como deve se dar a atuação do médico responsável frente a uma nova era da Bioética.

Palavras-chave: diretivas antecipadas de vontade; morte digna; ortotanásia; autonomia; recusa terapêutica.

ABSTRACT

The present paper seeks to identify the limits of the patient's decisions, through advance directives, in relation to future medical treatment and to establish how health-care professionals should act in these given scenarios. Initially, it aims to analyze the fundamental rights to life and to a dignified death, in order to verify their application in the scope of a patient's(s) choice. Furthermore, it seeks to examine Bioethics and its guiding principles, in addition to the institutes of euthanasia, dysthanasia, assisted suicide, and orthothanasia. It longing be important, for a more in-depth analysis of the theme, to conceptualize autonomy and establish its incidence within the scope of the doctor-patient relationship. It is also necessary to analyze Resolution no. 1.995/12 of the Brazilian Federal Council of Medicine and the regulation of advance directives in Brazil. Furthermore, it is intended to clarify relevant medical concepts, such as brain death, coma, persistent vegetative state, and terminally ill patients. It is essential to examine the limitations of treatment refusal that results in the practice of orthothanasia, in order to outline which clinical cases authorize it. This paper proposes to dispose of the alterity and joint autonomy model within the scope of the relationship between the health-care professional and the patient. Additionally, this paper seeks to explain the legislative confusion surrounding the matter and analyze the bills that aim to regulate the theme in a specific way. Finally, the present paper has the purpose of examining the criteria and requirements necessary for the patient to be able to exercise his or her autonomy through the institute of advance directives, in addition to defining how the doctor should act in this new era of Bioethics.

Keywords: advance directives; dignified death; orthothanasia; autonomy; treatment refusal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal da República
MPF	Ministério Público Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
Min.	Ministro
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CFM	Conselho Federal de Medicina
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À MORTE DIGNA	16
2.1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.1.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	19
2.1.2 Direitos humanos e incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro	22
2.2 DO DIREITO À VIDA	27
2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À MORTE DIGNA	29
3 DA FINITUDE DA VIDA HUMANA	34
3.1 BIOÉTICA E FINAL DE VIDA	35
3.1.1 Breve histórico da Bioética	35
3.1.2 Princípios bioéticos que regulam o final da vida	37
3.2 DO DIAGNÓSTICO DA MORTE	41
3.3 COMA E ESTADO VEGETATIVO PERSISTENTE	42
3.4 MEDIDAS TERAPÊUTICAS EXTRAORDINÁRIAS PARA A MANUTENÇÃO DA VIDA	44
3.5 DA EUTANÁSIA E SUA CRIMINALIZAÇÃO	46
3.6 DA DISTANÁSIA	48
3.7 DO SUICÍDIO ASSISTIDO	49
3.8 DA ORTOTANÁSIA E A RESOLUÇÃO Nº. 1.805 DE 2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	49
4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	52
4.1 AUTONOMIA DO PACIENTE	53
4.1.1 Princípio da autonomia no ordenamento jurídico brasileiro	53
4.1.2 Autonomia aplicada ao âmbito das relações médico-paciente	56
4.1.2.1 Do consentimento informado	58
4.1.2.2 Da capacidade para consentir	61
4.2 ORIGEM DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E ESPÉCIES	65
4.3 DA RESOLUÇÃO Nº. 1.995 DE 2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	67

4.3.1 Do Conselho Federal de Medicina	68
4.3.1.1 Competências	68
4.3.1.2 Do Novo Código de Ética Médica	69
4.3.2 Da constitucionalidade da Resolução nº. 1.995 de 2012 e da Ação Civil Pública nº. 0001039-86.2013.4.01.3500	71
4.3.3 Da regulamentação atual das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro	72
5. LIMITES DA DECISÃO DO PACIENTE FACE A ATUAÇÃO MÉDICA	74
5.1 O PACIENTE TERMINAL	76
5.1.1 Pacientes de mau prognóstico e qualidade de vida	77
5.1.2 Recusa terapêutica	79
5.1.3 Manutenção dos cuidados paliativos	87
5.2 CONFLITO ENTRE DECISÃO DO PACIENTE E DA FAMÍLIA	88
5.3 ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL RESPONSÁVEL E OS LIMITES DA DECISÃO PELA ORTOTANÁSIA	90
5.3.1 Tratamentos médicos fúteis	91
5.3.2 A alteridade e autonomia conjunta	92
5.3.3 Limites da decisão do paciente	95
6 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº. 1.995, responsável por inserir as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, face a uma omissão legislativa em relação à matéria. As diretivas antecipadas de vontade foram definidas como um conjunto de desejos manifestados pelo paciente, de forma prévia e expressa, sobre como deve se dar, ou não, seu tratamento médico em um momento em que já não possa mais expressar, de maneira livre e autônoma, a sua vontade. A resolução surgiu com o objetivo de facilitar a solução de conflitos éticos envolvendo a delicada situação do final da vida em pacientes com patologias em estados avançados, trazendo como pressuposto o princípio da autonomia na manifestação de vontade do enfermo.

A questão da finitude da vida humana sempre se apresentou como um assunto polêmico na sociedade. A morte é um fenômeno que desperta fortes sentimentos nas pessoas, tais como medo e angústia. A vida e a morte são matérias discutidas em todos os ramos sociais, especialmente no Direito. No Brasil, o direito à vida é um direito fundamental expressamente previsto pela Constituição Federal de 1988, um dos mais essenciais e que forma a base de todo o ordenamento jurídico. A grande problematização paira na questão de quando esse direito pode ser relativizado em prol de outros direitos fundamentais e humanos, tais como o da morte digna e o próprio princípio da dignidade humana.

A evolução tecnológica do século XX trouxe incontáveis avanços para o campo da medicina, fazendo com que diversas enfermidades que, até então, eram consideradas como uma “pena de morte”, pudessem ser curadas. Além da cura para várias patologias, as novas tecnologias possibilitaram que certas doenças fossem controladas, de modo a permitir que os enfermos vivessem por um bom tempo acometidos por elas.

Acontece que, na busca pela manutenção da vida dos pacientes, profissionais de saúde acabaram por ultrapassar determinados limites, de modo a postergar, ao máximo, a morte de enfermos incuráveis. É nesse cenário que pacientes passaram a ser submetidos a tratamentos e procedimentos médicos que não tinham o poder de

proporcionar-lhes um bem significativo, mas apenas de aumentar artificialmente a sua sobrevida.

Percebe-se que, na atualidade, até mais do que a própria morte, o sofrimento físico e emocional, causados pelo acometimento de patologia, aterroriza o imaginário da população. Nesse sentido, doenças crônicas ou degenerativas que diminuam significativamente a qualidade de vida da pessoa são tão temidas que a morte deixa de ser o inimigo a ser combatido a qualquer custo. A ideia de passar os dias finais em uma cama, ligado a diversos aparelhos, necessitando de ajuda para atividades básicas, não representa, na maioria das vezes, uma concepção de vida digna para o indivíduo.

Sabe-se que, no Brasil, medidas como a eutanásia e o suicídio assistido, destinadas a antecipar a morte de pacientes, a fim de se evitar maior dor e sofrimento, são criminalizadas. A eutanásia, mesmo não possuindo tipo penal específico, é enquadrada como homicídio privilegiado pelo ordenamento jurídico, disposto no art. 121, §1^o do Código Penal. O suicídio assistido também não tem tipo penal específico, sendo enquadrado no art. 122² do Código Penal, que tipifica o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação.

Infere-se que a vida consiste em um direito inviolável, excetuando-se situações específicas, mas a grande polêmica paira na questão da sua (in)disponibilidade. A própria comunidade médica repudia condutas distanásicas, praticadas através da administração de tratamentos médicos fúteis, com o único escopo de prolongar o processo de morte do paciente, já que não há mais procedimento médico que possa trazer-lhe a cura ou proporcionar-lhe melhora efetiva.

¹ Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

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

² Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)

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

[...]

É nesse âmbito que se discute sobre os limites da recusa terapêutica. Questiona-se se o paciente, utilizando-se de sua autonomia, pode recusar tratamento, recusa essa que possa causar-lhe a morte. Ressalte-se que aqui não há referência alguma aos institutos da eutanásia e do suicídio assistido que, apesar de possuir muitos defensores, no sentido de simbolizar uma “boa morte”, não são lícitos no ordenamento jurídico brasileiro. A discussão, nesse caso, se dá em volta do instituto da ortotanásia, que representa a morte em seu momento certo.

A Resolução nº. 1.805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina, que disciplinou o instituto da ortotanásia, representou uma evolução à concretização do direito à morte digna. O CFM determinou que o médico pode limitar ou suspender tratamentos que prolonguem a vida do paciente em estado terminal de patologias incuráveis, devendo prestar-lhe cuidados paliativos para o final da vida, respeitando a vontade do enfermo ou de seu representante legal.

Um problema que surgiu dessa resolução foi que ela não resolveu a questão da dificuldade do paciente de expressar sua própria vontade, já que este, muitas vezes, não possuía condições de fazê-lo quando se encontrava em estado avançado da doença. Em grande parte das vezes, a família do enfermo tomava a decisão de continuar o tratamento ou de suspendê-lo, nem sempre em concordância com os desejos do próprio indivíduo. As diretivas antecipadas de vontade foram implementadas com o objetivo de solucionar esse problema. A partir de sua regulamentação ética, o sujeito passou a ter o direito de expressar suas vontades em relação ao seu tratamento futuro em um momento prévio ao estado avançado da doença, ficando os médicos sujeitos a essa decisão, mesmo que contrária ao desejo dos familiares.

Uma grande controvérsia em relação a essa legitimação da realização da ortotanásia, tendo sido esta a vontade previamente expressa pelo próprio paciente, surgiu no que diz respeito a quais seriam os limites da decisão deste. A ortotanásia, de acordo com a resolução do Conselho Federal de Medicina, pode ser realizada em situações em que o doente esteja em fase terminal de enfermidade grave e incurável. Para que os requisitos para a realização desse instituto sejam preenchidos, é necessária uma clara definição do que seria terminalidade, que remete, no campo da medicina, à iminência de uma morte certa. No entanto, a medicina não é uma ciência exata, e não é possível,

em todos os casos, uma previsão certa da morte e do tempo de vida restante do paciente.

Ademais, discute-se se outros quadros clínicos, em que não há a iminência da morte, mas há uma enfermidade incurável cumulada com sofrimento e diminuição substancial da qualidade de vida do indivíduo, poderiam integrar o rol de situações em que se autorizaria a suspensão de tratamento médico.

A grande problemática, aqui, se dá pela falta de legislação específica que regulamente a matéria. Apesar de tanto a ortotanásia quanto as diretivas antecipadas de vontade representarem condutas lícitas no ordenamento jurídico brasileiro, a visualização do alcance e das limitações de tais institutos são extremamente difíceis na prática.

Diante do exposto, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: quais são os limites da decisão do paciente, por meio das diretivas antecipadas de vontade, em relação à realização de tratamento ou abstenção de intervenção médica e como deve se configurar a atuação do profissional responsável frente à decisão do enfermo?

A fim de solucionar o problema apresentado, esta monografia buscará definir o instituto das diretivas antecipadas de vontade e suas limitações frente à sua atual regulamentação. Ademais, o trabalho buscará analisar como deve se configurar a atuação médica na conjuntura da autonomia do paciente, levando em consideração cada caso específico, a legislação brasileira e o Código de Ética Médica.

Faz-se necessário, para tanto, uma análise da incidência de direitos fundamentais e humanos no campo da medicina, em matéria de final de vida. Além disso, o presente trabalho vai diferenciar os institutos da eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido, demonstrando como são tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, objetiva-se explicar a autonomia privada e explanar a sua relação com as diretivas antecipadas de vontade. Para uma melhor compreensão do instituto tratado, o trabalho vai elucidar os conceitos médicos relevantes de morte, coma, estado vegetativo e terminalidade.

Ainda, pretende-se analisar a Resolução nº. 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina e a instituição das diretivas antecipadas de vontade no Brasil. A monografia buscará esmiuçar os critérios e requisitos necessários para que o paciente possa

exercer sua autonomia por meio do instituto em foco, além de delimitar como deve se dar a atuação do médico responsável frente a uma nova era da Bioética.

Para a realização do trabalho será utilizado o método hipotético-dedutivo de Karl Popper. Esse método consiste no processo de falseamento das hipóteses levantadas, a fim de confirmá-las ou negá-las. As hipóteses serão submetidas a diversos testes, como análise da legislação, doutrina e jurisprudência, para que, ao final, sejam trazidas possíveis soluções para as questões levantadas.

Na construção da monografia, será utilizada a pesquisa qualitativa. Nela, incluem-se: a pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de materiais publicados, como livros, artigos, internet, entre outros; e a pesquisa documental, elaborada a partir da análise de legislação e jurisprudência.

Destarte, os recursos utilizados nas pesquisas serão as legislações, doutrina, jurisprudência, artigos, monografias ou outros documentos científicos que tragam informações acerca do tema em discussão. Vale salientar que não serão realizadas pesquisas de campos, posto que o embasamento teórico se mostra suficiente para a produção do trabalho.

A relevância jurídica desse tema paira na omissão legislativa em relação à matéria. As diretivas antecipadas de vontade não possuem regulamentação legal específica, tendo sido inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº. 1.995 de 2012. Apesar de já ter tido sua constitucionalidade atestada pelo STF, a resolução ainda deixou muitas questões em aberto. Como não há previsão legislativa própria ao tema, o instituto gerou muitas dúvidas e polêmicas, especialmente no que diz respeito a quais seriam os limites da decisão do paciente e da atuação do profissional responsável.

A justificativa social consiste em uma tentativa de se buscar uma solução para um problema vivido na sociedade brasileira atual, a fim de que se consiga concretizar, efetivamente, o direito a uma morte digna. As diretivas antecipadas de vontade representaram um grande avanço à autonomia do paciente e ao seu direito de decidir sobre a própria morte. É de extrema importância provocar discussões acerca dos limites da decisão desse paciente em relação à sua enfermidade, para que tenha o direito de escolher como deseja receber seu tratamento médico na delicada situação do final da vida.

De modo a se analisar o problema de pesquisa, dividiu-se a presente monografia em seis capítulos, sendo quatro deles pertencentes ao desenvolvimento do tema.

O capítulo inicial do desenvolvimento foi voltado ao estudo dos direitos fundamentais à vida e à morte digna, perpassando pelo princípio da dignidade humana, pelo entendimento de que estes representam a base teórica de toda a discussão. Já o segundo capítulo do desenvolvimento se destinou a tratar da Bioética no âmbito do final da vida, trazendo seus princípios e explicando os institutos da eutanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia.

No terceiro capítulo, apresentou-se o instituto das diretivas antecipadas de vontade, de forma a explicar suas espécies, controvérsias jurídicas e sua regulamentação atual no Brasil. Por fim, o quarto e último capítulo do desenvolvimento teve o escopo de resolver o problema de pesquisa apresentado, de modo a delinear quais devem ser os alcances e limitações da decisão do paciente. Aqui, tratou-se também da terminalidade do paciente, possibilidades de recusa terapêutica e do modelo ideal de atuação no âmbito da relação médico-paciente.

Pelo exposto, espera-se que este trabalho demonstre que os limites da decisão do paciente pela recusa terapêutica que comine na realização da ortotanásia, através das diretivas antecipadas de vontade, devem se estender para outros casos clínicos de patologias graves e incuráveis, de forma que não se restrinja à terminalidade do paciente. Ademais, espera-se demonstrar que o modelo da alteridade e autonomia conjunta se mostra como ideal para a atuação do profissional responsável frente às tomadas de decisões do enfermo.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À MORTE DIGNA

Não há como tratar do tema em questão de forma dissociada de direitos e garantias fundamentais. Sabe-se que estes formam a base do ordenamento, devendo as demais normas, tanto jurídicas quanto éticas, estar de acordo com tais direitos. Quando a discussão gira em torno da vida e da morte, especialmente no que diz respeito a indivíduos em estado de vulnerabilidade, faz-se imprescindível uma análise mais aprofundada destas garantias, de modo a se chegar a uma conclusão que respeite a dignidade das pessoas envolvidas.

Os direitos fundamentais representam as garantias e liberdades, individuais e coletivas, necessárias para a manutenção de uma sociedade em um Estado democrático de direito. Estes são responsáveis por delimitar as áreas em que o Estado deve se abster de intervir e definir onde deve haver uma atuação estatal para a consagração de garantias (CARVELLI; SCHOLL, 2011, p. 168).

Tais direitos asseguram aos cidadãos o poder de gerência da própria vida, além de conceder-lhes as possibilidades para uma participação ativa na vida política da comunidade. Desse modo, percebe-se que existe uma ligação direta entre os direitos fundamentais e o ideal de liberdade democrática, de forma que o rompimento de tal ligação levaria ao abandono da ideia de Estado constitucional de direito (CARVELLI; SCHOLL, 2011, p. 168).

Como ensina George Marmelstein (2016, p. 168), os direitos fundamentais representam valores básicos para uma vida digna, tendo em seu aspecto material um forte conteúdo ético e moral. No ordenamento jurídico brasileiro, por força do art. 5º, §1º³ da Constituição Federal de 1988, possuem aplicação imediata, sendo diretamente vinculantes e plenamente exigíveis. Ademais, têm hierarquia constitucional, de modo que podem afastar normas jurídicas que os violem, por inconstitucionalidade.

O direito à vida e a dignidade da pessoa humana são considerados direitos fundamentais do homem, princípios que permeiam todo o ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se dizer que existe uma conexão entre tais garantias: todo indivíduo

³ [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

possui direito à vida, e essa vida deve ser digna, que é onde entra a dignidade humana. Uma questão um pouco mais polêmica, que permeia a sociedade desde os tempos mais primários, diz respeito à morte. O direito à morte digna se encaixa em tal equação como uma forma de concretização da própria dignidade humana no momento final da vida.

2.1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel Sarmiento (2016, p. 25) explica que os princípios jurídicos são moldados ao longo dos tempos, ou seja, eles são criados e modificados frente a fatores sociais, políticos, culturais e econômicos. Desse modo, eles nascem de uma necessidade de consagrar determinado valor moral no direito, e se transformam e evoluem de acordo com as mudanças que ocorrem na sociedade.

Como disposto por George Marmelstein (2016, p. 31-32), muitos juristas consideram que a Magna Carta de João Sem-Terra foi o marco inicial da origem dos direitos fundamentais. Tal documento, de 1215, foi responsável por positivizar determinadas cláusulas de liberdade, como o princípio da legalidade e da irretroatividade das leis, por exemplo, que hoje são direitos fundamentais.

Em relação a isso, Virgílio Afonso (2005, p. 543-544) entende que, apesar de conter direitos como a liberdade e a igualdade, a Magna Carta de 1215, assim como o *Petition of Rights* de 1629 e o *Bill of Rights* de 1689, era uma declaração que visava garantir privilégios de determinada classe social. Não se pode negar que já existiam, na Inglaterra, ideais sobre a consagração de direitos do homem. No entanto, a promulgação de uma verdadeira declaração de direitos só viria a ocorrer nos Estados Unidos, em 1776, através da Declaração de Direitos da Virgínia, e na França, em 1789, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Dicesar Beches (2016, p. 76-77) dispõe que os documentos citados anteriormente, tanto a declaração americana quanto a francesa, positivaram direitos fundamentais de liberdades individuais, tais como a liberdade de expressão, de manifestação, de locomoção e liberdades políticas e civis. A partir daí, começaram a surgir, na sociedade, outros tipos de direitos fundamentais.

Além dos direitos fundamentais clássicos, que tinham como objetivo proteger o indivíduo de eventuais abusos por parte do poder público, surgiram os direitos fundamentais sociais, que necessitavam de uma atuação positiva do Estado para serem garantidos (BECHES, 2016, p. 76-77).

Neste sentido, Norberto Bobbio (2004, p. 33-36) afirma que existem gerações de direitos fundamentais, que também podem ser chamadas de dimensões. A primeira geração, como dito anteriormente, representa as liberdades individuais, limitando o poder do Estado. A segunda geração é a dos direitos sociais, culturais e econômicos que, como já explanado, pressupõem uma ampliação dos poderes estatais, necessitando de ações por parte do poder público para concretizar garantias como o direito à saúde, educação e moradia.

Eliana Calmon (2001, p. 14) relata que os direitos fundamentais de terceira geração surgem com o aparecimento de entes e instituições não governamentais, as ONG's, que lutam pelos interesses coletivos. Assim, a terceira geração representa os direitos fundamentais coletivos ou difusos, que encontram dificuldades em obter tutela do Estado, pelo problema da falta de representação política adequada. Tais reivindicações sociais passaram a ter forte influência no cenário internacional. Um exemplo de direito fundamental de terceira geração seria o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Existe certa controvérsia em relação à quarta geração de direitos fundamentais. Alguns autores entendem que esta é mais voltada para questões tecnológicas e de saúde, como a Bioética e a proteção contra eventuais perigos da bioengenharia e biogenética. Desse modo, o ser humano ocupa espaço central em relação às novas tecnologias, devendo ser salvaguardado de determinados abusos que possam vir a ocorrer em nome da evolução e do progresso (BUDEL, 2017, p. 13).

Esse entendimento não é pacífico na doutrina, entretanto, já que alguns autores alegam que os direitos fundamentais de quarta geração são aqueles resultantes da globalização, como o direito à democracia, informação e pluralismo (ZOUENIN, 2019, p. 2).

Paulo Bonavides (2008, p. 92) defende, ainda, a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais. O direito fundamental de quinta dimensão seria, assim, o direito à paz. O autor defende que a paz representa a vivência pacífica entre todos os

povos, culturas e sociedades, e deve ter caráter universal. Cometerá crime contra a humanidade, portanto, quem violar esse direito fundamental à paz.

Pelo exposto, percebe-se que os direitos fundamentais estão em constante processo de evolução e crescimento, sendo vedado o retrocesso. A classificação que é feita, separando tais direitos em gerações ou dimensões, tem o objetivo de demonstrar a evolução dessas garantias junto com o progresso humano, caminhando sempre ao lado das mudanças histórico-sociais e das novas perspectivas de dignidade (BUDEL, 2017, p.16).

Com relação à história dos direitos fundamentais no Brasil, percebe-se que houve uma evolução constitucional no país desde o final da ditadura militar. O destaque à teoria desses direitos veio junto com a Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã (MARMELSTEIN, 2016, p. 13).

Desde então, diversas questões de extrema relevância social, relacionadas aos direitos fundamentais e polêmicas envolvendo a Bioética vêm sendo discutidas em âmbito judicial. Matérias relativas ao aborto de fetos anencéfalos e pesquisa com células-tronco embrionárias são exemplos de demandas que foram levadas para apreciação do Supremo Tribunal Federal (MARMELSTEIN, 2016, p. 13).

2.1.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

George Marmelstein (2016, p. 63-64) explica que a Constituição Federal de 1988 representa uma ruptura com a ordem jurídica passada e um compromisso com o futuro. A Constituição buscou “sepultar” o caráter autoritário ditatorial e trazer para os brasileiros uma democracia tardia.

Sobre as prévias Constituições brasileiras, Dirley da Cunha Júnior (2016, p. 122) afirma que as Constituições de 1824 e de 1891 possuíam um caráter mais liberal, enquanto as de 1934, 1946, 1967 e a atual, de 1988, são consideradas Constituições sociais. O caráter social da Constituição Federal de 1988 pode ser identificado já nos primeiros artigos do documento.

Como fundamentos da república, a referida Constituição traz, entre outros, a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana” e, como objetivos fundamentais,

“construir uma sociedade livre, justa e igualitária”, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, entre outros (CUNHA, 2016, p. 122).

Uma das grandes inovações que a CF/88 trouxe para a sociedade brasileira foi a ampliação do catálogo de direitos fundamentais. Além de elencar extenso rol, no seu art. 5º, foi adotada cláusula de abertura, no §2º⁴ do referido artigo. Dessa forma, entende-se que tal rol não exclui outros direitos fundamentais derivados de princípios ou aqueles decorrentes de tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário (CUNHA, 2016, p. 551-552).

Além disso, importa salientar que o art. 60, §4º, IV⁵ da Constituição consagra os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas. Tiago Cappi (2020, p. 8) reconhece que houve certa controvérsia em relação à redação literal do texto, que consagra como cláusulas pétreas os “direitos e garantias individuais”. O autor explica que, primeiramente, é importante entender que os direitos ali referidos não são apenas os elencados no art. 5º, que integra o Capítulo denominado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Como a própria Constituição, no §2º do art. 5º, admite outros direitos e garantias não expressos, inclusive aqueles decorrentes de tratados internacionais dos quais o país é signatário, entende-se que nenhum desses pode ser abolido, nem por meio de Emenda Constitucional.

Acontece que a controvérsia foi maior que isso, já que surgiu a dúvida de se os direitos e garantias individuais aos quais o texto se refere devem ter interpretação restrita, ou se o constituinte quis incluir todos os direitos fundamentais como cláusulas pétreas. Nesse sentido, prevaleceu o entendimento que a interpretação do art. 60, §4º, IV deve ser feita de forma ampla, abrangendo todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos e garantias individuais, espécie daqueles (CAPPI, 2020, p. 12).

Não faria sentido haver a permissão para abolição de direitos sociais, coletivos, políticos ou outros, pois isso representaria a destruição da própria identidade do

⁴ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

sistema constitucional. Portanto, percebe-se que a redação literal do texto do artigo em questão trata-se de uma atecnia linguística, devendo ser feita uma interpretação mais ampla para a abrangência de todos os direitos fundamentais do cidadão (CAPPI, 2020, p. 12).

Daniel Sarmento (2016, p. 59) faz uma reflexão sobre o problema da concretização dos direitos fundamentais, devido à desigualdade presente no Estado brasileiro. Não se pode negar que a Constituição de 1988 foi responsável por diversos avanços nessa área, especialmente no que diz respeito à importância da dignidade humana. Contudo a afirmação da dignidade da pessoa humana no Brasil enfrenta diversos problemas, sobretudo no que diz respeito aos traços fortemente hierárquicos da sociedade, se manifestando nas desigualdades existentes na população para o acesso aos seus direitos.

Tal desigualdade não está apenas relacionada à questão da concentração de renda, trata-se de uma desigualdade multidimensional. Ela se manifesta em diversos planos, por exemplo, na dificuldade de acesso a serviços públicos, como saúde e educação, no desrespeito às diferenças identitárias, e diversas outras situações. É fato que essa desigualdade possui forte componente econômico, porém atinge, além de pessoas de baixa renda, outros vulneráveis, tais como negros, mulheres, comunidade LGBTQ+, pessoas com deficiência, indígenas e outros grupos conhecidos como “minorias”. A concretização dos direitos fundamentais, para esses grupos, enfrenta problemas de difícil solução (SARMENTO, 2016, p. 59).

Por outro lado, afirma George Marmelstein (2016, p. 65-69) que tal descompasso entre o disposto na Constituição brasileira e a realidade social deve ser estímulo para uma maior luta pela concretização dos direitos e garantias ali estabelecidos. Embora as desigualdades sejam palpáveis, deve-se reconhecer a grande evolução em matéria de direitos fundamentais desde que a Constituição Federal de 1988 passou a vigorar.

Foram previstos vários instrumentos jurídicos para que a população possa se proteger do abuso do poder, tanto em seara individual quanto coletiva. Podem ser citados, como exemplos, o *habeas corpus*, mandado de segurança, ação civil pública, arguição de descumprimento a preceito fundamental, etc. Além disso, qualquer violação a direitos fundamentais pode ser discutida nas tradicionais vias ordinárias do Poder Judiciário, pelo princípio do acesso à Justiça (MARMELSTEIN, 2016, P. 65-69).

Apesar de todos os problemas ainda existentes, são nítidas as mudanças que vêm ocorrendo no país desde a promulgação da Constituição de 1988. O direito brasileiro, que sempre teve caráter conservador e legalista, vem se tornando mais comprometido com os direitos e garantias fundamentais e com os princípios que regem todo o ordenamento jurídico (MARMEELSTEIN, 2016, p. 67).

2.1.2 Direitos humanos e incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro

Flávia Piovesan (2006, p. 6) dispõe que os direitos humanos possuem uma pluralidade de concepções e significados, tendo tido diversos fundamentos ao longo da história. Tratando da concepção contemporânea de direitos humanos, portanto, entende-se que esta foi introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948. A partir desse marco, direitos e garantias fundamentais passaram a ocupar um espaço central na esfera do direito internacional.

Dalmo Dallari (2016, p. 210) explica que a segunda guerra mundial foi o principal motivo que fez com que os Estados percebessem a necessidade de consagrar direitos e garantias do ser humano em âmbito internacional. Com o fim da guerra, foi aprovada a Carta das Nações Unidas, da ONU, em 26 de junho de 1945, buscando uma união de países com o objetivo de se criar uma base jurídica para ação conjunta destes. A Declaração Universal de Direitos Humanos foi um documento elaborado pela ONU, sancionado em 10 de dezembro de 1948, consagrando direitos humanos essenciais para uma vida digna de todos os povos, em uma busca pela paz mundial e justiça social.

Como relatado por Flávia Piovesan (2006, p. 7-8), a Declaração Universal de Direitos Humanos, como marco do surgimento da concepção contemporânea dos direitos humanos, introduziu a universalidade e indivisibilidade de tais direitos. A universalidade se faz presente pelo fato de que os direitos estabelecidos em tal declaração têm como titulares todo e qualquer ser humano. Já a indivisibilidade é relativa à questão de que as garantias positivadas possuem uma unicidade, sendo os direitos e liberdades individuais dependentes dos direitos sociais, e vice-versa. Desse

modo, entende-se que os direitos humanos representam uma unidade indivisível e de titularidade universal.

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos começa a ganhar força a partir desse ponto. A Declaração Universal de Direitos Humanos representou o surgimento de um constitucionalismo global, de modo que os direitos fundamentais, garantidos pelos ordenamentos jurídicos internos, passaram a fazer parte de uma comunidade internacional (PIOVESAN, 2006, p. 7-8).

Dalmo Dallari (2016, p. 2011) afirma que a Organização das Nações Unidas aprovou vários outros documentos contendo direitos humanos depois disso. Foram editados documentos estabelecendo direitos voltados a determinados grupos sociais, que, além de consagrar tais garantias, ainda ditava regras de como promovê-las na prática. Dentre eles, declarações de direitos voltadas para mulheres, crianças e pessoas com deficiências físicas e mentais foram aprovadas. Os Pactos de Direitos Humanos, contendo o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgados em 1966, se destacam por tamanha relevância no cenário internacional.

Flávia Piovesan (1996, p. 2-3) afirma que, além do sistema global de proteção aos direitos humanos, foram criados sistemas regionais. Desse modo, surgiram os sistemas americanos, europeus e africanos de proteção aos direitos humanos, de forma a consolidar uma convivência global com temas mais específicos de cada região. Um exemplo claro foi a formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Silvana Costa e Carlos Luiz Strapazon (2014, p. 911-912) chamam a atenção em relação à dificuldade de se inserir direitos universais em um mundo tão multicultural. Questionamentos como esse acabaram criando duas perspectivas para os direitos humanos, a universalista e a multiculturalista. Assim, percebe-se que a cultura e a diversidade vêm sendo reconhecidas como aspectos fundamentais no processo de consagração de direitos humanos, pois cada nação e povo possui sua própria identidade, que deve ser respeitada também em âmbito internacional.

De acordo com Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 139), na aplicação dos direitos humanos a casos concretos, assim como na incorporação dos mesmos às ordens jurídicas internas, se identificam essas diferenças culturais. Desse modo, cada nação,

ao incorporar tais garantias, acaba por dilatar ou restringir o conteúdo desses direitos, como, por exemplo, no caso do direito à vida. Alguns países entendem que a pena de morte, eutanásia ou aborto não ferem o direito à vida, enquanto outros ordenamentos jurídicos utilizam exatamente deste fundamento para proibir tais condutas.

A Declaração e Programação de Ação de Viena, de 1993, fruto da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em seu parágrafo 5^o, fortaleceu a ideia da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, trazendo tais características de forma expressa em seu texto. Entende-se que as particularidades e questões culturais de cada Estado devem sim ser consideradas, de forma que essas garantias serão interpretadas de acordo com as leis internas dos países. Ainda assim, é dever do Estado proteger e garantir os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente do seu sistema político, econômico e cultural (COSTA, STRAPAZZON, 2014, p. 912).

Para que se possa entender o processo de internalização de direitos e garantias internacionais, faz-se necessário abordar o tema dos tratados internacionais. O processo de globalização iniciado no século XX trouxe a urgência de se celebrar negócios jurídicos entre Estados, para que fossem realizados acordos em âmbito internacional. A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 1969, apesar de não ter sido a primeira a tratar do tema, é tida como a principal fonte do direito internacional, já que disciplinou, de forma aprofundada, as regras para a celebração e efetivação de tratados internacionais (COSTA; STRAPAZZON, 2014, p. 910).

Flávia Piovesan (1996, p. 3) explica que, no Brasil, a ratificação da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1989, pode ser considerada como marco inicial para o processo de internalização de tratados e convenções internacionais. Posteriormente, observa-se que houve a incorporação de diversos outros documentos internacionais de proteção aos direitos humanos à ordem jurídica brasileira.

⁶ 5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forme seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

O processo de democratização do Brasil e a aprovação da Constituição Federal de 1988 guardam clara relação com a participação do país em âmbito internacional, especialmente no que diz respeito à incorporação de tratados internacionais de direitos humanos. Da mesma forma, a ratificação de diversos documentos de direitos e garantias internacionais serviu de fortalecimento para a democracia do país, ampliando e reforçando o espectro de direitos fundamentais consagrados pela então recente Carta Magna (PIOVESAN, 1996, p. 3).

Observa-se, portanto, que este novo cenário internacional em que o Brasil passou a ter uma participação ativa foi de grande influência na legislação e política interna do país. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º⁷, como já exposto, expressamente dispõe que os direitos fundamentais ali listados não são taxativos, e que tratados internacionais dos quais o Estado é signatário também serão fonte de princípios e garantias fundamentais (MAZZUOLI, 2000, p. 182).

Maria Cecília Paes (2009, p. 6-10) explana que a própria Constituição Federal dispõe sobre a forma com que os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica brasileira. Trata-se de competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e qualquer ato internacional, e cabe ao Congresso Nacional aprová-los por meio de decreto legislativo. De forma mais detalhada, o processo de aprovação de tratados internacionais possui algumas etapas: negociação e assinatura realizadas pelo Presidente em âmbito internacional; envio ao Congresso Nacional para discussão e aprovação do documento; ratificação e posterior publicação do texto legal, por meio de decreto presidencial.

Antes da Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, todos os tratados internacionais ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária. A natureza dos tratados internacionais de direitos humanos era extremamente controversa no país, já que, por um lado, os documentos internacionais entravam no ordenamento como lei ordinária e, por outro, a própria Constituição dispunha que direitos e garantias celebrados em âmbito internacional poderiam ser fonte de direitos fundamentais.

⁷ [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sylvio Motta (2009, p. 2) explica que um dos objetivos da Emenda Constitucional nº. 45 foi o de tentar dar fim a esta controvérsia, acrescentando o §3^o ao art. 5º da Constituição. Desse modo, os tratados internacionais de direitos humanos, caso aprovados pelo Congresso Nacional através do mesmo processo de aprovação de emendas constitucionais, serão equivalentes a estas. Assim, os tratados internacionais em geral continuariam a ter status de lei ordinária, porém com exceção daqueles sobre direitos humanos, que deveriam ser aprovados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, para então terem status constitucional.

Acontece que a referida emenda acabou causando mais dúvidas e debates. Sylvio Motta (2009, p. 2-3) relata que surgiram polêmicas em relação a como ficariam os tratados internacionais sobre direitos humanos que foram incorporados ao ordenamento antes da Emenda Constitucional nº. 45, com status de lei ordinária. A controvérsia acabou chegando ao Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do RE 466.343/SP, referente a prisão civil do depositário infiel, acabou decidindo que esses tratados possuem valor supralegal.

Segue voto do Ministro Gilmar Mendes (2007, p. 60):

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

De todo o exposto, percebe-se como a ordem internacional, em um mundo globalizado, tem influência sobre os ordenamentos jurídicos internos. Os direitos humanos representam, dessa forma, uma maior proteção e ampliação para os direitos fundamentais já consagrados pela Constituição Federal. Tanto a vida como a dignidade humana são direitos extremamente debatidos internacionalmente,

⁸ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

merecendo especial proteção dos Estados, tanto em âmbito interno quanto na ordem internacional.

2.2 DO DIREITO À VIDA

Ronald Dworkin (2019, p. 115) tenta resgatar os motivos pelos quais o ser humano possui uma excessiva preocupação com relação à vida e um evidente desconforto com relação à morte. A ideia de que a vida é inviolável tem sua base no sagrado, com fundamentos na ideia de criação natural e criação humana. Desse modo, surgiu a mentalidade de que qualquer ser humano representa uma grande “benção”, fruto de um “milagre” reprodutivo. Isso faz com que cada pessoa seja diferente daqueles que o criaram e, ao mesmo tempo, represente uma continuação destes, repetindo-se o processo em cada geração.

O direito à vida foi positivado na Constituição Federal de 1988 como um dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Está presente no art. 5º, *caput*⁹, da Carta Magna. A inviolabilidade à vida, portanto, aparece na ordem constitucional do Brasil como um princípio extremamente relevante, mas que vem sendo alvo de muitas polêmicas quanto à sua forma de aplicação em determinadas matérias na atualidade.

Um problema que se retira desse artigo é que o legislador não definiu o termo “vida”, e nem determinou o seu início ou fim. Desse modo, diversas discussões vêm sendo suscitadas a respeito dessas questões deixadas em aberto. Alguns tratam a vida em seu sentido fisiológico, no sentido da existência humana. Já para outros, a vida não deve vir desvinculada da dignidade humana, devendo ser interpretada com base nesse princípio. Estes acreditam que o direito à vida, garantido na Constituição Federal, trata-se, em verdade, do direito a uma vida digna (RECKZIEGEL; CONNICK, 2015, p. 36).

Dirley da Cunha Júnior (2016, p. 587-588) começa definindo o direito à vida como o direito de proteger e defender a própria existência, todavia, acrescenta que se trata do direito de existir com dignidade. Percebe-se, dessa forma, que o autor não separa

⁹ Art. 5º 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: [...]

o direito à vida da dignidade da pessoa humana, não rompendo com a relação existente entre as duas garantias.

Continua explicando, o referido doutrinador, que esse direito fundamental envolve a preservação de atributos físicos-psíquicos e espirituais-morais, e que se trata do mais fundamental dos direitos no ordenamento jurídico. Na Constituição Federal, esse direito é garantido contra todo e qualquer tipo de interrupção artificial da vida humana, com ênfase nos casos de eutanásia e aborto que, salvo exceções expressas pela lei, são proibidos pelo direito brasileiro (CUNHA, 2016, p. 587-588).

Como exposto por Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 139), a vida, além de ser um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, é um dos direitos humanos mais debatidos no âmbito internacional. Existem países que admitem a pena de morte, o aborto, a eutanásia. Percebe-se, portanto, que o direito à vida é, por vezes, relativizado frente a situações jurídicas muito específicas.

Uma recente discussão envolvendo o direito fundamental à vida, que chegou ao Supremo Federal por meio da ADPF 54, foi a questão do aborto de fetos anencéfalos. Por 8 votos a 2, os ministros do STF decidiram garantir o direito à interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos, inserindo-o como uma hipótese de exclusão de ilicitude do tipo penal de aborto.

Segue trecho do voto do Relator da ADPF 54, o Min. Marco Aurélio Mello (2012, p. 79):

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Ademais, no Brasil, a pena de morte é admitida em caráter de exceção, nos termos no artigo 5º, XLVII, a¹⁰, da Constituição, além de outras hipóteses legais de aborto. O

¹⁰ Art 5º.

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

[...]

direito à vida também é relativizado em casos de legítima defesa e estado de necessidade. Os defensores da eutanásia no Brasil, então, questionam o porquê da ilegalidade de tal instituto, já que este representaria a concretização da autonomia do sujeito em busca de sua própria dignidade, garantindo, por escolha própria, o direito a uma morte digna e, conseqüentemente, à vida digna (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 139).

Alguns países já introduziram hipóteses legais de morte assistida, seja por meio da eutanásia ou do suicídio assistido, tais como a Holanda, a Suíça e a Bélgica, dentro de critérios detalhados, não considerando que tal instituto represente uma violação aos direitos humanos e fundamentais do indivíduo (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 139).

2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À MORTE DIGNA

A globalização do direito é uma característica essencial do mundo moderno, que promove, no seu atual estágio, a confluência entre Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. As instituições nacionais e internacionais procuram estabelecer o enquadramento para a utopia contemporânea: um mundo de democracias, comércio justo e promoção de direitos humanos. A dignidade humana é uma das ideias centrais desse cenário (BARROSO, 2016, p. 11-12).

O princípio da dignidade humana tem suas origens em tempos muito antigos. Tal princípio, como é consagrado atualmente, foi resultado de diversas transformações ao longo da história, tendo apresentado diferentes fundamentos desde a sua concepção. O princípio da dignidade humana já se ancorou em leis divinas, na natureza humana e foi também resultado de lutas políticas e sociais. Observa-se, portanto, que, independentemente da sua motivação, a dignidade é um valor que vem permeando a humanidade há séculos (SARMENTO, 2016, p. 25).

Luís Roberto Barroso (2016, p. 9-10) dispõe que, no mundo moderno, a dignidade humana tem se tornado um exemplo de consenso ético do ocidente, estando presente em todo tipo de documento jurídico e decisão judicial. O que se observa com frequência, contudo, é que, na prática, a dignidade vem funcionando como um conceito em aberto, em que cada indivíduo projeta os próprios valores. Nesse sentido, tal princípio é invocado constantemente, pelos dois lados da disputa, em matérias

extremamente polêmicas tais como aborto, eutanásia, prostituição, pena de morte, *hate speech*, entre muitas outras.

Difícil saber a época exata em que a dignidade humana se tornou um valor integrado nas comunidades, por se tratar de um conceito muito antigo, que já teve espaço na humanidade de diferentes formas. George Marmelstein (2016, p. 8-9) acredita que tal princípio, com a forma e o valor que são adotados atualmente, ganhou força após o fim do regime nazista alemão. Durante o nazismo, houve a prática de todo tipo de crime contra a humanidade, e todo o horror cometido na época teve suporte legal, já que tudo estava dentro dos conformes da legislação vigente no país. Desse modo, depois da segunda guerra mundial, foi criado um tribunal de exceção para julgar tais crimes, chamado de Tribunal de Nuremberg.

O tribunal proferiu sentenças condenatórias contra diversos indivíduos que, a mando de Adolf Hitler e a serviço da Alemanha, cometeram crimes contra a humanidade durante o regime nazista. Acontece que tais condenações foram alvo de diversas críticas por violação a princípios básicos do direito penal, já que os acusados estavam apenas fazendo cumprir a legislação vigente (MARMELESTEIN, 2016, p. 8 – 9).

Contudo, apesar das referidas críticas, o que se percebe é que esses julgamentos simbolizaram um surgimento de uma nova ordem mundial, pois a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como valor suprapositivo. A dignidade humana foi o fundamento principal para a condenação de pessoas que cometeram atrocidades em nome da lei. O positivismo ideológico puro, então, deixou de ser aceito pelos juristas dessa nova era do direito (MARMELESTEIN, 2016, p. 8 – 9).

Luís Roberto Barroso (2016, p. 65-66) afirma que o princípio da dignidade humana tem dois principais papéis no direito. O primeiro deles é o de funcionar como uma fonte de direitos e deveres, ou seja, a dignidade humana acaba por incluir direitos e deveres no ordenamento que não se encontram expressos em normas jurídicas. Sendo assim, na falta de normas mais específicas, estas podem ser extraídas do princípio da dignidade humana. Importa salientar que não há a necessidade de se recorrer à dignidade humana para a criação de normas em casos de matérias que possuem regramento específico, indicando que os legisladores já detalharam tal princípio de maneira mais concreta no processo de normatização.

Além desse papel, pode-se afirmar que o princípio possui função interpretativa. Como base de todo o ordenamento jurídico, núcleo essencial dos direitos fundamentais, a dignidade humana vai agir no sentido de informar a interpretação de direitos, a fim de que possa ser garantida em casos concretos. Ademais, é utilizado para preencher lacunas jurídicas e resolver conflitos normativos, devendo servir como guia para uma melhor solução. Qualquer norma jurídica que viole a dignidade humana, portanto, deverá ter sua inconstitucionalidade e sua nulidade declaradas (BARROSO, 2016, p. 66).

O princípio da dignidade humana encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988. Não apenas está presente como direito fundamental, mas também como fundamento da própria república, estando disposto no art. 1º, III¹¹, da CF/88. A importância de tal princípio foi demonstrada pelo legislador constituinte, que estrategicamente o posicionou como fundamento do Estado e de toda a ordem jurídica.

A dignidade humana deve estar presente durante toda a vida do indivíduo, desde o seu nascimento até a sua morte. A morte, nesse sentido, é um acontecimento presente na vida de cada ser vivo, que, de forma natural ou não, acometerá a todos. Observa-se que, a partir do século passado, discussões em torno da possibilidade de encerrar uma vida ou de antecipar a morte de um sujeito que esteja em situações de saúde extremas vêm se acalorando. Enquanto existe uma massa de pessoas que defende tal direito, a fim de garantir a chamada “boa morte”, há outras que defendem o prolongamento artificial e a utilização de novas tecnologias para que se estenda, ao máximo, a sobrevivência do indivíduo (RIDOLPHI; RANGEL, 2017, p. 2).

Ronald Dworkin (2019, p. 96) afirma que o ser humano tem dificuldade em aceitar o final da vida. Mais doloroso e lamentável, para os homens, aceitar que a vida possa ter um fim prematuro. Nesse sentido, as pessoas acreditam que uma morte antes do seu tempo natural é intrinsecamente ruim, mesmo que não represente algo negativo para o indivíduo que está prestes a sucumbir. Essa linha de pensamento é o que faz com que muitos sejam contra o suicídio e a eutanásia, pela crença de que tal morte

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

representa uma tragédia, algo completamente inconcebível, ainda que, nesses casos, a morte esteja satisfazendo um interesse pessoal do sujeito.

Nem sempre, no entanto, esse foi o pensamento relacionado à morte na história da sociedade. Em tempos passados, esse evento era visto como algo natural, sendo mais bem aceito como parte do ciclo da vida. As inovações tecnológicas trazidas pelo século XX, promovendo a evolução da medicina, com os medicamentos, transplantes de órgãos e diversos outros procedimentos, fizeram com que a morte passasse a ser evitada, por vezes a qualquer custo, deixando de ser um acontecimento corriqueiro para se tornar algo vergonhoso (KEINERT; MEZZOMO; DIAS, 2010, p. 262).

Deve-se admitir, todavia, que a morte é vista de diferentes maneiras a depender da cultura. Um grande exemplo disso é a celebração do *Día de los Muertos*, famosa festa mexicana, em que as pessoas honram os seus familiares falecidos de forma comemorativa, e não triste.

O *Día de los Muertos* é uma celebração tradicional do México, sendo considerada como Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade (UNESCO). Essa comemoração se originou de uma fusão entre elementos originais mexicanos e elementos de tradições da Espanha. É considerada como patrimônio cultural por sua grande representatividade, fazendo parte da cultura e identidade do povo mexicano (VARGAS; RODRÍGUEZ, 2016, p. 1)¹².

Percebe-se que destoa bastante do feriado de Finados que ocorre no Brasil, em que não há comemoração ou celebração dos falecidos, mas sim uma espécie de “luto” e desalento, com a tradição de se levar flores aos túmulos dos entes queridos.

Em relação ao aumento da expectativa de vida, Flávia Piovesan e Roberto Dias (2012, p. 1-2) afirmam que, de fato, o avanço das ciências médicas trouxe incontáveis benefícios para a humanidade, no tratamento de doenças que, até pouco tempo, eram consideradas incuráveis. Essa evolução científica fez com que o sofrimento humano perante várias enfermidades fosse reduzido e com que muitas vidas fossem salvas.

Apesar de todas essas melhorias, o progresso científico tem dificultado a aceitação da morte em seu tempo certo ou até mesmo sua antecipação frente a um estado de padecimento. Existe, portanto, uma tentativa de ampliação artificial da vida,

¹² Tradução livre

prolongamento da mesma e postergação do processo de morrer, e tais atos, muitas vezes, acabam representando uma violação à dignidade da pessoa humana, assim como à autonomia do paciente e à sua concepção e ideal acerca da sua vida e morte (PIOVESAN; DIAS, 2012, p. 1-2).

O centro do debate em relação à violação da dignidade humana e da autonomia do paciente gira em torno da extensão artificial da vida. A manutenção da vida de pacientes, em casos em que não existe a possibilidade de retorno a condições minimamente aceitáveis, começou a provocar fortes reações por parte da comunidade médica e científica, política e defensores de direitos humanos. O prolongamento do processo da morte em enfermos que não respondem a nenhum estímulo sensorial passou a ser considerado como grave rompimento à autonomia e direitos fundamentais do indivíduo em estado terminal (KEINERT; MEZZOMO; DIAS, 2010, p. 263).

Flávia Piovesan e Roberto Dias (2012, p. 1-2) chamam a atenção para o fato de que essa dificuldade de aceitação e postergação ao máximo do processo de morrer tem suas raízes na moralidade e uma forte base religiosa, que acaba por influenciar o Direito. Acontece que, em um Estado laico democrático, todas as religiões devem ser respeitadas e a ordem jurídica não pode representar determinada linha religiosa. Dessa maneira, um Estado laico deve admitir o direito a uma morte digna, não podendo ser levado por dogmas religiosos, pois a moral e religião fazem parte da esfera privada de cada indivíduo, tendo ele o poder de escolha frente a sua autonomia.

O direito a uma morte digna decorre da dignidade da pessoa humana, do direito à liberdade e autonomia e do respeito à própria vida. O paciente deve ter a prerrogativa de fazer sua própria escolha quanto ao tratamento que irá receber, e as diretivas antecipadas de vontade surgem para que ele possa expressar seus desejos em um momento antecipado, a fim de que seu tratamento médico siga suas vontades previamente expressas (KEINERT; MEZZOMO; DIAS, 2010, p. 263).

Observa-se, entretanto, que ainda existe certa resistência à aceitação de procedimentos que venham a proporcionar a morte digna. Muitos profissionais de saúde acabam invocando o compromisso médico da beneficência como justificativa para a não aceitação do desejo do paciente de deixar de viver (KEINERT; MEZZOMO; DIAS, 2010, p. 263).

No Brasil, o direito à morte digna pode ser extraído do próprio princípio da dignidade humana, positivado na Constituição Federal de 1988. Ademais, o Código de Ética Médica e as resoluções nº. 1.805 de 2006 e nº. 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina trazem a morte digna para o centro do debate, inserindo os institutos da ortotanásia e das diretivas antecipadas de vontade no país. A eutanásia e o suicídio assistido, contudo, ainda são condutas criminalizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3 DA FINITUDE DA VIDA HUMANA

Em relação à finitude da vida humana, Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (2017, p. 720) afirmam que se trata de um problema extremamente complexo de natureza filosófica. É difícil para o ser humano pensar sobre a inevitável finitude da própria vida e, por isso, frequentemente associa essa questão a explicações metafísicas e espirituais.

Segundo Leonard Martin (2019, p. 2-3) é de suma importância entender o sentido da morte para o ser humano, especialmente se esta vem acompanhada de sofrimento físico e emocional. A morte natural, causada pela idade, simplesmente fazia parte da vida até momento recente da história humana, e representava uma etapa que estava fora do controle do homem. Com o advento das novas tecnologias no âmbito da medicina, essa realidade mudou, e a morte natural passou a ser evitada e postergada ao máximo.

Já a morte violenta sempre foi temida pela sociedade, e já alcançou requintes de crueldade jamais imaginados no passado. A discussão sobre a não realização da distanásia ou até mesmo a prática da eutanásia reflete a visão que o ser humano tem da violência, e um grande medo por parte da comunidade de ver a “mão curadora do médico se transformar em mão assassina” (MARTIN, 2019, p. 2-3).

3.1 BIOÉTICA E FINAL DE VIDA

De acordo com Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 108) o surgimento da Bioética está intimamente ligado à evolução tecnológica, já que diversas questões decorrentes dela passaram a demandar tratamento ético específico. Assim, fez-se necessário estabelecer limites na abordagem do ser humano frente a tais situações, de modo a se dispor direitos e deveres. Uma nova abordagem jurídica relativa a essa matéria também se tornou imprescindível para a concretização de tais limites.

De acordo com Joaquim Clotet (2003, p. 22-23) a Bioética poderia ser definida como “a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas referentes à vida, saúde e morte do ser humano”. A Bioética tem o papel de tentar resolver os problemas gerados pela ciência e novas tecnologias no âmbito da medicina, devendo considerar princípios éticos e valores morais. Desse modo, demanda-se uma atitude reflexiva no sentido de entender que o ser humano deve usar a ciência, e não ser usado por esta.

Do exposto, concebe-se que o valor supremo da pessoa, tendo em conta sua vida, liberdade e autonomia, devem estar no centro do debate em relação a questões bioéticas. Esses princípios fundamentais, por vezes, acabam colidindo. As decisões envolvendo choque de preceitos fundamentais no âmbito da ciência são complexas, e a Bioética tem como tarefa fornecer meios racionais para que tais deliberações sejam realizadas (CLOTET, 2003, p. 23).

3.1.1 Breve histórico da Bioética

Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 4) afirmam que as preocupações em se criar uma ética relacionada às práticas biológicas remonta às origens da própria Medicina, com raízes muito antigas.

Fernando Lolas (2005, p. 17-18) conta que, antes mesmo de ser criado o termo Bioética, uma situação específica merece destaque na sua história. A criação da hemodiálise, nos anos 60, pelo médico americano Belding Scribner representou um

grande avanço tecnológico para o âmbito da saúde, permitindo que pacientes fossem conectados a uma máquina que substituíria a função depuradora renal.

Ocorre que, como todo novo avanço tecnológico, a demanda era maior do que o que era possível oferecer, não havendo a capacidade de atender a todos os doentes com a nova invenção. Os profissionais de saúde, então, se viram diante do dilema ético mais conturbado da medicina: escolher entre quem deveria ser salvo e quem não receberia o tratamento (LOLAS, 2005, p. 17-18).

Frente a tais controvérsias, em 1962 reuniu-se um grupo de pessoas para que tomassem as difíceis decisões em relação ao tratamento, conhecido como o Comitê de Seattle. As pessoas integrantes do comitê, grande parte leigas em assuntos médicos, criaram um procedimento para a tomada de tais decisões que ia além do campo da Medicina. Dessa forma, o Comitê de Seattle representou um verdadeiro comitê de ética, por meio de um experimento social, em que seus integrantes levavam em conta não apenas a parte clínica dos pacientes, mas também suas histórias de vida (LOLAS, 2005, p. 17-18).

Como elucidado por Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 107-108) a primeira pessoa a usar o termo Bioética foi o oncologista estadunidense Van Rensselaer Potter, na década de 70. Além do Comitê de Seattle, pode-se afirmar que a Bioética tem como importantes precursores a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração de Genebra (1948). Os três documentos representaram repúdios contra as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, consagrando direitos humanos e garantias fundamentais, grandes bases da Bioética.

A Declaração de Genebra de 1948 apresentou, também, uma reafirmação do juramento hipocrático, contendo importantes diretrizes para a relação médico-paciente. Em 1964, a Declaração de Helsinque veio para somar-se a estes outros documentos, que trouxe várias diretrizes éticas para a pesquisa realizada com seres humanos. Esses foram os principais documentos internacionais a trazer, mesmo que de forma implícita, questões relacionadas à matéria, mas diversos outros regulamentos também consagraram questões relativas às ciências biológicas, formando, assim, uma grande base internacional para a Bioética (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 107-108).

Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 2-3) chamam atenção para o fato de que o Direito, a Ética e a Medicina expressam valores essenciais da sociedade, e a interdisciplinaridade dessas matérias é indispensável para a adequação das ciências biológicas à comunidade. A Bioética surge frente aos problemas éticos que aparecem pelo desenvolvimento de novas tecnologias, ganhando destaque na segunda metade do século XX. A autonomia do paciente e o meio-ambiente são questões centrais da Bioética, sendo a primeira o foco do presente trabalho, destinado a analisar a disciplina em âmbito médico.

Como já citado, os avanços científicos do mundo moderno trouxeram problemas complexos de difíceis soluções jurídicas, dando origem ao Biodireito. Com o crescimento exponencial de novas tecnologias no âmbito da ciência, o Direito precisou intervir trazendo diretrizes para a resolução de problemas ético-jurídicos causados por elas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a livre iniciativa científica como direito fundamental, em seu art. 5º, IX¹³, devendo ser cerceada por determinados limites concernentes à dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2017, 31-32).

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 110) afirma que a Bioética é responsável por trazer as questões fáticas, regulamentos éticos a respeito do comportamento devido frente às ciências biológicas. O Direito, através do Biodireito, entra nessa equação com o objetivo de consagrar normas jurídicas, limites principiológicos e resolver questões legais deixadas por esse avanço tecnológico dos últimos tempos.

3.1.2 Princípios bioéticos que regulam o final da vida

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 116) afirma que é na sua aplicação aos momentos de final de vida que os princípios bioéticos mais entram em aparente conflito, sendo preciso escolher qual deve prevalecer e buscar um equilíbrio entre eles, em uma

¹³ Art. 5º 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:

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

tentativa de encontrar a melhor solução para o paciente. Situações como o desejo de um paciente tetraplégico de morrer e a opinião do médico de que suas condições clínicas são estáveis, ou a insistência da família por determinado tratamento contra o parecer da equipe técnica de que se trata de terapia fútil são exemplos de conjunturas polêmicas que representam o conflito entre princípios bioéticos. É de suma importância o conhecimento acerca dos princípios da Bioética com o objetivo de alinhá-los para uma melhor solução para esses eventuais embates.

O Relatório *Belmont* se trata de um documento estadunidense que surgiu a partir de vários encontros da Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*). O relatório final, apresentado em 1978, contém os princípios da Bioética da beneficência, autonomia e justiça (SÁ; TORQUATO, 2015, p. 35).

Joaquim Clotet (2003, p. 24) explica que o princípio da beneficência consiste em uma tentativa de se atender aos interesses do indivíduo, de modo a se evitar danos, na medida do possível. Assim, tal princípio busca trazer o bem-estar do paciente por meio da ciência médica e de seus agentes, em uma procura por tratamentos benéficos e uma possível cura.

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 117-118) chama a atenção para o fato de que é necessário que se entenda exatamente o que o princípio da beneficência representa, para que este não seja distorcido. Acontece que, por vezes, essa busca por tratamentos e pela cura pode resultar no que se chama de paternalismo médico. Portanto, se tornou comum ver o profissional de saúde, procurando alcançar uma solução mais benéfica para o seu paciente, acabar submetendo este a procedimentos desnecessários. Isso acaba por infantilizar o paciente, no momento em que se retira seu poder de escolha, quando se entende que o médico é quem sabe o que será melhor para o indivíduo.

Não deve ser esse o sentido dado ao princípio em questão. O bem, via de regra, objetivo da beneficência, é identificado com a melhora, a recuperação, a promoção da vida e da saúde, e a eventual cura. A dignidade e o bem-estar do paciente no processo de busca pelo objetivo primordial devem ser levados em conta, além de sua liberdade e autonomia (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 117-118).

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 118) dispõe sobre a existência, também, do princípio da não-maleficência. Esse princípio não aparece no Relatório *Belmont*, que trouxe, apenas, a beneficência, autonomia e justiça. O princípio da não-maleficência da Bioética é trazido por Beauchamp e Childress.

Nesse sentido, Tom Beauchamp e James Childress (1994, p. 189-192) afirmam que o princípio da não-maleficência consiste no dever do médico de não fazer o mal. Os autores afirmam que a diferença entre este e o princípio da beneficência é sutil, mas ela existe. Enquanto o princípio da não-maleficência consiste na obrigação de não fazer o mal, o da beneficência está ligado à busca do bem, à prevenção do mal e a remoção do mal. A não-maleficência, portanto, é o simples fato de não se causar dano ao paciente, especialmente no que diz respeito a questões envolvendo o final da vida, em que a possibilidade de se obter algum bem não mais existe¹⁴.

Portanto, entende-se que, quando não há mais benefícios a se oferecer a um paciente terminal, as decisões médicas devem seguir o princípio da não-maleficência. Por isso, deve-se evitar intervenções fúteis e tratamentos sem capacidade de trazer melhoras efetivas, priorizando-se, portanto, cuidados paliativos, que sejam hábeis a proporcionar ao indivíduo alívio e conforto em um momento de final de vida (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 118).

O princípio da autonomia, como explica Joaquim Clotet (2003, p. 24), é pautado na ideia de autogovernabilidade da pessoa. O paciente, nesse caso, é livre para fazer suas próprias escolhas em relação à sua saúde. Os valores morais e crenças do sujeito, assim como sua vontade ou a de seu representante, devem ser respeitados pelos profissionais de saúde. O princípio da autonomia tem como objetivo estabelecer o domínio do paciente sobre a sua própria vida, limitando a intervenção de outras pessoas no seu tratamento.

Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 36-37) relatam que o princípio da autonomia surge para dar uma freada na hierarquia presente na relação médico-paciente. Passa-se a considerar o paciente como ser autônomo, dono da própria vida e livre para fazer as próprias escolhas, enquanto a autoridade do profissional responsável acaba sendo limitada por essa liberdade do indivíduo. O processo de intervenção deve ser transparente, e o paciente tem o direito de possuir todas as

¹⁴ Tradução livre

informações necessárias para tomar uma decisão consciente, existindo a necessidade, portanto, de um consentimento informado.

O princípio da autonomia é um desdobramento da própria dignidade da pessoa humana. A autonomia consagra conceitos como a liberdade, o respeito à vida e à privacidade. Dessa forma, surge como um princípio que se opõe ao paternalismo médico vigente no século XX, considerando o paciente como um fim em si mesmo, protagonista da própria vida e das próprias decisões (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 119).

Por fim, Joaquim Clotet (2003, p. 24) conceitua o princípio da justiça, afirmando que ele exige uma equidade na distribuição de bens e benefícios relativos ao exercício da medicina, onde todos devem ter assegurado seu direito à saúde. O princípio da autonomia é atribuído ao paciente, enquanto o da beneficência e o da não-maleficência são atribuídos ao médico. Já o da justiça pode ser postulado tanto pelos próprios profissionais de saúde como por terceiros, por toda a sociedade, e percebe-se que existe um forte ativismo por parte de grupos defensores de direitos humanos que exercem notável influência através de redes de comunicação social.

O princípio da justiça tem como objetivo maximizar os benefícios com o menor custo possível. A ideia de mínimo custo não está apenas associada ao lado financeiro, mas também aos custos sociais, emocionais e físicos. Dessa forma, entende-se que tal princípio se consagra na medida em que haja a garantia do acesso à saúde e da intervenção médica que leve em conta os valores do paciente e sua capacidade de deliberação. A principal questão está pautada em como colocar esse princípio em prática, já que existem inúmeros problemas como a administração dos escassos recursos de saúde e as desigualdades sociais (SÁ; TORQUATO, 2015, p. 36-37).

O princípio bioético da justiça tem sua fundamentação jurídica no direito à igualdade, além do direito fundamental à saúde, voltado a garantir a todos o acesso à saúde nas melhores condições possíveis para que recebam tratamento adequado. O que infelizmente se observa na realidade são as limitações de recursos disponíveis, que não são suficientes para o atendimento eficaz de toda a população (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 122-123).

3.2 DO DIAGNÓSTICO DA MORTE

Maria Auxiliadora Minahim (2004, p. 62-63) relata que existe uma grande dificuldade das ciências médicas e jurídicas de se definir o momento exato do começo da vida, assim como o da ocorrência da morte. Segundo neurologistas, o problema do diagnóstico da morte é tão antigo quanto a própria humanidade, e a definição do seu momento exato tem sofrido variações ao longo da histórica. Os diferentes conceitos e teorias sobre o início e o final da vida têm suas bases em concepções teológicas, avanços científicos e democratização do conhecimento.

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 18) afirma que a morte em si não se dá em um único momento. Isso porque o processo da morte é uma evolução gradual, e partes do organismo humano “morrem” em diferentes períodos. Nesse contexto, é possível dizer que células morrem diariamente, enquanto órgãos ou tecidos podem manter sua função até depois do diagnóstico oficial do óbito. A grande questão em estabelecer um momento específico para a morte gira em torno do entendimento de quais grupamentos celulares em funcionamento representam a “vida” do ser humano, os mesmos que, ao pararem de funcionar, causam a morte do organismo *in totum*.

Maria Auxiliadora Minahim (2004, p. 67) defende a importância de se estabelecer um momento específico para a morte. Os requisitos para a caracterização da vida e do final desta são extremamente relevantes, não apenas para as ciências médicas, mas também para o mundo jurídico.

Surgiram, portanto, os conceitos de morte clínica, morte biológica e morte cerebral. A morte clínica consiste na paralisação das funções cardíaca e respiratória, enquanto a morte biológica está relacionada à destruição celular. A morte encefálica, popularmente conhecida como morte cerebral, consiste na cessação irreversível das funções encefálicas. Atualmente, considera-se o momento oficial do óbito aquele em que há a cessação das atividades cerebrais (MINAHIM, 2004, p. 63).

Maria Celeste Cordeiro (1997, p. 347-350) afirma que existiu uma mudança de entendimento recente acerca do momento da morte, que passou da parada cardiorrespiratória para a chamada morte encefálica. Até o século passado, acreditava-se que o desaparecimento da função circulatória e respiratória era o marco para o óbito do ser humano, havendo, ali, uma impossibilidade de retorno à vida.

Portanto, tanto no âmbito da medicina quanto no âmbito do direito, a parada cardiorrespiratória representava o limite da vida do paciente.

Ocorre, todavia, que as novas tecnologias e o desenvolvimento da ciência trouxeram a possibilidade da reanimação das funções cardíaca e respiratória, suscitando dúvidas para o que era até então considerado o momento da morte. Como explicado anteriormente, o corpo humano é formado por células, e essas distintas células possuem períodos de sobrevivência diferentes. A grande dúvida girava em torno dessa situação, havendo a necessidade de se consagrar qual grupo celular seria responsável pelo final da vida humana. A morte encefálica surge como o marco do fim da vida, de forma permanente e irreversível (CORDEIRO, 1997, p. 347-350).

Como explica Antônio Puca (2012, p. 321), a morte encefálica foi reconhecida pela primeira vez em 1968, através de um documento da *Harvard Medical School* publicado pela revista *Journal of the American Medical Association (JAMA)*. Tal documento apresentava os requisitos para a configuração da morte encefálica: o coma, a perda irreversível das funções cerebrais e a impossibilidade de respiração autônoma. Ressalta-se que a mudança na determinação do óbito, da parada cardiorrespiratória para a morte encefálica, representou imenso avanço em relação à coleta e doação de órgãos.

Como exposto, infere-se que a morte do organismo é um processo lento, existindo a morte clínica, biológica e encefálica. Daisy Gogliano (2020, p. 1) relata que, com a reanimação, é possível que a morte clínica, qual seja a paralisação das funções cardíaca e respiratória, seja revertida em alguns casos, permitindo que o sujeito mantenha uma vida vegetativa até mesmo depois de uma morte encefálica.

O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº. 1.480 de 1997, estabelecendo os critérios e os exames clínicos necessários para a configuração da morte encefálica, de modo a orientar os médicos no momento do diagnóstico.

3.3 COMA E ESTADO VEGETATIVO PERSISTENTE

De acordo com James Kelly (2018, p. 1) pacientes podem entrar em um estado de inconsciência após lesão ou doença que afete o sistema nervoso. Uma análise do

nível de consciência do paciente é realizada para se chegar ao diagnóstico de coma, de estado minimamente consciente, de estado vegetativo consciente ou, até mesmo, de morte encefálica¹⁵.

Como elucidada Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 31), o coma e o estado vegetativo persistente são dois estados de inconsciência, em seus respectivos níveis, que aproximam o sujeito da morte, pelo fato de o afastarem do convívio social mínimo. Acontece que, apesar da referida perda de consciência, não se consumam os requisitos médicos e jurídicos do óbito, qual seja a morte encefálica. Portanto, o tratamento jurídico conferido a esses pacientes é o de pessoas vivas, que se tornaram temporária ou permanentemente incapazes. Há divergências entre os tratamentos médicos adequados em casos como estes, e ordenamentos jurídicos de países distintos apresentam diferentes formas de se lidar com essas situações.

O coma é o estado de inconsciência no qual o tálamo, o tronco cerebral ou os dois hemisférios do cérebro estão danificados. Os pacientes não despertam e nem respondem a estímulos, tais como dor ou somido. Às vezes, esse paciente necessita de um respirador mecânico, em casos em que a parte inferior do tronco cerebral também se encontra danificada (KELLY, 2018, p. 1-2)¹⁶.

O estado de coma pode ter diversas causas, como uma lesão traumática na cabeça ou uma hemorragia cerebral. Overdose de drogas, afogamento e parada cardíaca também são situações que podem levar ao coma. Existem variados graus, e a recuperação da consciência é possível, dependendo da gravidade da situação. Muitos pacientes acordam do coma e se recuperam, podendo apresentar sequelas, devendo ter atendimento individualizado que inclui fisioterapia e cuidados rigorosos de enfermagem (KELLY, 2018, p. 1-2)¹⁷.

Já em relação ao estado vegetativo persistente, Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 33) afirma que este é causado por uma destruição do córtex cerebral, que se trata de um pedaço do encéfalo responsável por funções superiores da atividade neurológica humana. Desse modo, há a perda permanente de funções como a capacidade de raciocínio, expressão, sensibilidade, relação social, entre outras.

¹⁵ Tradução livre

¹⁶ Tradução livre

¹⁷ Tradução livre

De acordo com estudos científicos, indivíduos em estado vegetativo persistente não têm qualquer percepção de si ou do mundo a sua volta. Ficam preservadas, todavia, as funções cardiorrespiratórias, a regulação enzimática, hormonal e de temperatura, o ciclo circadiano de sono e vigília, contando, também, com abertura ocular fruto de reflexos. Estas são conhecidas como funções vegetativas. O que se observa é a ansiedade familiar em interpretar tais funções, a exemplo da abertura ocular, como um sinal de relação com o meio e possível reversão da condição do paciente, deixando que o indivíduo se mantenha vivo por aparelhos por tempo indefinido, até que venha a falecer devido a causa adversa (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 33).

Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (p. 726) afirmam que o estado vegetativo persistente não consiste, necessariamente, em um estado terminal. Como já explicado, alguns indivíduos mantêm uma sobrevivência por algum tempo, ligados a aparelhos e sendo submetidos a procedimentos que possuem único escopo de evitar a sua morte. Apesar de, nem sempre, se enquadrar em um estado terminal, existem discussões acerca da possibilidade do atendimento à recusa terapêutica do próprio paciente que venha a levar-lhe a óbito, caso essa vontade tenha sido previamente manifestada.

3.4 MEDIDAS TERAPÊUTICAS EXTRAORDINÁRIAS PARA A MANUTENÇÃO DA VIDA

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 45) dispõe que, antigamente, a falência de órgãos era sinal incontestável da morte. Hoje em dia, com a disposição de recursos médicos e tecnológicos, certas deficiências orgânicas podem ter suas funções substituídas por máquinas, de forma artificial. Assim, existem respiradores mecânicos, manobras de reanimação cardiorrespiratória, o procedimento da hemodiálise entre outros. No entanto, ainda não foi criado um substituto para o sistema nervoso, e por isso a morte encefálica é considerada o marco para a declaração do óbito do indivíduo, consistindo no critério médico e jurídico de falecimento.

As condutas do profissional de saúde frente a pacientes em que o resultado morte mostra-se inevitável devem sempre se ater ao princípio da não-maleficência. Nesse sentido, todas as ações médicas devem ter como objetivo dar ao paciente conforto

em sua fase final, tentando promover certo tipo de alívio. Os profissionais responsáveis devem manter todos os cuidados paliativos, e precisam também fornecer o suporte emocional necessário, tanto para o enfermo quanto para sua família, e tratamentos fúteis ou que causem sofrimento desnecessário devem ser rejeitados (PIVA; ANTONACCI, 2020, p. 6).

Como explica Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 46-47), inúmeros tratamentos são oferecidos a pacientes com graves enfermidades, alguns com perspectivas de melhora ou cura, já outros com o simples objetivo de se manter o paciente vivo. Classifica-se o uso dessas medidas em ordinárias e extraordinárias. As medidas ordinárias de manutenção de vida consistem naquelas menos agressivas, que devem ser realizadas em todos os pacientes. Alguns exemplos são a nutrição e a hidratação artificial, quando o sujeito não tem mais condições de se alimentar pelas vias convencionais.

Por outro lado, as medidas extraordinárias são aquelas mais agressivas, que consistem em cuidados mais individualizados, por vezes dispendiosos e arriscados. Como citado, a comunidade médica entende que as medidas ordinárias são obrigatórias, e devem ser realizadas em todos os pacientes. Já no caso das extraordinárias, entende-se que estas são facultativas, necessitando de indicação médica e de aceitação e consentimento por parte do enfermo (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 46-47).

Um grande problema é visualizado na questão do consentimento do paciente para a aplicação de medidas extraordinárias de manutenção de vida. Em muitos casos, quando se chega nesse estado, o indivíduo encontra-se incapaz, por conta da patologia que lhe acomete, não podendo fazer a sua escolha sobre a utilização ou não de medidas extraordinárias. Caso o paciente não tenha expressado seus desejos através de um documento de forma prévia, questão central desta monografia que será desenvolvida mais adiante, a escolha acaba ficando por conta da família deste, que nem sempre a faz da forma como o paciente desejaria.

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 47) afirma que se deve analisar a proporcionalidade da medida aplicada. Entendem-se como proporcionais tratamentos em que os benefícios sejam maiores do que os danos que estes podem vir a causar no sujeito. Assim, seus efeitos positivos superam os negativos. No caso de medidas

desproporcionais, estas não apresentam benefícios que compensem os danos causados, sendo maléficas ao paciente. Enquanto medidas proporcionais são obrigatórias e de utilização sistemática, a aplicação desarrazoada de medidas desproporcionais apresentam graves prejuízos ao paciente, podendo representar um prolongamento indesejado do processo da morte.

3.5 DA EUTANÁSIA E SUA CRIMINALIZAÇÃO

Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 375), explicam que o termo eutanásia foi criado pelo filósofo Francis Bacon, derivado das palavras gregas *eu*, que significa boa, e *thanatos*, que quer dizer morte. Nesse sentido, a palavra eutanásia significa “boa morte”, referindo-se a uma morte com um intuito benéfico, podendo ser entendida, também, como o “direito de matar”.

A eutanásia se configura como uma abreviação direta da vida do paciente com intenção eliminadora, por meio de ação ou omissão movida pela compaixão, diante de um sofrimento físico e/ou psíquico experimentado pelo enfermo (MARTIN, 1998. p. 183).

Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 376) complementam esse entendimento afirmando que a eutanásia é a promoção do óbito pelo profissional de saúde com o consentimento do enfermo, por se encontrar em grave sofrimento em decorrência de doença sem que haja perspectiva de cura.

Como elucida Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 177-178), o Código Penal Brasileiro surgiu em 1940, quando ainda não havia o amonte de tecnologias na área da medicina e das ciências em geral. Sendo assim, não existia uma necessidade de se pensar e tipificar, especificamente, o crime de eutanásia. O CP, então, se omitiu de uma abordagem direta e objetiva em relação à matéria. Entende-se, portanto, que se deve aplicar à conduta eutanásica o disposto no art. 121, §1^o¹⁸ do referido Código, qual seja, o homicídio privilegiado.

¹⁸ Homicídio simples
Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

De acordo com Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 79), é possível classificar a eutanásia quanto ao modo de atuação do agente: eutanásia ativa é aquela decorrente de uma ação, enquanto a passiva é decorrente de omissão. Em relação à intenção do agente, a eutanásia pode ser direta ou indireta. A eutanásia direta é aquela praticada mediante injeção de drogas letais. Já a indireta, também chamada de duplo efeito, se verifica quando as doses dos medicamentos utilizados para dar conforto ao paciente se aproxima das doses destes que seriam letais, e este medicamento, que deveria lhe dar conforto, acaba lhe causando a morte. Em relação à vontade do paciente, tem-se a eutanásia voluntária e a involuntária. A primeira é aquela realizada mediante pedido do próprio paciente, enquanto a segunda consiste em hipótese realizada mediante solicitação de outra pessoa, que não o próprio interessado.

Muitas pessoas, invocando o princípio da autonomia e a dignidade humana, defendem que a eutanásia deveria ser prática lícita, de modo que pacientes capazes tivessem o direito de planejar a própria morte, para evitar maior dor a agonia. Portanto, desde que presentes requisitos bem específicos, o enfermo deveria poder dispor da sua própria vida (DWORKIN, 2019, p. 269).

Como explicado por Daniela Portugal e Ana Thereza Meirelles (2015, p. 353), existe um projeto de um novo Código Penal, no qual se dispõe tratamento jurídico específico ao instituto da eutanásia. O art. 122 tipifica o crime de eutanásia, culminando pena de reclusão de dois a quatro anos para a prática da “boa morte”. A redação do *caput* do artigo se dá da seguinte maneira: “Art. 122. 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”, culminando pena de prisão de dois a quatro anos. Critica-se, todavia, alguns termos utilizados na redação, por não haver referência sobre como o estado terminal deve ser atestado ou do que será considerado doença grave.

Caso de diminuição de pena

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

3.6 DA DISTANÁSIA

A distanásia consiste na realização de procedimentos inúteis com o simples escopo de postergar a morte do paciente. É realizada a obstinação terapêutica, através de tratamentos médicos fúteis, mesmo que tais medidas venham a causar sofrimento atroz ao enfermo (DINIZ, 2017, p. 535).

Sobre o instituto da distanásia, Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 377) afirmam que ele consiste no agir em sentido contrário da eutanásia ou da ortotanásia. Enquanto a eutanásia se configura pela abreviação da vida, por meio de ação ou omissão, e a ortotanásia em permitir a morte no momento certo, a distanásia é nada menos do que o ato de se prolongar o processo da morte. Assim, entende-se como distanásia a realização de uma série de procedimentos inúteis pelo profissional de saúde, com o único intuito de manter a vida do paciente.

Leonardo Martin (1998, p. 15) explica que a distanásia surge a partir das expressões modernas da medicina, deixando de ser considerada “arte” para passar a ser uma medicina pautada na técnica e na ciência. Desse modo, os avanços tecnológicos e científicos trouxeram diversos novos tratamentos a patologias que antes eram consideradas incuráveis. O que acontece é que a medicina passou a se preocupar mais em achar ou chegar ao estágio de cura das enfermidades do que com o cuidado do paciente em si. A morte, dessa maneira, se transformou na grande “inimiga”, que a medicina, em sua expressão mais moderna, passou a possuir o dever de derrotar. A qualidade de vida do enfermo nessa missão, todavia, acabou ficando em segundo plano.

A distanásia é extremamente criticada pelos juristas e profissionais de saúde. Leo Pessini (2004, p. 48) defende que não se pode impor ao enfermo aquilo que ele não quer, mesmo no final de sua vida, pois o indivíduo tem o direito de morrer com dignidade, sendo dever do médico assegurar um ambiente adequado que proporcione um sofrimento menor ao paciente. Deste modo, a autodeterminação e autonomia do enfermo devem ser respeitadas, e a realização de procedimentos com o único fim de postergar a morte do sujeito pode ser vista como um tratamento cruel.

3.7 DO SUICÍDIO ASSISTIDO

Como afirma Maria Helena Diniz (2018, p. 511), há quem venha alegando que o suicídio assistido pode ser uma boa forma de se concretizar o direito à morte digna. No instituto em questão, o próprio paciente pratica o ato capaz de levá-lo a óbito, apenas orientado ou auxiliado por um terceiro ou por médico.

Dráuzio Varella (2019, p. 1) se apresenta como um dos grandes defensores deste instituto, afirmando que o Estado tem o papel de proteger o indivíduo de qualquer mal causado por terceiros, todavia, não pode impedir as ações do sujeito contra si mesmo. Essa pretensão seria completamente inexecutável, já que necessitaria de uma série de atitudes que adentrassem a vida privada de cada um dos cidadãos, tais como regular ou acabar com medicamentos, janelas, destruir armas e quaisquer objetos cortantes, entre outros, com um objetivo inútil de impedir que o indivíduo cause algum mal a si mesmo, que acabaria por buscar outros meios de fazê-lo.

Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 379) esclarecem que, tanto para a eutanásia quanto para o suicídio assistido, é requisito indispensável o consentimento do paciente, tratando-se, dessa forma, de uma morte voluntária.

O suicídio assistido, apesar de não apresentar tipo penal específico no Código Penal, é enquadrado no art. 122¹⁹ do referido Código, que tipifica o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação. Assim, consiste em instituto criminalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.8 DA ORTOTANÁSIA E A RESOLUÇÃO Nº 1.805 DE 2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A ortotanásia difere dos institutos da eutanásia, distanásia e suicídio assistido. Esta se efetiva através de condutas médicas restritivas, limitando-se o uso de certos recursos por serem inadequados ao quadro clínico do indivíduo, acarretando na

¹⁹ Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)
[...]

suspensão de tratamentos fúteis. O objetivo não é encurtar o tempo de vida do enfermo, mas sim deixar de alongá-lo artificialmente, evitando que se prolongue o sofrimento do paciente em estado terminal (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 74-75).

Como elucidam Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (2017, p. 724), esse instituto deve estar alinhado à necessidade de manutenção de cuidados paliativos, não tendo como pressuposto o abandono do paciente, devendo receber a assistência necessária para que obtenha o maior conforto possível diante da delicada situação em que se encontra.

O Conselho Federal de Medicina editou, em 28 de novembro de 2006, a Resolução nº. 1.805²⁰, permitindo ao médico a realização da ortotanásia, verificado o preenchimento dos requisitos ali impostos. A resolução indicou que o profissional pode limitar ou suspender, na fase terminal de enfermidades graves, tratamentos que prolonguem a vida do doente, além de dispor sobre os cuidados paliativos necessários.

O Ministério Público Federal ajuizou, em 9 de maio de 2008, a Ação Civil Pública nº. 2007.34.00.014809-3 contra o Conselho Federal de Medicina, questionando a resolução e a competência do conselho, alegando que este não a possui para estabelecer como parâmetro ético uma conduta que, até então, era considerada criminosa (DADALTO, 2009, p. 531).

Luciana Dadalto (2009, p. 531) segue sua análise defendendo ser válida a resolução em questionamento, pelo fato de a ortotanásia estar de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia. Estes princípios propiciam a coexistência de diferentes projetos de vida na atual sociedade. Neste cenário, a

²⁰ RESOLVE:

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

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

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

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º 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.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

prática da ortotanásia é aceita e encorajada pelo Conselho Federal de Medicina, órgão responsável por delinear a atuação dos médicos.

Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (2017, p. 724), indicam que a resolução em foco já teve sua legalidade analisada e foi mantida no ordenamento jurídico, encerrando a discussão sobre a sua validade, restando permitida, assim, a prática da ortotanásia no Brasil. Todavia, observa-se que existe um problema com relação à clareza dos requisitos exigidos, frente à dificuldade de se apurar os conceitos de estado de terminalidade e doença grave e incurável.

O anteprojeto do novo Código Penal, em seu art. 122, *caput*, tipifica o crime de eutanásia, como já explicado anteriormente. O §2^o²¹ desse artigo prevê uma exclusão de ilicitude, para os casos de ortotanásia.

Desse modo, percebe-se que a ortotanásia consiste em uma prática lícita no Brasil, tendo passado pelo crivo do judiciário e continuado no sistema jurídico. Ademais, o projeto de lei visando a criação de novo Código Penal já inova em relação ao Código Penal Brasileiro de 1940, ao inserir o instituto da ortotanásia como uma hipótese de excludente de ilicitude do crime de eutanásia.

Contudo, a falta de lei específica sobre o tema ainda suscita dúvidas, principalmente em relação aos limites da ortotanásia. Já havia, antes da citada resolução, uma Lei Estadual de São Paulo, de nº. 10.241/99, que, em seu art. 2º, XXIII²², permite a recusa terapêutica que resulte na prática da ortotanásia. Aqui, não se traz o requisito da terminalidade, apenas dispendo que o paciente tem direito de recusar tratamento médico fútil, com o único escopo de postergar a vida. Mesmo assim, não há maiores especificações, diretrizes ou limitações.

É urgente a aprovação de lei federal que regulamente a prática da ortotanásia, dirimindo possíveis dúvidas sobre a sua realização e seus limites. Houve um Projeto de Lei, de nº. 524 de 2009, de autoria do Senador Gerson Camata (MDB/ES), que

²¹ Exclusão de ilicitude:

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

²² Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

[...]

XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; [...]

tratava sobre os direitos do paciente em fase terminal e, com isso, consagrava o instituto da ortotanásia. Todavia, o PL foi arquivado ao final da legislatura em 2014.

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Um problema relativo à resolução que regulamentou a ortotanásia foi que ela não trouxe uma solução para a questão da hipótese da falta de discernimento do paciente terminal para manifestar a sua vontade, deixando a escolha do tratamento adequado ou da suspensão do mesmo por conta da família, representante legal, e/ou profissional responsável. Com o objetivo de solucionar esse entrave, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº. 1.995 de 2012, que, segundo os ensinamentos de Silvio Eduardo Valente (2014, p. 55), faz parte da era de novos olhares do Biodireito, que privilegiam o consentimento e a autonomia do paciente, também presentes no atual Código de Ética Médica.

A Resolução nº. 1.995/12 regulamenta as diretivas antecipadas de vontade. Como explicam Matheus Mabtum e Patrícia Marchetto (2015, p. 90-91), estas compreendem uma manifestação prévia pela qual o paciente, de forma livre, capaz e no exercício de sua autonomia, expressa seu desejo em relação a tratamentos médicos futuros ou o de não os receber, para o caso de não poder expressá-los posteriormente. As diretivas integram uma hipótese de autodeterminação do indivíduo, o qual, baseado em seus valores pessoais, possui o direito de recusar a prática de tratamentos fúteis, em situações específicas.

As diretivas antecipadas de vontade surgem a partir da implementação no ordenamento de novos negócios jurídicos, mais especificamente de negócios biojurídicos. Pode-se afirmar que as diretivas consistem em um negócio jurídico que tem como objeto a disposição de vontade sobre tratamento médico futuro, seja pela aceitação ou pela recusa (PAVÃO; ESPOLADOR, 2019, p. 170). Nesse contexto, imprescindível se faz o estudo acerca da autonomia do paciente, se tratando, esta, de princípio do direito privado que fundamenta a existência de todo negócio jurídico.

4.1 AUTONOMIA DO PACIENTE

O princípio da autonomia na Bioética reflete uma parcela da discussão sobre a autonomia no Direito Civil. Consoante entendimento de Maurício Requião (2014, p. 18-22), a autonomia privada deve ser entendida como um elemento de concreção da própria dignidade humana. Resta importante salientar que a autonomia é princípio fundamental do Direito Privado, estando presente, tanto relativamente à sua promoção quanto à suas limitações, em todas as relações do ser humano.

Como explica Adriano Godinho (2014, p. 31), no âmbito da relação médico-paciente tem-se como questão extremamente controversa os limites da autonomia quanto às intervenções admitidas pelo indivíduo no seu próprio corpo, frente à atuação do profissional de saúde. A situação torna-se ainda mais complexa quando o sujeito em questão é paciente em estado terminal. A principal discussão relativa à autonomia de pacientes terminais gira em torno da própria capacidade civil destes, além da colisão deste princípio, representando suas vontades e interesses, com outros valores que permeiam o sistema jurídico.

4.1.1 Princípio da autonomia no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 introduziu a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Direito brasileiro, trazendo o ser humano para o centro do sistema jurídico. Esse fenômeno acarretou no que pode ser denominado de personalismo no Direito, especialmente no que diz respeito ao Direito Civil. Observa-se, todavia, que não é possível a construção de um conceito universal de dignidade. Portanto, em uma sociedade baseada na ideia de pluralidade, cada um pode viver a partir da sua própria noção de dignidade, desde que isso não represente uma violação ao próprio Direito. Diante disso, é notório o entendimento de que o principal pilar da dignidade é a própria liberdade (BROCHADO, 2018, p. 78).

Constata-se que o ordenamento jurídico consagra a liberdade como um dos valores mais importantes para o direito, especialmente no âmbito do Direito Privado. A liberdade possui diversas concepções: para a filosofia, esta representa a possibilidade

de opção, de escolha, mais conhecida como livre-arbítrio. Do ponto de vista sociológico, constitui a ausência de condicionamentos materiais e sociais. Para o Direito, a liberdade pode ser conceituada como o poder de praticar todos os atos não ordenados e não proibidos em lei, oferecendo ao sujeito a prerrogativa de eleger entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos (AMARAL, 2018, p. 55).

O princípio da autonomia surge como decorrência lógica do direito à liberdade. Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2016, p. 104) apresentam o princípio da autonomia limitada como uma das bases do Direito Civil. Este confere ao titular o poder de praticar ou de se abster de atos de acordo com seu próprio interesse e conveniência, dentro de determinados limites. Como limitações a esta autonomia, observa-se o que está posto na legislação, o direito de terceiros e da coletividade e o respeito aos demais valores que se fazem presentes no Direito.

Maurício Requião (2015, p. 39-40) afirma que a autonomia é dividida entre a autonomia privada e a existencial. Em relação à autonomia privada, não há um consenso quanto ao seu conteúdo. Embora seja indiscutível tratar da vontade humana e da autodeterminação do indivíduo, alguns autores a identificam como a liberdade humana enquanto outros a enxergam como o poder de criar normas jurídicas. O autor acredita que a autonomia privada é um princípio derivado da liberdade em sentido amplo, sempre em conexão com a ideia de liberdade econômica do sujeito.

A autonomia existencial, mesmo se tratado de conceito pertencente ao Direito Civil, aproxima-se, em seu objeto, do princípio da autonomia da Bioética. Este fragmento da autonomia remete ao dever de se fornecer ao sujeito as informações necessárias e garantir-lhe liberdade para tomar uma decisão de modo consciente e independente. Vincula-se, portanto, a questões como consentimento informado e diretivas antecipadas de vontade. É nesse ramo que se encontram problematizações envolvendo princípios e direitos fundamentais, tais como o direito à vida, liberdade e morte digna (REQUIÃO, 2015, p. 44).

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 119) complementa esse entendimento afirmando que, através do princípio da autonomia na Bioética, o paciente é considerado um sujeito que está apto a tomar decisões relativas a seu próprio corpo e acerca dos tratamentos médicos a que deseja ou não se submeter, conforme sua moral e valores

personais, contanto que dentro dos limites legais. O enfermo, desse modo, possui o direito de se autogerir dentro do espaço juridicamente admitido.

Vale salientar que a limitação da autonomia gira em torno, principalmente, da colisão entre este e algum outro princípio do Direito. Os princípios são responsáveis por formar uma base sólida, sob a qual o sistema jurídico brasileiro é construído. Por vezes, estes acabam colidindo, e há uma grande dificuldade de se avaliar qual deles deve preponderar. Nessas situações, é utilizada a técnica da ponderação dos interesses, na qual as normas jurídicas devem ser sopesadas para que se decida qual dos valores abarca, de maneira mais ampla, a dignidade humana (CHAVES; ROSENVALD, 2016, p. 90).

Como ensina Adriano Godinho (2014, p. 32) a autonomia fora pensada, em primeiro lugar, para ser aplicada aos negócios jurídicos de cunho eminentemente patrimoniais. Contudo, reduzir aquilo que faz com que os sujeitos de direito possam concretizar a noção de liberdade à troca de riquezas seria apequenar o próprio sentido de dignidade humana. Assim, fez-se imprescindível que o princípio da autonomia fosse concebido não apenas em relações pecuniárias, mas também no sentido de uma realização da própria ideia de personalidade.

Ana Carolina Brochado (2018, p. 85) entende que deve haver uma diferenciação entre os tipos de autonomia, de liberdades, já que a utilizada para realizar um contrato não pode ser a mesma – qualitativamente falando – da utilizada em prol de doar sangue ou órgãos. A questão é que existe uma grande disparidade entre os bens jurídicos envolvidos em situações jurídicas patrimoniais e situações jurídicas existenciais, levando em conta o fato de que a pessoa humana passou a desempenhar o papel de protagonista do direito após a Constituição Federal de 1988.

Portanto, para que se possa definir o tratamento adequado a ser dado em cada caso, evidencia-se a necessidade da qualificação da situação jurídica, sob o viés patrimonial ou existencial, tendo em vista a função cumprida por cada uma delas. Ademais, é notável o entendimento de que as situações jurídicas existenciais têm primazia sobre as patrimoniais (BROCHADO, 2018, p. 87).

Tal afirmação é posta frente ao fato de que as situações patrimoniais possuem uma atuação indireta visando a concretização da dignidade, já que engloba a noção de liberdade individual e tem como principal objetivo a realização de uma função social.

Todavia, nas situações jurídicas existenciais observa-se a realização direta da dignidade, conforme as próprias aspirações e valores pessoais de cada indivíduo, possuindo como função inerente a livre realização da personalidade (BROCHADO, 2018, p. 87).

4.1.2 Autonomia aplicada ao âmbito das relações médico-paciente

Adriano Godinho (2014, p. 31-33) afirma que o indivíduo possui liberdade sobre o seu próprio corpo, representando um meio de realização pessoal. Desse modo, entende-se que a pessoa não pode ser considerada “prisioneira de si mesma”, especialmente ao se tratar de situações que recaiam sobre seus direitos da personalidade, mais especificamente sobre seu corpo e integridade física.

O corpo humano é atributo indissociável das pessoas naturais, representando o suporte físico da personalidade de cada um. A autonomia, aparecendo como forma de concretização das liberdades individuais, permite, ainda que com limitações, que as pessoas se determinem de acordo com seus valores e vontades e, a partir disso, se reconheçam como seres livres e singulares (GODINHO, 2014, p. 31-33).

Renata Monteiro e Aluísio Gomes (2019, p. 87) trazem à tona a relação entre profissionais de saúde e pacientes ao longo da história. É possível observar que essa relação surgiu a partir de uma assimetria, já que o profissional de saúde era o detentor do conhecimento e possuía o poder decisório, enquanto o paciente, portador de enfermidade, era um indivíduo mais submisso.

Acontece que, na modernidade, essa disparidade vem diminuindo, deixando o profissional e o enfermo em uma relação menos verticalizada e um pouco mais horizontalizada. A pessoa doente tem passado a assumir papel mais ativo na relação com o médico quanto às decisões sobre seus cuidados relativos a procedimentos, intervenções e tratamentos. É perceptível que essa evolução reflete o desenvolvimento da autonomia do paciente (MONTEIRO; GOMES, 2019, p. 87).

A autonomia para as escolhas pautadas na existência do sujeito, relativas aos direitos da personalidade e à bioética, em geral, e à disponibilidade do próprio corpo, em particular, serve como forma de garantir a preservação da identidade do indivíduo,

livre para viver conforme seus próprios princípios morais. Por conseguinte, tanto o ideal excessivamente paternalista quanto o excessivamente minimalista são rompidos, em uma busca pelo equilíbrio entre as vontades do enfermo relacionadas a sua integridade física e a atuação do profissional responsável, que deve buscar salvaguardar a vida e o bem-estar do paciente (GODINHO, 2014, p. 33-34).

Richard Thaler e Cass Sustein (2003, p. 175) apontam uma visão interessante que busca o equilíbrio entre o paternalismo e o liberalismo. Os referidos autores explicam que o paternalismo consiste em uma política que tem o escopo de influenciar as escolhas das partes, de maneira a fazer com que elas elejam a melhor opção. O total repúdio ao paternalismo não é positivo, já que o objetivo deste é buscar o bem-estar do indivíduo. Acontece que é necessário buscar um ponto em que visões paternalistas e visões que privilegiem a autonomia do sujeito convirjam. Importa salientar que isso cabe tanto em espaços e políticas públicas quanto em situações privadas²³.

Partindo desta premissa, o paternalismo libertário surge como um ideal viável a agregar os dois conceitos. O paternalismo libertário é uma abordagem que autoriza instituições a orientar as pessoas em suas decisões, para que tenham as informações necessárias e possam caminhar para um lado mais benéfico, porém de uma forma que privilegie a autonomia e liberdade de escolha destas. O objetivo é permitir que os sujeitos possam realizar suas próprias escolhas, mas tendo informação, orientação e aconselhamento, sem que isso insurja em qualquer tipo de coerção (THALER; SUSTEIN, 2003, p. 179)²⁴.

Como explicita Adriano Godinho (2014, p. 31-34), existe uma grande dificuldade em estabelecer os limites da autonomia do enfermo quanto às intervenções que admite ou rechaça sobre seu corpo frente à atuação do profissional de saúde. Ademais, constata-se que a insuficiência de normas legais regendo tais institutos e seus requisitos prejudica ainda mais a busca pela definição dos limites das decisões do paciente, de modo que tais limites não resultem em violações à sua autonomia, liberdade e dignidade.

Como afirmam Renata Monteiro e Aluísio Gomes (2019, p. 87), é de extrema importância que a autonomia do enfermo não resulte na completa transferência da

²³ Tradução livre

²⁴ Tradução livre

responsabilidade da decisão médica. Assim, o princípio da autonomia se manifesta no exercício da escuta e de reconhecimento do outro pelo profissional de saúde, que tem o dever de informar o sujeito sobre todas suas opções com todos os esclarecimentos necessários, para que, em conjunto, possam chegar a um consenso sobre o tratamento adequado.

4.1.2.1 Do consentimento informado

Ainda em torno da presente discussão, torna-se imprescindível tratar do consentimento informado. Adriano Godinho (2014, p. 35) explica que este representa a autonomia que o indivíduo possui para aceitar ou recusar tratamentos e intervenções médicas, a partir das informações que lhe são prestadas relativas aos riscos inerentes aos procedimentos e aos tratamentos aconselháveis. Ademais, importa salientar que a declaração do sujeito, de modo a consentir ou não com a intervenção médica, é obrigatória, independente da extensão do procedimento e dos riscos ligados a este.

De acordo com Silvio Beltrão (2014, p. 12) a necessidade do consentimento informado surge do desnível existente entre o conhecimento técnico que detém o médico face ao paciente, como uma tentativa de compensação a essa disparidade. A informação oferecida ao paciente se faz, desse modo, essencial, já que o mesmo não é capaz de tomar decisões sem a obtenção desse conhecimento, que lhe deve ser passado de forma clara e por meio de linguagem compreensível. Infere-se que o indivíduo se encontra impossibilitado de discutir termos gerais dos procedimentos médicos aconselhados caso não possua tais esclarecimentos sobre estes.

Não existe tratamento expresso na legislação em relação ao consentimento informado, todavia, o Código Civil de 2002, em seu art. 15²⁵, dispõe que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico com risco de vida. A partir desse dispositivo, interpreta-se que o consentimento do paciente é componente indispensável para a realização de procedimentos e tratamentos médicos que apresentem risco de vida. Constata-se que, em geral, o risco de vida está presente

²⁵ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

em qualquer procedimento, por menor que seja, sendo o consentimento do paciente obrigatório em todos os casos, salvo exceções bem específicas que serão analisadas em momento posterior nesta monografia.

Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 37) criticavam a forma que esse instituto tinha antes de regulamentação específica do Conselho Federal de Medicina. De acordo com os autores, o que se observou, na prática, foi que o consentimento informado acabou se convertendo em apenas um documento a ser assinado pelo paciente, sem que houvesse a real preocupação que ele entendesse os riscos, benefícios, e demais opções de tratamentos.

O chamado de Termo de Consentimento Informado era redigido em linguagem técnica, de difícil compreensão para o indivíduo. Ademais, o paciente, com medo da situação que se encontrava, terminava assinando e concordando com algo sem ter todas as informações necessárias de forma acessível, indispensáveis para que pudesse ter real entendimento de todas as hipóteses existentes (SÁ; TORQUATO, 2015, p. 37).

O Conselho Federal de Medicina, nesse sentido, entendeu haver a necessidade de tratar desse tópico de forma mais específica e, através da Recomendação nº 1/16²⁶, dispôs sobre o consentimento livre e esclarecido. Ademais, o Novo Código de Ética

²⁶ Em resumo, as seguintes recomendações são apresentadas neste documento:

- a) O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. Portanto, não se enquadra na prática da denominada medicina defensiva.
- b) A forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido).
- c) A redação do documento deve ser feita em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão. Os termos científicos, quando necessários, precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível.
- d) Em relação ao tamanho da letra, recomenda-se que seja pelo menos 12 e, com a finalidade de incentivar a leitura e a compreensão, que o termo seja escrito com espaços em branco ou alternativas para que o paciente possa, querendo, completá-los com perguntas a serem respondidas pelo médico assistente ou assinalar as alternativas que incentivem a compreensão do documento. Depois de assinado pelo paciente, tais espaços em branco e/ou alternativas, quando não preenchidos, deverão ser invalidados.
- e) O paciente, ou seu representante legal, após esclarecido, assume a responsabilidade de cumprir fielmente todas as recomendações feitas pelo médico assistente.

Médica traz, em seu capítulo IV, que trata dos direitos humanos aplicados à medicina, diversas disposições acerca da necessidade do consentimento do paciente²⁷.

O objetivo foi tornar esse consentimento informado mais do que apenas um termo, já que é preciso que o paciente realmente tenha noção do que está assinando e concordando, devendo receber todas as informações de forma clara e através de linguagem acessível.

Desse modo, entende-se que o consentimento informado deve ser obtido a partir da realização de duas etapas: a primeira delas consiste no momento em que o profissional responsável concede ao sujeito as informações com clareza suficiente para que este possa tomar a sua decisão; a segunda consiste na própria escolha do paciente, momento em que ele pode refletir acerca das informações prestadas pelo médico e manifestar sua vontade livremente (BELTRÃO, 2014, p. 12).

Rui Nunes (2016, p. 105-106) ressalta que o consentimento informado representa a expressão máxima do respeito pela autodeterminação do paciente. É nesse sentido que o testamento vital, espécie das diretivas antecipadas de vontade, consiste em uma reinvenção do consentimento informado, o qual não terá efeitos no momento da concordância ou discordância, mas sim quando o paciente já estiver em um estado mais avançado da doença.

²⁷É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto. [...]

Art. 24. Deixar 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.

[...]

Art. 26. Deixar 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.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade. Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

4.1.2.2 Da capacidade para consentir

Para que se possa realizar um exame adequado da capacidade para consentir, faz-se necessária análise acerca do instituto da capacidade civil. Francisco Amaral (2018, p. 331) explica que a capacidade pode ser de direito ou de fato. A primeira representa a aptidão que toda pessoa natural adquire, a partir de seu nascimento com vida, de ser titular de direitos e deveres. Já a capacidade de fato consiste na aptidão para praticar atos da vida civil, como efeito da autonomia de cada um. O Código Civil de 2002 regula a matéria em seu artigo em seu Capítulo I: “Da personalidade e da capacidade”.

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal (2016, p. 321-322), a regra é que os sujeitos de direito sejam capazes, sendo a incapacidade uma exceção. O indivíduo incapaz recebe uma proteção diferenciada do ordenamento jurídico, pelo fato de não possuir o mesmo discernimento e compreensão de vida das pessoas plenamente capazes, não tendo as mesmas condições que estas para a prática dos atos da vida civil.

Em se tratando dos sujeitos incapazes, constata-se que o Código Civil de 2002 fez uma diferenciação entre os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. Os absolutamente incapazes são os indivíduos que não possuem qualquer capacidade de agir, de acordo com a legislação, sendo estes restritos aos menores de 16 anos²⁸. Para que possam praticar atos da vida civil, precisam estar representados por outrem, denominado de representante legal. (CHAVES; ROSENVALD, 2016, p. 325).

Por outro lado, a incapacidade relativa²⁹ diz respeito a determinados atos. Os relativamente incapazes são os maiores de 16 e menores de 18 anos; os ébrios

²⁸ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

²⁹ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem expressar suas vontades; e os pródigos. Como expresso pelo Código Civil, a capacidade dos indígenas é determinada por legislação especial (AMARAL, 2018, p. 336-337).

Francisco Amaral (2018, p. 338) ilustra que, enquanto os absolutamente incapazes são protegidos por meio do instituto da representação, os relativamente incapazes gozam de proteção jurídica distinta. O sujeito relativamente incapaz deve ser assistido na prática de determinados atos da vida civil, consistindo na intervenção conjunta do incapaz e de seu assistente na prática deste ato. Os assistentes podem ser os pais ou tutores.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016, p. 332) relatam que os sujeitos relativamente incapazes fazem parte de uma categoria de pessoas que necessitam de proteção jurídica especial, porém em um grau inferior à dos absolutamente incapazes. Diferentemente do tratamento dado ao absolutamente incapaz, o sistema jurídico não ignora a vontade do relativamente incapaz, desde que esteja regularmente assistido. Desse modo, pode-se afirmar que, para que os atos praticados pelo relativamente incapaz sejam válidos, faz-se necessário, além da presença do assistente, a atuação ou intervenção do próprio incapaz.

Como consequência à prática de atos por incapazes sem a devida representação ou assistência tem-se a invalidade do ato. No caso de atos praticados por absolutamente incapazes, estes serão nulos de pleno direito. Em contrapartida, os atos praticados por um relativamente incapaz sem a devida assistência ou autorização serão anuláveis, ou seja, produzem efeitos até que decisão judicial reconheça a sua invalidade (CHAVES, ROSENVALD, 2016, p. 325).

Uma grande discussão em relação à matéria gira em torno da capacidade da pessoa com deficiência, física ou mental. A pessoa com deficiência mental já fora considerada, pelo Código Civil de 2002, como absolutamente incapaz. Todavia, o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou essa disposição.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016, p. 323), não é possível estabelecer uma ligação direta entre a incapacidade e a deficiência. O simples fato de se tratar de pessoa com deficiência não implica, automaticamente, na incapacidade jurídica de manifestar suas vontades. Sendo assim, caso essa pessoa se encontre impossibilitada de exprimir suas vontades dada a deficiência, esta vai se enquadrar no art. 4º, III do Código Civil, passando a ser considerada como relativamente incapaz, seja de forma permanente ou transitória. Em suma, o único fato de se tratar de pessoa com deficiência não acarreta na incapacidade, apenas acarretará se esta estiver impossibilidade de exprimir suas vontades.

Em relação ao consentimento informado, Adriano Godinho (2014, p. 38-39) chama atenção para o fato de que, para que este seja válido, é preciso que o sujeito tenha capacidade para consentir. Ao aplicar o instituto da incapacidade às relações médicas, percebe-se, primeiramente, que os pródigos não teriam impedimento para a realização dos atos relacionados a sua saúde. Isso porque estes são incapazes de exercer atos jurídicos de conteúdo patrimonial, o que não se verifica ao tratar de situações ligadas à vida ou integridade física. Em relação aos demais casos, se a teoria das incapacidades fosse aplicada de maneira estrita, seria necessário obter o consentimento dos representantes ou assistentes dos incapazes. Contudo, observa-se que essa lógica tradicional não contempla os interesses dos incapazes se tratando de direitos tão essenciais tais como a vida, saúde e integridade física.

Silvio Beltrão (2016, p. 105) elucida que a validade do negócio jurídico depende da perfeição da vontade manifestada. É notável, portanto, que a capacidade para manifestar a vontade em relação a um tratamento médico difere daquela necessária para situações jurídicas patrimoniais. Em casos envolvendo relações no âmbito médico-paciente o sujeito precisa ter uma capacidade especial. Esta deve englobar o discernimento para compreender todas as circunstâncias médicas, efeitos e consequências da doença, riscos dos tratamentos, entre outros, para que possa, então, tomar uma decisão que melhor atenda a seus interesses e que seja livre de vícios que a invalidem.

Nesse sentido, a capacidade para consentir, em situações médicas, representa um conceito distinto do conceito de capacidade negocial. Averigua-se que podem existir situações em que o sujeito é considerado capaz para os atos da vida civil, mas que,

mesmo assim, não possua capacidade para expressar sua vontade em questões médicas, como, por exemplo, por influência de forte dor ou sofrimento. A análise dessa capacidade deve ser realizada pelo profissional responsável, qual seja o próprio médico, diante das circunstâncias que envolvem o caso clínico do enfermo (BELTRÃO, 2016, p. 106).

A situação inversa também pode ser verificada. Como defende Adriano Godinho (2014, p. 40), é essencial que se considere a opinião do incapaz, contanto que este possua discernimento suficiente e compreenda todas as circunstâncias às quais esteja submetido para que possa manifestar sua vontade. Caso se encontre intelectualmente hábil, deve ser permitido a este decidir conforme os meios e valores que lhe pareçam mais adequados, de forma a atender seus próprios interesses.

Para justificar esta ruptura com a normatização geral que disciplina a matéria, caberá partir não das regras ordinárias que regem a capacidade, mas dar abertura a uma especial capacidade para consentir, também conhecida por capacidade natural: em se tratando de direitos da personalidade inerentes aos incapazes, pode-se afirmar, à partida, que caberá a eles a manifestação do consentimento, caso tenham discernimento suficiente para tanto (GODINHO, 2014, p. 40).

Percebe-se, portanto, que a autonomia do sujeito no âmbito de relações médico-paciente é exercida através do consentimento informado, que tem como requisito de validade a capacidade para consentir. Essa capacidade deve ser analisada mediante casos concretos, pelos profissionais de saúde responsáveis. Sendo assim, observa-se que muitos enfermos não possuirão capacidade de consentir, especialmente em estágios avançados de doenças graves, não tendo discernimento suficiente para expressar suas vontades de forma válida, o que dificulta que seus interesses sejam preservados.

Destarte, as diretivas antecipadas de vontade surgiram para que os pacientes tenham a oportunidade de expressar suas vontades em relação a tratamento médico futuro em um momento prévio, em que ainda possuam discernimento para tal, com o intuito de que sejam respeitados, ao máximo, os desejos do indivíduo, de modo a garantir sua dignidade.

4.2 ORIGEM DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E ESPÉCIES

Sílvio Eduardo Valente (2014, p. 54-55) relata que as diretivas antecipadas de vontade surgiram nos Estados Unidos, de forma similar à sua origem no Brasil, já que tiveram normatização antecedida por uma fase pré-legislativa. O primeiro estado americano a regular a questão foi a Califórnia, em 1976, seguido pelos demais estados e territórios. Pouco mais tarde, na década de 1990, as diretivas surgiram em território europeu.

Em relação à regulamentação da matéria na Califórnia, em 1976, por meio de um documento denominado *The Natural Death Act*, Albert Jonsen (1978, p. 514-515) explica o conteúdo da então inovativa legislação. De acordo com o autor, o documento em questão buscou consagrar a morte digna, dando autonomia aos pacientes para a recusa de tratamentos, a autorização para a realização da ortotanásia, entre outros³⁰.

O *The Natural Death Act* foi responsável, também, por inserir na Califórnia as diretivas antecipadas de vontade. Desse modo, qualquer adulto capaz poderia redigir um documento que expressasse seus desejos relativos a tratamentos médicos futuros, antecipando uma possível incapacidade. A capacidade da pessoa deveria ser atestada para fins da redação de tal documento, que poderia ser revogado ou modificado, devendo ser feito de forma escrita e na presença de testemunhas (JONSEN, 1978, p. 514-515)³¹.

O documento americano *The Natural Death Act* também traz conceitos importantes no âmbito da prática médica para a realização da ortotanásia e para os limites das diretivas antecipadas de vontade, como o conceito de paciente terminal, que será objeto de análise mais adiante nesta monografia.

Sobre a evolução das diretivas, Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato (2015, p. 106-107) explanam que, em 1991, entrou em vigor nos Estados Unidos o *PSDA* (*Patient Self-Determination Act*), traduzido como Ato de Autodeterminação do Paciente, texto normativo em âmbito federal que reconheceu a autonomia do paciente, inclusive para recusar tratamento.

³⁰ Tradução livre

³¹ Tradução livre

Luciana Dadalto (2013, p. 1) explica que as diretivas antecipadas de vontade, como conhecidas na atualidade, são produto do *Patient Self-Determination Act*. Essa lei federal foi responsável por instituir as diretivas nos Estados Unidos como um gênero, no qual o paciente passaria a ter o direito de manifestar suas vontades relativas a tratamentos médicos através do *living will* (testamento vital) ou *durable power of attorney for health care* (mandato duradouro), espécies daquelas.

Sobre o surgimento do instituto na Europa, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, também conhecida como *Convenio de Oviedo*, consagrou as diretivas em território europeu. Redigida em 4 de abril de 1997, o seu art. 9^o³² reconheceu a autonomia de vontade de paciente e o direito deste de expressar seus desejos em um momento prévio. Destaca-se que, apesar de ter sido um documento apto a regulamentar as diretivas na Europa, cada país signatário, tendo seu próprio ordenamento jurídico, precisou aprovar lei nacional própria levando em conta suas especificidades.

No Brasil, o tema ainda não foi regulado por lei específica. As diretivas antecipadas de vontade entraram no sistema brasileiro através da Resolução nº. 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina, tendo sido alvo de elogios, mas também de severas críticas. A Resolução chegou até o Supremo Tribunal Federal, que decidiu que esta é compatível com a legislação brasileira, tema que será tratado com mais detalhes em momento posterior deste trabalho (DADALTO, 2016, p. 460-461).

Importante destacar que o instituto das diretivas antecipadas de vontade constitui um gênero, que tem como espécies o testamento vital e o mandato duradouro (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 2013, p. 464).

O testamento vital consiste na manifestação de vontade do próprio paciente em relação a tratamento médico futuro, em caso de se encontrar impossibilitado de se expressar quanto a isso. Já no mandato duradouro, o paciente vai eleger terceiro que, no momento em que já não tiver mais discernimento para tomar as próprias decisões

³² Artigo 9.º A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

médicas, irá atuar em seu lugar, sendo responsável por optar pelos procedimentos que julgue adequados ou recusá-los (PAVÃO; ESPOLADOR, 2019, p. 176).

O indivíduo pode escolher entre o testamento vital e o mandato duradouro. Porém, outra hipótese que possui é a cumulação dessas duas espécies, situação na qual o paciente faz um testamento vital e um mandato duradouro. A coexistência dos dois aumenta a probabilidade de que os interesses do sujeito sejam preservados, já que o procurador eleito poderá decidir pelo paciente nos casos em que o testamento vital for omissivo. Ademais, o terceiro escolhido pelo paciente também pode auxiliar a equipe médica em situações em que a família do enfermo se posicione de forma contrária à vontade do paciente expressa através do testamento vital (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 2013, p. 468).

4.3 DA RESOLUÇÃO Nº. 1.995 DE 2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

As diretivas antecipadas de vontade ganharam destaque, no Brasil, a partir da Resolução nº. 1995³³ de 2012 do Conselho Federal de Medicina. Esta foi responsável por inserir, oficialmente, o instituto no país.

³³ RESOLVE:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade 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.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Luciana Dadalto (2016, p. 446) defende que essa Resolução representa um avanço aos direitos dos pacientes em final de vida, por se tratar de norma que, ainda que seja meramente administrativa, reconhece a autonomia do enfermo para manifestar sua vontade relativa a seus próprios cuidados médicos em momento posterior, e o dever dos familiares e profissionais responsáveis de respeitarem tal vontade.

4.3.1 Do Conselho Federal de Medicina

A Lei nº. 3.268, de 30 de setembro de 1957, foi responsável por criar o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, e estabelecer suas respectivas competências. Os Conselhos de Medicina, então, trabalham no sentido de fiscalizar atividades médicas e zelar pela ética da profissão, servindo como supervisores e disciplinadores da classe (AITH, 2007, p. 174-175).

4.3.1.1 Competências

Fernando Aith (2007, p. 175) aponta as atribuições do Conselho Federal de Medicina, que estão dispostas no art. 5^o³⁴ da Lei nº. 3.268/57. O artigo apresenta onze atribuições, dentre as quais a de aprovar os regimentos internos dos Conselhos

³⁴ Art. 5º São atribuições do Conselho Federal:

- a) organizar o seu regimento interno;
- b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais;
- c) eleger o presidente e o secretário geral do Conselho;
- d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais;
- e) promover quaisquer diligências ou verificações, relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federal, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem da sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória;
- f) propor ao Governo Federal a emenda ou alteração do Regulamento desta lei;
- g) expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais;
- h) tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimi-las;
- i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais, ou de qualquer interessado, deliberar sobre admissão de membros aos Conselhos Regionais e sobre penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos.
- j) fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina; e (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)
- l) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais. (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)

Regionais, alterar o Código de Deontologia Médica, expedir instruções ao funcionamento dos Conselhos Regionais, entre outras.

A grande discussão acerca das atribuições do Conselho Federal de Medicina é relativa às resoluções que ele edita, e se isso seria uma extrapolação ou não de suas competências. De acordo com Sérgio Pittelli (2002, p. 39), os Conselhos de Medicina são autarquias e, por isso, possuem administração própria, sem que, todavia, tenham o poder de legislar. Acontece que, mesmo não tendo poder de legislar, as autarquias realizam atividades típicas do Estado, de forma descentralizada, ou seja, podem exercer o poder normativo do Estado, dentro de determinados limites. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina pode estabelecer normas dentro do âmbito de sua atuação, desde que não contrárias à legislação vigente e que não imponham obrigações, penalidades ou proibições que não estejam previstas em lei.

Assim, verifica-se que o Conselho Federal Medicina possui função normativa em relação à ética e condutas dos trabalhadores da área de saúde. As resoluções do Conselho Federal de Medicina funcionam como a representação desse poder normativo, devendo estar sempre dentro dos limites do imposto pelas leis e pela Constituição (AITH, 2007, p. 175).

4.3.1.2 Do Novo Código de Ética Médica

O primeiro Código de Ética Médica do Brasil foi publicado em 1867, com suas inspirações no Código de Ética Médica da Associação Médica Americana. Um Código de Ética Médica nada mais é do que um documento, atualmente elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre os deveres e obrigações referentes ao exercício da Medicina, de modo a resguardar as atividades legais e determinar punições para condutas não autorizadas. Esses regulamentos, no Brasil, ao longo de sua história, tiveram o compromisso de promover e prestigiar o profissional de saúde, de modo a incentivar a união da categoria e estabelecer valores, deveres e virtudes para com o tratamento do paciente (NÚÑEZ, 2019, p. 1).

Nedy Cerqueira Neves (2006, p. 45) relata que os Códigos de Ética Médica têm suas raízes na evolução científico-tecnológica. É inegável que eles se tornaram mais

complexos a partir do início do século XX e, no Brasil, a criação do Conselho Federal de Medicina, em 1945, foi marco importante para o enriquecimento dos futuros códigos. Importa salientar que os princípios e valores contidos no Código de Ética Médica têm o condão de nortear a conduta do profissional, não se tratando, entretanto, de leis imutáveis. Os Conselhos Regionais de Medicina devem interpretar tais disposições e aplicá-las de acordo com as peculiaridades de cada região.

Em relação ao Código de Ética Médica atual, Benigno Núñez (2019, p. 1) afirma que este entrou em vigor em 2019. O Conselho Federal de Medicina aprovou o texto após anos de discussões, atualizando a versão anterior, o Código de 2009. No código novo, foram incorporados artigos específicos sobre a comunicação do médico e inovações científicas e tecnológicas, mantendo, todavia, os princípios e valores consagrados no código anterior. O respeito ao ser humano e a atuação médica em prol da saúde e a não discriminação aparecem como princípios indispensáveis à boa atuação do profissional de saúde.

Como explica Henderson Fürst (2018, p. 1), o Novo Código de Ética Médica traz inovações levando em conta as propostas e reivindicações dos Conselhos Regionais de Medicina, entidades médicas e instituições científicas. O Código mantém o texto do regulamento anterior, porém apresentando avanços no sentido de dispor sobre situações complexas cotidianas da profissão e tentar preencher lacunas deixadas pelos códigos anteriores. Neste sentido, foi adicionado no Capítulo IV, que trata de Direitos Humanos, o parágrafo único ao art. 23³⁵, referente ao relacionamento do profissional de saúde com os pacientes e também com os colegas.

Uma importante adição ao Novo Código de Ética Médica foi a alteração o §2º do art. 36³⁶, dispondo que o médico continuará assistindo o paciente em situação terminal, de modo a provê-lo de todos os cuidados paliativos necessários. O que o Conselho

³⁵ “É vedado ao médico:

[...]

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Parágrafo único. O médico deve ter para com seus colegas respeito, consideração e solidariedade.

³⁶ É vedado ao médico:

Art. 36 Abandonar paciente sob seus cuidados.

[...]

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou à sua família, o médico não o abandonará por este ter doença crônica ou incurável e continuará a assisti-lo e a propiciar-lhe os cuidados necessários, inclusive os paliativos.

Federal de Medicina buscou consagrar, com essa inserção, foi o fato de que os cuidados paliativos devem ser considerados como benéficos ao paciente, e não como uma medida extrema, já que consiste em um recurso válido e necessário (FÜRST, 2018, p. 1)

Henderson Fürst (2018, p. 1) defende que essa mudança reflete uma nova concepção da sociedade acerca do momento da morte. A adição de artigos como este no Novo Código de Ética Médica demonstra uma cultura que vem surgindo na comunidade médica em relação à terminalidade de vida, que deve ser humanizada e acompanhada pelo profissional responsável. Nesse sentido, o Código em questão repudia a obstinação terapêutica e o instituto da distanásia, defendendo a realização da ortotanásia, que deve ser compatibilizada aos cuidados necessários para que o paciente possa ter seu sofrimento amenizado em um momento de final de vida.

4.3.2 Da constitucionalidade da Resolução nº. 1.995 de 2012 e da Ação Civil Pública nº. 0001039-86.2013.4.01.3500

Luciana Dadalto (2016, p. 445) ressalta que a resolução regulamentadora das diretivas foi alvo da Ação Civil Pública nº. 0001039-86.2013.4.01.3500, ajuizada pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás, que questionava a sua constitucionalidade. Essa ação representou um marco importante para as diretivas, devido ao fato de que gerou a primeira decisão judicial reconhecendo a validade do instituto em questão.

O magistrado, o Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida (2013, p. 3-4), em decisão liminar, afirmou o seguinte:

Assim, em análise sumária, entendo que o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº. 3268/57, tendo a Resolução CFM nº 1995/2012 apenas regulamentado a conduta médica ética perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não na hipótese de encontrar em estado terminal e irremediável. Igualmente, em exame inicial, entendo que a Resolução é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício.

Silvio Eduardo Valente (2014, p. 93) ilustra que não há de se falar em inconstitucionalidade, já que a referida Resolução obedece ao art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, ao garantir a dignidade humana do paciente. Ademais, também se encontra de acordo com o art. 5º, II e III do diploma, que tratam, respectivamente, da autonomia e da vedação a tratamento humano degradante.

É perceptível que diversos procedimentos médicos distanásicos podem ser comparados a tratamento humano degradante, por causar imenso sofrimento ao enfermo com o único intuito de prolongar a vida, sem apresentar reais chances de cura. Não há, tampouco, que se falar em ilegalidade, já que a Resolução se encontra em consonância com o Código Civil de 2002, que, em seu art. 15³⁷, privilegia a autonomia do paciente (VALENTE, 2014, p. 93).

Mesmo antes de decisão judicial no sentido de confirmar a validade das diretivas, já era possível defendê-las com base em uma interpretação sistemática do Direito brasileiro, a partir de princípios constitucionais e direitos fundamentais. Todavia, o fato de a Resolução ter passado pelo crivo do Poder Judiciário e ter sido mantida no ordenamento gerou uma maior segurança jurídica, tanto para os profissionais da área de saúde, ao agirem de acordo com as vontades dos pacientes, quando a estes, por terem maior garantia de que seus interesses serão respeitados. Outrossim, percebe-se que o reconhecimento da constitucionalidade da Resolução também foi de extrema importância para divulgar o tema e provocar discussões acerca deste, que, até então, era pouco conhecido e difundido no Brasil (DADALTO, 2016, p. 446).

4.3.3 Da regulamentação atual das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro

Como explicam Renata Monteiro e Aluisio Gomes (2019, p. 92), as diretivas antecipadas de vontade nunca foram regulamentadas, especificamente, por meio do Poder Legislativo. Todavia, percebe-se que, nos diplomas legais brasileiros, há diversas referências ao direito de recusa de tratamento médico. Ademais, é notável que o instituto está de acordo com os direitos humanos, fundamentais e os princípios

³⁷ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

consagrados pela Constituição Federal de 1988. A resolução responsável por inserir o instituto, oficialmente, no país, já passou pelo Poder Judiciário e foi mantida no Brasil, não havendo, portanto, qualquer inconstitucionalidade.

Ainda assim, constata-se que a existência da Resolução do Conselho Federal de Medicina não é suficiente para a regulamentação das diretivas antecipadas de vontade. A Resolução não possui força de lei e, por se tratar de ato administrativo, tem vinculação restrita, sendo necessária a edição de ato normativo a fim de regulamentar o instituto no sistema jurídico brasileiro (DADALTO, 2016, p. 446-447).

Entende-se ser urgente a aprovação de uma lei sobre o tema pelo Congresso Nacional. Questões envolvendo a vida e a morte são extremamente polêmicas, misturando valores pessoais, princípios individuais e crenças religiosas, e é manifesto que as diretivas antecipadas de vontade ainda são consideradas, por muitos, erroneamente, como uma forma de eutanásia, o que provoca uma dificuldade de aprovação de lei sobre o tema (DADALTO, 2016, p. 446-447).

Há um projeto de lei de autoria dos Deputados Pepe Vargas, Chico D'Angelo e Henrique Fontana, de nº. 5.559 de 2016, que dispõe sobre os direitos do paciente. Tal projeto cita a existência das diretivas antecipadas de vontade, trazendo sua definição no art. 2º, II³⁸. O PL 5.559/16 também dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade como sendo um direito do paciente, em seu art. 20³⁹.

O Projeto de Lei foi apresentado em 2016, e encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados. Em uma última consulta à situação deste, em 25 de junho de 2020, infere-se que o PL foi devolvido ao Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o Deputado Federal Paulo Teixeira (PT-SP), e aguarda seu parecer. O Projeto de Lei já foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias e pela Comissão de Seguridade Social e Família, com algumas emendas em seu texto original.

Sobre o assunto, Luciana Dadalto (2016, p. 446-447) entende que, apesar de representar um avanço em termos de regulamentação legal dos direitos dos

³⁸ Art. 2º Para os fins desta Lei, são adotadas as seguintes definições

II – diretivas antecipadas de vontade: documento que contém expressamente a vontade do paciente quanto a receber ou não cuidados, procedimentos e tratamentos médicos, a ser respeitada quando ele não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade;

³⁹ Art. 20. O paciente tem o direito de ter suas diretivas antecipadas de vontade respeitadas pela família e pelos profissionais de saúde.

pacientes, o PL não regulamenta, especificamente, as diretivas antecipadas de vontade. Não se pode negar que as diretivas são consideradas lícitas, todavia, ainda assim, é imprescindível que haja uma lei específica com o fulcro de regulamentar a matéria. Necessário se faz a criação de lei para tratar de requisitos legais, formais, a adoção de modelos de diretivas, estabelecer as diferenças entre este gênero e o testamento vital, além de diversas outras questões relativas à matéria que precisam ser resolvidas através da esfera legislativa.

Neste sentido, foram propostos os Projetos de Lei do Senado nº. 149 de 2018, de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS), e nº. 267 de 2018, de autoria do Senador Paulo Rocha (PT/PA), que buscaram regulamentar, especificamente, o instituto das diretivas antecipadas de vontade. O PLS nº. 267/18 foi arquivado, enquanto o de nº. 149/18 continua em trâmite. Uma análise mais profunda desses projetos será realizada mais à frente neste trabalho.

Ressalte-se que, apesar dos citados projetos, ainda não houve aprovação de nenhuma lei, havendo, portanto, uma lacuna jurídica em relação à matéria. A falta de legislação específica sobre o tema cria uma grande insegurança nos profissionais de saúde, além de não serem vislumbrados, de forma clara, os limites e alcances do instituto.

5. LIMITES DA DECISÃO DO PACIENTE FACE A ATUAÇÃO MÉDICA

Leonard Martin (2020, p. 3) explica que a sociedade passou por grandes transformações no que tange à relação médico-paciente. Existiu uma época em que os profissionais de saúde estavam limitados diante de doenças graves e mortes, e tais realidades eram mais bem aceitas pelos enfermos e suas famílias. O papel do médico, mais do que o de trazer a cura, consistia no acompanhamento do paciente em suas fases mais avançadas da doença, de modo a aliviar a sua dor e tornar seu fim de vida mais confortável.

A evolução tecnológica, com a conseqüente modernização da medicina, chegou para mudar drasticamente a maneira como o enfermo é tratado. Doenças que, antigamente, eram consideradas incuráveis e entendidas como uma “sentença de

morte”, hoje são vistas como tratáveis ou controláveis, permitindo que o indivíduo viva com determinadas enfermidades por anos. O que se observou, como ponto negativo de toda essa revolução, foi que a morte passou a ser a grande inimiga a ser vencida a qualquer custo, e o médico começou a ter uma relação extremamente paternalista com o paciente (MARTIN, 2020, p. 3).

Daniel Muñoz e Paulo Antônio Fortes (2020, p. 6) afirmam que há uma tendência recente em se estabelecer uma relação entre profissionais de saúde e pacientes tendo como base a autonomia destes. No Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, percebe-se como as liberdades individuais e a autonomia vêm sendo ampliadas em seus âmbitos de atuação. O Código de Ética Médica privilegia a autonomia e os direitos fundamentais na relação médico-paciente.

As diretivas antecipadas de vontade, como explicado anteriormente, surgiram para dar mais efetividade ao desejo do paciente. Dessa maneira, elas privilegiam as decisões do enfermo, que agora pode tomá-las previamente, para que sejam respeitadas quando este se tornar incapaz. O médico tem o dever de atender aos desejos que foram previamente expressos pelo paciente.

Acontece que as diretivas ainda não foram regulamentadas por lei específica. Mesmo tendo sido inseridas no Brasil através da Resolução nº. 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina, tendo passado por exame de constitucionalidade e tendo sido mantidas no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que ainda há muitas questões em aberto sobre o assunto, o que vem suscitando muita divergência entre médicos e juristas.

Diante disso, percebe-se que os limites da decisão do paciente, através das diretivas antecipadas de vontades, não estão muito claros. Sabe-se que a eutanásia é criminalizada, entendendo-se, portanto, que representa um dos limites à decisão do paciente.

A questão da ortotanásia é mais polêmica, no entanto. Tal instituto é tido como lícito e foi regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina, todavia, apresenta a terminalidade em patologia grave e incurável como um dos requisitos. Questiona-se, então, se a realização da ortotanásia através da recusa terapêutica do paciente, expressa por meio das diretivas antecipadas de vontade, estaria, ou não, adstrita a uma condição terminal.

5.1 O PACIENTE TERMINAL

Para Pilar Gutierrez (2001, p. 1) a condição de terminalidade do paciente se faz presente quando a doença evolui a um ponto em que não há mais a possibilidade de resgatar as condições de saúde daquele indivíduo, e que a morte parece iminente e inevitável. Desse modo, entende-se que o paciente terminal é aquele que está próximo da morte, sem que existam tratamentos eficazes para que essa situação se reverta.

Decretar a terminalidade do paciente ainda é de extrema dificuldade para os profissionais de saúde, pelo fato de tal estado ser muito impreciso, e existem certos critérios usados para se ter uma determinação mais cuidadosa. O primeiro é o critério clínico, que inclui exames laboratoriais, de imagens, funcionais, entre outros; ademais, os dados da experiência da equipe técnica em relação à evolução de casos semelhantes, levando em conta condições pessoais do paciente, como resposta ao meio, à dor, etc, são extremamente importantes (GUTIERREZ, 2001, p. 2).

Apesar das inúmeras tentativas da literatura médica de estabelecer índices de prognóstico e de qualidade de vida, em uma busca de precisar o momento da terminalidade do paciente, entende-se que cada caso é único e diferenciado. Desse modo, fica claro que o paciente deve ser considerado terminal em um contexto particular de possibilidades reais do seu estado específico. Assim, a definição do paciente terminal está inserida em um processo, além de biológico, cultural e subjetivo (GUTIERREZ, 2001, p. 2).

Reconhecer que o fim está próximo não é tarefa fácil, nem para a equipe médica que está fazendo tudo que pode para ver a melhora do paciente, e muito menos para a família, que fica em constante estado de negação. Todavia, denegar esse conhecimento causa grandes estragos, trazendo dor e angústia ao enfermo e um sofrimento maior aos familiares (GUTIERREZ, 2001, p. 2).

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 37) afirma que existem três possíveis caminhos a seguir diante de um paciente terminal. O primeiro deles configura-se mediante a tentativa de prolongamento da sua existência ao máximo, por meio do uso maciço de drogas e aparelhos, conhecido como distanásia. O segundo consiste em se apressar o fim, ou seja, promover a interrupção de vida daquele paciente, mediante conduta

ativa ou passiva – nesse caso, estaríamos diante da eutanásia ou do suicídio assistido. Por fim, o terceiro caminho consiste na promoção de cuidados paliativos, de modo a tornar o final da vida menos doloroso, aguardando-se a morte em seu tempo natural. Esse último caminho é o da ortotanásia.

O estado terminal de um paciente é extremamente desgastante e causador de um sofrimento imenso. O indivíduo que se encontra nessas condições pode ter reações variadas. Existem casos em que o paciente, frente à dor física e psíquica a que está submetido, faz pedidos por um desfecho rápido e indolor, enquanto familiares tendem a solicitar intervenções agressivas e inúteis na tentativa de manter seu ente querido vivo (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 38).

Como elucida Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 38), o objetivo dos familiares do paciente é a busca pelo bem deste. Acontece, entretanto, que muitos tratamentos não têm efetivo poder de cura ou de melhora, o que acaba por aumentar o sofrimento do enfermo através de exames invasivos e tratamentos dolorosos, além de trazer frustrações tanto para a família quanto para o próprio paciente.

Ao se tratar de pacientes terminais, eles são considerados como pacientes “fora de proposta terapêutica”, entendendo-se que os tratamentos e terapias já não são mais eficazes nesses casos. Portando, entende-se que o melhor caminho a seguir é o da ortotanásia, deixando que a morte venha em seu tempo certo, dando ao paciente o máximo de conforto por meio de cuidados paliativos, por ser o caminho apto à preservação da dignidade humana, que já foi afetada pela própria patologia (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 37-38).

5.1.1 Pacientes de mau prognóstico e qualidade de vida

Como explicado anteriormente, a terminalidade de um paciente está associada a existência de uma doença incurável com a iminência de morte. A realização da ortotanásia, nesses casos, já tem sua licitude pacificada na jurisprudência. A problemática surge quando se pensa em situações onde há apenas o requisito da patologia incurável, sem que o paciente se encontre na iminência da morte (MEIRELLES; AGUIAR, 2017, p. 725).

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 39) apresenta a distinção entre o paciente terminal e o paciente de mau prognóstico, porém não terminal. Como já esclarecido, na condição de terminalidade tem-se a iminência da morte; por outro lado, o paciente de mau prognóstico não terminal é aquele que se encontra em situação delicada causada por alguma patologia, que acaba sendo submetido a tratamentos agressivos e cuidados intensivos com o objetivo de se retirar o risco de morte em que momentaneamente se encontra. Nesse paciente, diferentemente das situações de terminalidade, o risco de morte é momentâneo e reversível. A doença acaba sendo controlada, enquanto o paciente mantém uma sobrevida por algum tempo.

Ainda de acordo com Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 39), essa condição é frequente em pacientes com enfermidades graves ou portadores de doenças crônicas incuráveis, quando aquele risco de morte momentâneo pode ser revertido e o indivíduo pode manter uma vida com a patologia sobre controle. Existem algumas dessas doenças, no entanto, que fazem com que a qualidade de vida do sujeito não atenda aos seus valores e interesses.

Muitos pacientes portadores de doenças crônicas, por exemplo, podem conviver com suas limitações por um bom tempo, até mesmo por anos. Mesmo que investimentos terapêuticos possam reverter o quadro de risco de morte, que por vezes pode acontecer, de modo a se restabelecer a condição que o paciente já tinha, mantendo ou piorando suas limitações que decorrem da própria patologia, discute-se os casos em que tais pacientes consideram que essa situação lhes tira a dignidade (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 39).

Portanto, fica claro que tais patologias, que possuem apenas um controle temporário, sem que exista uma real possibilidade de cura, podem afetar substancialmente a qualidade de vida do indivíduo. Nesse contexto, surge uma discussão acerca da possibilidade de outros estados clínicos integrarem o rol de situações em que se admite a recusa terapêutica e a ortotanásia, de modo que não se restrinja a casos de pacientes terminais (MEIRELLES; AGUIAR, 2017, p. 725).

Ressalte-se que é impossível definir um conceito único de qualidade de vida. Sabe-se, todavia, que esta consiste em fator essencial para a concretização de uma vida digna. De modo geral, alguns fatores como a capacidade de se relacionar com o meio,

de se comunicar e interagir com os outros e consigo mesmo são usados para se aferir essa qualidade de vida (LIMA, 2014, p. 2).

Rui Nunes (2016, p. 66-67) afirma que, mesmo com todas as dificuldades de se definir a qualidade de vida, esta deve se referir a autopercepção de um bem-estar físico, psicológico e social do indivíduo. Nesse sentido, não há como negar que, de fato, se trata de um conceito extremamente subjetivo. Por esse ângulo, entende-se que a qualidade de vida de uma pessoa se encontra intimamente ligada ao sistema de valores do sujeito em questão.

É por essa lógica que algumas pessoas portadoras de doenças crônicas ou acometidas por enfermidades graves podem viver com uma boa qualidade de vida, de acordo com seu sistema de valores, enquanto que, para outras, essas condições não representam uma vida digna (NUNES, 2016, p. 66-67).

5.1.2 Recusa terapêutica

Pode-se extrair o direito à recusa terapêutica de diversos diplomas jurídicos do ordenamento. Luciana Dadalto e Willian Pimentel (2018, p. 165) afirmam que este pode ser retirado do art. 5º, inciso II⁴⁰ da Constituição Federal. Apesar de inexistir menção expressa à recusa terapêutica, o artigo trata da autonomia e liberdade individual do sujeito, que apenas será limitada em virtude da lei. Desse modo, fica claro que ninguém poderá ser obrigado a se submeter a tratamento médico contra a sua vontade.

Ainda no texto constitucional, o art. 5º, III⁴¹ traz a vedação à tortura e a tratamento desumano ou degradante. Apesar de, mais uma vez, não haver nenhuma menção expressa às decisões relativas à saúde ou à recusa terapêutica, entende-se que forçar alguém que, havendo capacidade para consentir, recuse procedimento médico,

⁴⁰ Art. 5º 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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁴¹[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

poderia se enquadrar como tratamento degradante, tanto do ponto de vista emocional quanto físico do paciente.

Ademais, o inciso X⁴² do mesmo artigo garante a proteção à vida privada da pessoa. A tomada de decisões referentes à sua saúde, por conseguinte, se caracteriza como uma escolha que diz respeito à vida privada do indivíduo, a seus interesses particulares e a seus valores, sendo parte do âmbito da autonomia do paciente (DADALTO; PIMENTEL, 2018, p. 165).

Além de tais disposições constitucionais, o Código Civil, em seu art. 15⁴³, estabelece que ninguém pode ser constrangido a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica em que haja risco de vida. Desse modo, percebe-se que o Código expressamente admite a recusa terapêutica.

Em relação a esse dispositivo, Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 145-146) entende que o simples fato de haver qualquer risco de vida para o paciente já autoriza a recusa terapêutica. Assim, a autora afirma que o risco do procedimento não precisa ser maior do que o risco da sua não realização e que, em realidade, todo e qualquer procedimento médico implica em risco de vida para o paciente.

Luciana Dadalto e Willian Pimentel (2018, p. 165-166) ressaltam que o direito à recusa terapêutica já foi também disposto administrativamente. A Portaria nº. 1.820 de 2009 do Ministério da Saúde garante, no seu art. 4º, parágrafo único, inciso IX⁴⁴ o direito do paciente de recusar tratamento. Ademais, no seu art. 5º, inciso V⁴⁵, a portaria traz a

⁴²[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴³ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁴⁴Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe:

[...]

IX - a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunha;

⁴⁵ Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

[...]

possibilidade de o paciente, a qualquer momento, revogar consentimento que havia dado anteriormente.

O Código de Ética Médica e o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem também garantem ao paciente a possibilidade de recusa de tratamento (DADALTO; PIMENTEL, 2018, p. 166).

No seu art. 24⁴⁶, no capítulo que trata de direitos humanos, o Código de Ética Médica dispõe que o médico deve garantir ao paciente o exercício da sua liberdade e o direito de decidir sobre o seu próprio bem-estar. Outrossim, o capítulo que traz as diretrizes da relação médico-paciente e seus familiares, no art. 31⁴⁷, diz que é vedado ao médico desprezar as decisões do paciente ou de seu representante legal relativas a tratamentos e procedimentos, com exceção dos casos em que há risco iminente de morte.

Já o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, no capítulo que dispõe das proibições, em seu art. 77⁴⁸, firma ser proibida a execução de procedimentos ou tratamentos sem o consentimento do paciente ou representante legal, salvo em caso de risco iminente de morte (DADALTO; PIMENTEL, 2018, p. 166).

Apesar de todas essas disposições no sentido de garantir aos pacientes o direito à recusa terapêutica, de forma expressa ou implícita no ordenamento jurídico, várias dúvidas foram suscitadas sobre a questão. A principal divergência se dá em relação a quais seriam os limites desse direito.

O Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de esclarecer pontos pertinentes ao instituto, editou a Resolução nº. 2.232 de 2019, estabelecendo normas éticas para a

V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;

⁴⁶ É vedado ao médico:

[...]

Art. 24. Deixar 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.

⁴⁷ É vedado ao médico:

Art. 31. Desprezar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

⁴⁸ Art. 77 Executar procedimentos ou participar da assistência à saúde sem o consentimento formal da pessoa ou de seu representante ou responsável legal, exceto em iminente risco de morte.

recusa terapêutica. O seu art. 1⁰⁴⁹ dispõe que a recusa terapêutica é um direito do paciente e deve ser respeitado pelo médico, que tem o dever de informá-lo dos riscos e consequências de tal decisão.

Importa salientar que a recusa terapêutica pressupõe a capacidade para consentir do sujeito, que já foi discutida com maiores detalhes no presente estudo. Desse modo, as diretivas antecipadas de vontade aparecem como um documento extremamente útil para tal fim, já que, como disposto no art. 3⁰⁵⁰ da referida resolução, a recusa não deve ser aceita caso o paciente não esteja em pleno uso de suas faculdades mentais.

Ressalte-se que, apesar de a recusa terapêutica ser direito do paciente, o médico também possui o direito à objeção de consciência. O art. 8⁰⁵¹ da Resolução em exame define o direito à objeção de consciência, dispondo que o médico pode se abster do atendimento ao paciente diante de recusa terapêutica desse, de forma a não realizar atos que vão de encontro com seus valores, mesmo que permitidos por lei.

Em relação à objeção de consciência, o art. 10⁵² da normativa estabelece que, caso não haja outro médico disponível, e o profissional constate uma situação de urgência ou emergência, este, que invocou o direito à objeção de consciência, deve adotar o tratamento que havia indicado mesmo diante da recusa terapêutica do paciente. A Resolução, nesse sentido, acabou não apenas por permitir, como por recomendar o tratamento médico forçado em indivíduos que já dissentiram com o mesmo.

Percebe-se que, mesmo havendo, de certo modo, uma crescente valorização da autonomia do indivíduo, manifestada através do seu direito de recusar tratamento, a própria Resolução mostra que esse direito não é absoluto. Como já explanado, a falta de capacidade para consentir do paciente é uma dessas limitações, além do exposto

⁴⁹ Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

⁵⁰ Art. 3º Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.

⁵¹ Art. 8º Objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

⁵² Art. 10. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente.(artigo suspenso parcialmente somente em relação a assistência e atendimento ao partoconforme decisão judicial –Processo nº 5021263-50.2019.4.03.6100 –TRF 3º Região)

no art. 10 supracitado. Ademais, a Resolução traz uma limitação que diz respeito a situações em que exista um risco de morte iminente.

Sobre isso, na Exposição de Motivos da Resolução do CFM nº 2.232 de 2019, relata Mauro Luiz Ribeiro (2019, p. 7):

A Resolução determina, ainda, que em situações de urgência e emergência que caracterizem iminente perigo de morte o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica, o que não significa um retorno ao paternalismo médico. A exceção ao consentimento livre e esclarecido, nesses casos, foi preservada em nome dos valores da nossa sociedade e da tradição ética da Medicina brasileira, cabendo destacar que a mesma ressalva foi feita na decisão pioneira do Juiz Benjamin Cardozo. A intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal se justificada por iminente perigo de morte (Código Penal, art. 146, § 3º, I), não caracterizando constrangimento ilegal, enquanto não o assistir tipifica omissão de socorro.

Essa disposição encontra-se expressa no art. 11⁵³ da Resolução.

O ordenamento jurídico brasileiro já considera lícita a prática da ortotanásia, desde que os requisitos da terminalidade do paciente e da patologia grave e incurável estejam preenchidos. Desse modo, os casos em que se autoriza a ortotanásia não estão incluídos no rol de situações de risco iminente de morte às quais o médico deve agir mesmo diante de uma recusa terapêutica.

A controvérsia surge quando pacientes não terminais recusam determinado tratamento ou procedimento médico, havendo, por essa recusa, um risco de morte. Entende-se que há o choque entre direitos e garantias fundamentais, em que o direito à vida esbarra na autonomia e no próprio princípio da dignidade humana. O Conselho Federal de Medicina, por meio desta Resolução, decidiu privilegiar o direito à vida, em face das demais garantias.

Nesse sentido, o art. 6º⁵⁴ do documento dispõe que, nos casos em que o médico rejeite a recusa terapêutica, nos termos da própria Resolução, este deve fazer o registro do fato no prontuário e comunicar ao diretor técnico, de modo que as medidas

⁵³ Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.

⁵⁴ Art. 6º O médico assistente em estabelecimento de saúde, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta Resolução, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto. (artigo suspenso parcialmente somente em relação a assistência e atendimento ao parto conforme decisão judicial –Processo nº 5021263-50.2019.4.03.6100 –TRF 3º Região).

necessárias sejam tomadas perante autoridades responsáveis para que o tratamento julgado como adequado seja imposto, mesmo após a tentativa de recusa por parte do paciente.

A Resolução nº. 2.232/19 também traz o abuso de direito como limite à recusa terapêutica. No seu art. 5º, §1º⁵⁵, ela dispõe que caso essa recusa coloque em risco a saúde de terceiros ou que exponha a população a risco de contaminação, tratando-se de doença contagiosa, ela não deve ser aceita pelo médico. Ademais, no §2º⁵⁶ deste mesmo artigo, o CFM dispõe que a recusa terapêutica de gestante deve ser analisada na perspectiva da mãe e do feto, podendo o ato da mãe representar abuso de direito em relação ao feto. Caso seja constatado que há “abuso de direito” da gestante ao dissentir com determinado tratamento, tal recusa não deverá ser aceita pelo médico.

A Resolução nº. 2.232/19 do Conselho Federal de Medicina foi alvo de duras críticas. Apesar de buscar consagrar a autonomia do paciente, estabelecendo critérios para o instituto da recusa terapêutica, percebe-se que tal documento impôs muitas limitações ao seu exercício. Deste modo, acabou retirando a autonomia de diversos pacientes, especialmente os mais vulneráveis, além de acabar por impor o tratamento médico forçado em determinadas situações. Nesse sentido, mais de uma ação judicial foi proposta contra tal normativa.

O site oficial do Ministério Público Federal (2019, p. 1) informou que o MPF havia expedido uma recomendação ao Conselho Federal de Medicina, antes de ajuizar qualquer tipo de ação judicial. Na recomendação, foi concedido ao CFM o prazo de 30 dias para revogar os pontos alegadamente ilegais da Resolução. Acontece que o Conselho Federal de Medicina resolveu manter tais disposições, defendendo, inclusive, nessa oportunidade, a necessidade de internação compulsória de parturientes que se negassem a cumprir as orientações médicas, fazendo com que o MPF ajuizasse uma Ação Civil Pública a fim de discutir tais ilegalidades.

⁵⁵ Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

I – A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II – A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

⁵⁶ § 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto. (artigo suspenso conforme decisão judicial –Processo nº 5021263-50.2019.4.03.6100 –TRF 3º Região)

Nos autos da Ação Civil Pública nº. 5021263-50.2019.403.6100, o Ministério Público alega que os arts. 5º, §2º, 6º e 10º permitem que o médico intervenha forçadamente na gestante, de modo a coagir a paciente a receber tratamentos a que ela já expressou recusa, até mesmo com a possibilidade de internações compulsórias. A Resolução prevê, também, a possibilidade de violação ilegal do sigilo médico, na medida em que autoriza que, em casos de recusa terapêutica por “abuso de direito” da gestante, o médico informe ao diretor técnico da situação para que este tome as medidas necessárias frente às autoridades competentes, de modo que o tratamento proposto seja assegurado (MPF, 2019, p. 1).

O magistrado Hong Kou Hen (2019, p. 2), da 8ª Vara Cível Federal de São Paulo, alegou o seguinte, em decisão liminar:

A Resolução editada pelo conselho-réu, mesmo que indiretamente, resulta na ilegal restrição da liberdade de escolha terapêutica da gestante em relação ao parto. A redação e terminologia utilizadas pelo réu, em especial o termo “abuso de direito”, confere excessiva amplitude das hipóteses nas quais o médico pode impor à gestante procedimento terapêutico, pois não limitado às situações de risco à vida e saúde do feto e/ou gestante.

Dessa forma, o juiz federal citado (2019, p. 3) deferiu o pedido de medida liminar, nos seguintes termos:

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de medida liminar para SUSPENDER a eficácia do § 2º do artigo 5º da Resolução CFM nº 2232/2009, SUSPENDER PARCIALMENTE a eficácia dos artigos 6º e 10º da mesma resolução, estes somente em relação à assistência e atendimento ao parto, e DETERMINAR que somente o risco efetivo à vida ou saúde da gestante e/ou do feto deverá ser considerado como justificativa legal para afastar a escolha terapêutica da gestante em relação ao parto.

Além desta ação, o PSOL ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 642) perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de questionar diversos dispositivos controversos da Resolução.

Em seu sítio eletrônico oficial, o Supremo Tribunal Federal (2020, p. 1) afirma que o PSOL, na ADPF 642, alega que a Resolução permite a imposição de tratamento forçado a pacientes, em especial a crianças, pessoas com deficiência e em sofrimento mental e idosos.

O partido argumenta que o Conselho Federal de Medicina, na medida em que limita a recusa terapêutica a tratamentos eletivos, viola uma série de garantias constitucionais, impedindo que pessoas recusem, de forma legítima, intervenção médica em seus corpos nas demais situações. Mesmo em casos de risco de morte iminente, o

paciente, que tenha capacidade para consentir e dissentir, deve ter o direito de recusar tratamento de saúde, em respeito à sua dignidade, autonomia e respeito à integridade física e psíquica (STF, 2020, p. 1).

O PSOL defende que a necessidade do consentimento informado só pode ser afastada em situações muito excepcionais, caso se trate do risco de morte de um paciente que não tenha capacidade para consentir e não tenha expressado sua vontade previamente (STF, 2020, p. 1). Note-se que as diretivas antecipadas de vontade, na visão desse partido, seriam forma legítima pela qual o paciente poderia recusar tratamento, escolha essa que deve ser respeitada pelo profissional de saúde.

O partido pede concessão de medida liminar e a declaração, no mérito, da incompatibilidade da Resolução nº. 2.232/19 do CFM com a Constituição Federal de 1988. Alega, também, que a intervenção médica forçada, sem o consentimento do paciente, deve ser enquadrada como crime de constrangimento ilegal, disposto no art. 146⁵⁷ do Código Penal. A ação foi distribuída no Tribunal e o Relator é o Min. Edson Fachin (STF, 2020, p. 1). O último despacho proferido na Ação, no dia 31 de janeiro de 2020, abriu vista para a Advocacia Geral da União e Procuradoria Geral da República. Não houve, até a data da última consulta, dia 7 de julho de 2020, qualquer decisão no processo.

Em relação ao direito de se recusar tratamento médico, Rui Nunes (2016, p. 51-52) relata que o ideal da dignidade humana está presente em todas as democracias plurais, e que a noção de liberdade de escolha no âmbito da saúde vem crescendo de forma significativa nos últimos tempos. Assim, o ser humano, desde que capaz para tal ato, deve ser livre para recusar tratamento médico, ainda que este resulte em sua morte, em respeito à sua autonomia individual.

Destaque-se que a recusa terapêutica não deve ser confundida com as práticas da eutanásia ou suicídio assistido, ambas criminalizadas pelo direito brasileiro. Como já explicado em capítulos anteriores, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido buscam abreviar a morte do indivíduo. A recusa terapêutica, por outro lado, consiste

⁵⁷ 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:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

na não realização de procedimento médico diante da negativa de consentimento do paciente. A falta de tal procedimento, caso leve o paciente a óbito, consistirá em um procedimento ortotanásico, levando o paciente a ter uma morte em seu “tempo certo” – nem abreviada, nem postergada.

5.1.3 Manutenção dos cuidados paliativos

De acordo com Pilar Gutierrez (2001, p. 2), mesmo após a decisão de não intervenção médica, por meio da prática da ortotanásia, existe uma gama de condutas que devem ser oferecidas tanto ao paciente quanto à sua família. Dessa maneira, importa salientar que, em momentos de final de vida, torna-se imprescindível a manutenção de cuidados paliativos, que buscam a diminuição do sofrimento nessas delicadas situações. A prática da ortotanásia e a abstenção de intervenção médica não devem, de forma alguma, culminar no total abandono do indivíduo vulnerável.

Neste sentido, os cuidados paliativos compreendem uma série de medidas e atos que devem, obrigatoriamente, ser aplicados a pacientes em estado terminal pelos profissionais de saúde responsável. O objetivo é tornar o processo da morte menos doloroso, a fim de se consagrar o direito à morte digna, que deve ser amparado no respeito às crenças e valores do sujeito. A atuação da medicina em momentos finais da vida deve ter foco humanista (LIMA, 2014, p. 1).

O enfoque da medicina paliativa é o bem-estar do ser humano. Ela reconhece a morte como processo natural e inevitável da vida, mas que demanda cuidados individuais e especiais. Assim, ao invés de buscar a cura ou a melhora da patologia, ela garante ao indivíduo conforto, com sua preocupação no bem-estar físico, psíquico, social e espiritual do paciente (LIMA, 2014, p. 1).

Rui Nunes (2016, p. 47-48) constata que os cuidados paliativos são frequentemente associados a paciente idosos, até porque esses são os que, de fato, mais os recebem. Apesar disso, entende-se que os cuidados paliativos não se restringem a idosos em final de vida. Todos os doentes crônicos, portadores de patologias irreversíveis, que se encontrem em momentos de final de vida, devem receber cuidados paliativos, até mesmo crianças.

Para oferecer conforto e bem-estar a esse paciente, normalmente recorre-se a uma equipe de saúde multidisciplinar, preparada para lidar com essa delicada situação. A intenção é cuidar do doente e integrá-lo o máximo possível no seu ciclo familiar e social (NUNES, 2019, p. 47-48).

Essa equipe interdisciplinar pode compor ações médicas, de enfermagem, psicológicas, nutricionais, sociais, espirituais e de reabilitação. A ideia, nesse ponto, é dar todo o suporte ao paciente, físico e psíquico. Importante destacar que os cuidados paliativos compreendem a família como uma unidade, de forma que os familiares também precisarão de suporte emocional nesse momento e devem ser incluídos nesses cuidados especiais (SILVEIRA; CIAMPONE; GUTIERREZ, 2013, p. 9).

Rui Nunes (2019, p. 49-50) chama atenção para a necessidade de se promover, cada vez mais, cuidados paliativos a nível domiciliar. É de extrema importância que a família e o ciclo social do enfermo estejam integrados, de forma a se tornarem redes sociais de apoio ao paciente.

Em suma, o paciente em final de vida, mesmo que tenha seus tratamentos médicos interrompidos, deve continuar recebendo cuidados paliativos, de modo que tenha seu sofrimento diminuído, na medida do possível. Portanto, a prática da ortotanásia não presume o abandono do paciente, já que a manutenção dos cuidados paliativos é obrigatória.

5.2 CONFLITO ENTRE DECISÃO DO PACIENTE E DA FAMÍLIA

Segundo análise de Ronald Dworkin (2019, p. 270), é extremamente difícil para os parentes tomarem uma decisão de vida ou morte em face de um ente querido. É o momento em que os familiares devem se colocar no lugar do paciente e tentar imaginar quais seriam os desejos dele, especialmente se o indivíduo nunca os tiver explicitado.

Apesar de se tratar de uma decisão muito delicada e complexa, muitas pessoas acreditam que podem, acertadamente, imaginar o que o seu parente gostaria que lhe acometesse em um momento de final de vida. Todavia, na maioria dos casos, essa decisão acaba sendo fruto de uma percepção que o próprio familiar tem da vida e dos

desejos do paciente, agindo da forma que acredita ser mais coerente diante da personalidade dele. O problema é que, nem sempre, essa seria a escolha feita pelo enfermo, que, no momento, não possui mais a capacidade para decidir por si próprio (DWORKIN, 2019, p. 270).

As escolhas realizadas pela família normalmente possuem dois tipos de argumentos. Há aqueles casos em que, alegando-se a proteção à autonomia e à dignidade do paciente, os familiares decidem por interromper tratamento médico, pois, na sua visão, essa seria a decisão tomada pela pessoa acometida pela patologia em questão. Por outro lado, existem situações em que, utilizando-se de argumentos de que aquele sujeito lutou por toda sua vida, o melhor seria deixá-lo enfrentar a morte até os últimos momentos, postergando, ao máximo, o processo de morrer daquele indivíduo (DWORKIN, 2019, p. 270-271).

Nesse sentido, fica claro perceber que as decisões da família nem sempre vão compreender o real desejo do paciente. Além de se apoiarem em uma percepção desses familiares sobre a personalidade do enfermo, em muitas situações os parentes podem tomar decisões que, ao invés de refletirem o melhor para o seu ente querido, revelam um desejo próprio de que sua vida seja prorrogada.

Luciana Dadalto e Willian Pimentel (2018 p. 167) defendem que é necessário que se analise a capacidade decisória do paciente. A autonomia do paciente deve ser respeitada, não cabendo interferência familiar nesse sentido. A família, portanto, só terá a palavra final se não for possível mais privilegiar a autonomia do paciente, caso ele não tenha capacidade para tomar as próprias decisões relativas à sua vida e morte. Nesses casos, deve haver um compartilhamento de decisões entre a família e a equipe médica, de modo que, conjuntamente, escolham o caminho que serviria melhor aos interesses do enfermo.

As diretivas antecipadas de vontade, nesse aspecto, são de suma importância para evitar conflitos dessa natureza. Mesmo que o paciente se encontre inconsciente ou não possua mais capacidade decisória no momento de importantes escolhas sobre seu tratamento, vale o que ele dispôs por meio do seu testamento vital ou o que o terceiro que foi designado através de mandato duradouro decidir. Nas situações em que o paciente tenha expressado suas vontades previamente, não há de se falar em conflito com os desejos dos familiares: a autonomia do paciente deve ser privilegiada.

A própria Resolução que instituiu as diretivas no Brasil, em seu art. 2º, § 3º⁵⁸, deixa claro que as vontades do paciente prevalecem, inclusive, quanto aos interesses da família. Dúvidas não restam, portanto, que em um eventual conflito com a vontade dos familiares, a vontade do paciente expressa por meio das diretivas antecipadas de vontade deve prevalecer.

É de extrema importância, nesse cenário, que a família receba suporte emocional para lidar com o momento de perda. Como já tratado no tópico anterior, os cuidados paliativos, obrigatórios para os pacientes terminais, devem se estender ao seu núcleo familiar.

Faz-se imprescindível a atuação de um psicólogo ou terapeuta no processo de aceitação familiar da morte. A atuação desse profissional deve se dar no sentido de oferecer apoio, compreensão e técnicas para o enfrentamento da questão, que pode acabar desestruturando a família. Deste modo, um suporte para os parentes pode ser chave essencial nesse momento, de forma a tentar evitar conflitos dessa natureza que tornam mais difícil o processo tanto para os familiares quanto para o próprio paciente e os profissionais de saúde envolvidos (MENDES; LUSTOSA; ANDRADE, 2009, p. 14).

5.3 ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL RESPONSÁVEL E OS LIMITES DA DECISÃO PELA ORTOTANÁSIA

Como ensina Rui Nunes (2016, p. 53), a ortotanásia vem sendo cada vez mais aceita e praticada no mundo, consagrando a noção de dignidade humana em pacientes terminais. A realização de intervenções fúteis tem sido cada vez mais rechaçada pela medicina, que acredita que o final da vida deve ser permeado de cuidados paliativos, ao invés de tratamentos desproporcionados que não tenham a capacidade de promover uma melhora efetiva no paciente. É de extrema importância que a

⁵⁸ Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

[...]

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

autonomia do paciente seja respeitada e que ele tenha o poder de escolha sobre os tratamentos médicos no final de sua vida.

Como já tratado em capítulos anteriores, a resolução do CFM que autorizou a realização da ortotanásia apresenta os requisitos de patologia grave e incurável e terminalidade do paciente para a prática do instituto. Desse modo, uma gama de situações clínicas que causam uma diminuição significativa na qualidade de vida do indivíduo ficou de fora dessa permissão, pela falta do requisito da terminalidade.

Como ainda não existe lei específica regulamentando a matéria, questiona-se se a terminalidade realmente seria um pré-requisito indispensável, já que a resolução do Conselho Federal de Medicina consiste em uma norma ética, no campo administrativo. A discussão se torna ainda mais acalorada quando se trata de uma recusa terapêutica que venha a levar o paciente a óbito, manifestada por meio das diretivas antecipadas de vontade.

Neste cenário, faz-se imprescindível uma análise mais profunda acerca dos limites e alcances da decisão do paciente, no que diz respeito aos institutos das diretivas antecipadas de vontade e ortotanásia, além da atuação ideal do profissional de saúde nessas circunstâncias.

5.3.1 Tratamentos médicos fúteis

Não é nada fácil para um profissional de saúde se abster de tratar um paciente, mesmo entendendo que tal tratamento não será mais benéfico a ele. O médico sempre representou a mão que cura, que opera, que tem o conhecimento para promover uma melhora efetiva no enfermo. Nessa lógica, o não fazer, ao reconhecer a futilidade dos tratamentos em questão, não é tarefa fácil, trazendo enorme desconforto aos profissionais de saúde. É mais fácil, para o médico, admitir para si mesmo que tentou de tudo e fez o que pôde para manter o paciente com vida do que entender que não há mais nada efetivo a ser feito, se abstendo de intervir (MOTA, 2020, p. 1).

Carlos Henrique Debenedito (2008, p. 403) conceitua a futilidade médica de maneira simples. Tratamentos médicos fúteis são aqueles que se mostram incapazes de produzir benefício significativo para o paciente, seja este de cura ou de melhora da

sua qualidade de vida. Desse modo, tem-se uma condição clínica irreversível, para a qual os procedimentos médicos não são mais eficazes.

Para se aferir a utilidade de tratamento médico faz-se necessário o preenchimento de certos fatores: a probabilidade de sucesso deste, o aumento significativo da quantidade ou melhora da qualidade de vida e a percepção de se os custos físicos, psíquicos e até mesmo econômicos valem a pena diante dos interesses do paciente. Claro que a utilidade ou futilidade de tratamentos deve ser analisada de maneira subjetiva, mas esses são alguns critérios norteadores para esta ponderação (DEBENEDITO, 2008, p. 407).

Sendo assim, a futilidade médica recai sobre medidas extraordinárias desproporcionais. Esses tratamentos provocam danos físicos e emocionais ao paciente, aumentam a angústia dos familiares, geram uma frustração na equipe médica e, no fim, não se apresentam como eficazes ao propósito a ser alcançado. É nesse sentido que a comunidade médica e jurídica rechaça a realização desse tipo de procedimento médico, indo contra a prática da distanásia e entendendo que, em casos em que se demonstre que não há mais nada que venha a ser eficaz, a ortotanásia acaba sendo um caminho menos sofrido para todos os envolvidos, especialmente para o enfermo (DEBENEDITO, 2008, p. 407).

Não se pode negar, todavia, que a linha entre o que seria útil ou fútil é extremamente difícil de ser demarcada. Apesar dos critérios objetivos já apresentados, é bastante complicado para a equipe técnica, mesmo com todo estudo e experiência prática, encontrar o momento certo de parar. Para a família, então, consiste em uma situação mais delicada ainda. Isso faz com que muitos pacientes acabem sendo submetidos a procedimentos médicos fúteis que, apesar de motivados por um desejo de se fazer o bem, acabam lhes trazendo intenso sofrimento (MOTA, 2020, p. 2).

5.3.2 A alteridade e autonomia conjunta

A questão da tomada de decisão ainda hoje gera muitos problemas na relação médico-paciente. Consiste em um dilema muito antigo, havendo o questionamento de a quem caberia tais escolhas relativas à saúde, se ao médico ou ao paciente. O

médico é aquele detentor do conhecimento técnico e, por isso, saberia quais tratamentos e procedimentos trariam mais benefícios ao enfermo. Por outro lado, tem-se o paciente como ser livre e dono do seu próprio destino, sendo mais competente para tomar as decisões relativas à sua saúde, de forma que estejam de acordo com seus valores pessoais (MUÑOZ; FORTES, 2020, p. 1).

José Antonio Cordero (2013, p. 60) explica que tal conflito é causado pelo choque de dois princípios da Bioética, a autonomia e a beneficência. Costumava-se atribuir ao médico o dever de uma conduta paternalista, marcada, puramente, pelo princípio da beneficência. Nesse sentido, o profissional de saúde tinha que buscar, a qualquer custo, a recuperação do estado de saúde do paciente. Acontece que essa atitude, por vezes, leva à adoção de medidas extraordinárias de manutenção de vida e tratamentos médicos fúteis. O paternalismo forte pode acabar desrespeitando opiniões e crenças do paciente, violando, portanto, a sua autonomia, não sendo o modelo adotado pelos códigos deontológicos dos profissionais de saúde.

Como elucidam Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 325-326), o modelo de autonomia pura também não é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, já que as decisões do paciente são limitadas por normas legais e éticas. Mesmo tendo havido um avanço em relação ao respeito pela autonomia do paciente, pelo Código de Ética Médica e pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, esta não pode ser exercida de forma irrestrita, devendo ser ponderada com os próprios princípios éticos disciplinados pela referida autarquia.

De acordo com Laurício Pedrosa (2016, p. 15), o mundo moderno pressupõe a valorização das diferentes identidades culturais das pessoas, de modo que seus valores e interesses sejam respeitados, sob a ótica do multiculturalismo. É nessa lógica que, embora o médico deva tentar proporcionar o melhor para o seu paciente, a relação do profissional com o enfermo deve ser pautada no reconhecimento da sua dignidade humana e liberdade individual. Deve haver, portanto, um equilíbrio, uma unidade, uma troca de informações técnicas e valores pessoais.

O respeito à autonomia do paciente não consiste, apenas, na obrigação de não intervenção quando esta não for consentida. Esse respeito deve também se pautar no apoio à escolha do outro, de modo a se fazer o possível para que o enfermo tenha todo o suporte necessário, através de procedimentos alternativos e cuidados

paliativos. Destaque-se que o profissional responsável tem o dever de prover todas as informações técnicas acerca da condição do enfermo e dos tratamentos disponíveis, de forma que este possa tomar uma decisão de maneira consciente (PEDROSA, 2016, P. 7-8).

É nesse âmbito que se faz necessário o desenvolvimento de uma ética da alteridade nas relações médico-paciente. A alteridade pressupõe um olhar a partir do outro, de modo que essa percepção é condição para o verdadeiro sentido de solidariedade social (PEDROSA, 2016, p. 16).

Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (2017, p. 734-735) defendem que ter a alteridade como base de atuação diminui a assimetria da relação entre médico e paciente, que um dia já foi pautada na autoridade do médico. Assim, o objetivo é o deslocamento da perspectiva individualizada de que o médico, detentor do conhecimento técnico, tem o poder decisório, para a perspectiva do respeito aos interesses e valores pessoais do enfermo.

Infere-se, portanto, que a relação médico-paciente deve ser baseada no diálogo, de modo que o paciente possua todas as informações técnicas necessárias para que possa tomar uma decisão, utilizando-se da sua autonomia. Pressupõe-se uma cooperação mútua, entendendo-se que um modelo de autonomia conjunta satisfaz melhor às necessidades do enfermo. O consentimento informado, por exemplo, é uma das formas de se tentar consagrar essa autonomia conjunta. A alteridade é o caminho para o respeito à autonomia do paciente e, juntamente com a cooperação mútua, garante uma relação mais equilibrada entre profissional de saúde e paciente (PEDROSA, 2016, p. 18).

O modelo de autonomia conjunta deve ser o adotado não apenas em relação ao paciente, mas também no que concerne à sua família. Nas situações em que o enfermo não puder expressar mais suas vontades, e não as tiver expressado previamente através das diretivas, as decisões em relação a tratamento médicos recaem sobre seu representante, de modo geral, familiares, juntamente com os médicos responsáveis.

A atuação dos profissionais de saúde deve ter como pressuposto o melhor interesse do paciente, não podendo deixar, entretanto, de incluir a família ou os representantes do mesmo na tomada de decisão. É nesse âmbito que as partes envolvidas devem se

unir, a fim de que sejam adotadas as medidas que melhor representem os interesses do enfermo.

Sabe-se que, caso o paciente tenha deixado suas vontades previamente expressas por meio de testamento vital, ou designado terceiro para representá-lo por meio de mandato duradouro, estes devem ser privilegiados, inclusive em relação aos desejos dos familiares. Neste cenário, a atuação do profissional responsável, seguindo o modelo da alteridade e autonomia conjunta, deve se dar no sentido de respeitar os desejos do indivíduo, ressalvadas as limitações legais.

Caso haja conflito entre a decisão do paciente e da família, como já tratado anteriormente nesse trabalho, a autonomia do paciente deve ser privilegiada. É nesse sentido que o profissional de saúde deve agir em prol do paciente, mas de forma a acolher os familiares, passando-lhes todas as informações necessárias, em uma tentativa de promover a aceitação e entendimento por parte deles. Aqui, faz-se imprescindível cuidados paliativos para a família também, devendo incluir profissionais especializados para tratar do psicológico dos parentes, como psiquiatras, psicólogos ou terapeutas.

5.3.3 Limites da decisão do paciente

Como afirma Ronald Dworkin (2019, p. 252), na atualidade, devido a toda evolução tecnológica, os médicos são capazes de manter as pessoas vivas por algum tempo, mesmo que acometidas por enfermidades incuráveis. Muitos pacientes, ainda que se encontrem na beira da morte, podem ser mantidos com vida por dias, semanas, meses ou até mesmo anos. Apesar disso, é fato que essa condição agrada a poucos, já que tal sobrevida vem acompanhada de imensa dor e sofrimento, tanto física quanto psíquica.

É nesse cenário que se tornou cada vez mais importante tomar uma decisão antecipada. Casos em que pacientes ficaram meses ou até anos de cama, inconscientes, sem perspectiva de melhora, apenas aguardando a chegada da morte, aterrorizam a população. Constata-se que muita gente tem mais medo de viver em estado vegetativo do que da própria morte (DWORKIN, 2019, p. 252).

As diretivas antecipadas de vontade representaram um grande avanço em termos de direitos do paciente. As decisões de fim de vida, envolvendo tratamentos de saúde, tiveram um deslocamento de competência da família e da equipe médica para o próprio enfermo.

Como já explicado em capítulos anteriores, as diretivas podem ser feitas através do testamento vital ou do mandato duradouro. Em ambos os casos, tem-se o objetivo de privilegiar a autonomia privada do paciente, de modo que sua escolha deve ser respeitada. A controvérsia, todavia, se dá no que diz respeito aos limites dessa decisão.

Note-se que, no Brasil, as diretivas antecipadas de vontade consistem em instituto recente. Apesar de estarem bem regulamentadas em alguns países e serem populares entre pessoas acometidas por patologias, percebe-se que apenas uma pequena parcela da população brasileira sabe que possui esse direito. Falta normatização, divulgação e a promoção do acesso dos pacientes aos seus direitos. A Resolução nº 1.995/12, apesar de ter inserido, oficialmente, o instituto no país, possui muitas lacunas, suscitando dúvidas quanto aos limites do conteúdo das diretivas, além de se tratar, apenas, de norma ética.

Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 329) afirmam que estabelecer os limites éticos e jurídicos das escolhas realizadas pelos pacientes através das diretivas antecipadas de vontade é essencial e urgente. Como todo e qualquer direito, a autonomia encontra-se limitada por outras normas jurídicas e, no caso específico, destacam-se suas limitações em âmbito de direito penal. Assim, a primeira limitação a esse direito é, nada menos, do que tudo aquilo proibido por lei.

Inicialmente, importa salientar que a Resolução nº 1.995/12 em momento algum consagra, e nem teria o condão de consagrar, o instituto da eutanásia. O § 2^o⁵⁹ do art. 2^o da Resolução dispõe que as diretivas antecipadas de vontade que não estiverem de acordo com o estabelecido pelo Código de Ética Médica deverão ser desconsideradas. Se até um código deontológico representa uma limitação às vontades do paciente, não há nem discussão acerca da não possibilidade de se validar

⁵⁹ § 2^o O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

uma decisão que configure crime previsto pelo Código Penal (MINAHIM; PORTUGAL, 2015, p. 327).

Neste sentido, Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 41) comenta que não há dúvidas de que a eutanásia e o suicídio assistido são condutas criminalizadas pela legislação brasileira, não sendo possível sua realização independentemente dos desejos do enfermo. A autora entende que outras ações, como a interrupção da alimentação, também são ilícitas. Todavia, outros tipos de práticas, como a suspensão de aparelhos de respiração artificial, a interrupção de antibióticos, entre outros, merecem análise mais detalhada para que sejam estabelecidos limites mais concretos.

Como exposto, está pacificado que os médicos não devem seguir disposições de pacientes, por meio das diretivas, que implique na prática da eutanásia e do suicídio assistido. A questão da ortotanásia, por outro lado, é o ponto em que mais dúvidas são suscitadas.

Assim como o ordenamento jurídico deve ser analisado como um conjunto, as normatizações éticas do Conselho Federal de Medicina também devem. Como entendem Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 327), a Resolução das diretivas antecipadas de vontade deve ser lida em conformidade com a Resolução nº. 1.805/06, que trata do instituto da ortotanásia. Tal Resolução estabelece que os requisitos para a realização da ortotanásia são a existência de patologia grave e incurável e a terminalidade do paciente.

Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (2017, p. 726) concordam que, de fato, a Resolução nº. 1.805/06 restringe a prática da ortotanásia a pacientes terminais. Todavia, há um debate no sentido de se alargar as possibilidades, de modo a incluir outros casos clínicos, mesmo que eles não possuam o requisito da terminalidade. Existe a necessidade de repensar tal restrição, já que esta faz com que muitos pacientes que apresentem quadros críticos e, por conta disso, tenham sua qualidade de vida diminuída de forma drástica, não tenham a oportunidade de fazer essa escolha.

A atuação do profissional responsável, no momento da análise da realização ou não de conduta ortotanásica em determinado paciente, deve se basear em uma avaliação da situação concreta, de forma subjetiva. O objetivo é identificar se os procedimentos sendo realizados naquele indivíduo são fúteis, se possuem apenas o escopo de

postergar o momento da morte, sem que ofereça ao enfermo a cura ou algum tipo de melhora efetiva (MEIRELLES; AGUIAR, 2017, p. 726).

O ponto crítico é compreender que existe um leque de patologias graves e incuráveis que trazem imenso sofrimento, físico e psíquico, à pessoa acometida. Restringir a prática da ortotanásia a apenas situações terminais é ignorar esses pacientes que, de forma capaz e utilizando-se da sua autonomia, escolheram não serem submetidos a tratamentos médicos fúteis.

É nesse sentido que Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (2017, p. 734) defendem que a possibilidade de se optar pela prática da ortotanásia, utilizando-se do instituto das diretivas antecipadas de vontade, deve se estender para além de situações terminais. Indivíduos acometidos de determinadas doenças crônicas incuráveis ou enfermidades graves devem ter o direito de se utilizar das diretivas para fazer essa escolha, de modo a ser respeitada no momento em que tratamentos e procedimentos médicos não sejam mais eficazes e apenas consistam em medidas protetadoras, mesmo que não estejam na iminência da morte.

Para exemplificar a questão, Ana Thereza Meirelles e Mônica Aguiar (2017, p. 734) afirmam que este poderia ser o caso de alguém que sofre de Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA) e, apesar de estar em estágio evoluído, ainda não se encontra em momento terminal.

De acordo com o site oficial do Ministério da Saúde (2020, p. 1), a Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA) é uma doença degenerativa que atinge o sistema nervoso e causa paralisia motora irreversível. O físico Stephen Hawking foi portador dessa enfermidade, vindo a falecer em 2018. Trata-se de patologia incurável, e pessoas com essa doença perdem capacidades básicas como falar, se mover, engolir e até mesmo respirar. Na maioria dos casos, o óbito ocorre entre três e cinco anos após o diagnóstico.

Dúvidas não restam que indivíduos acometidos por essa patologia degenerativa podem passar por um sofrimento imenso, não representando, para muitos, uma vida digna. Restringir práticas ortotanásicas a um requisito de terminalidade faz com que pacientes como esses, que desejam interromper tratamentos, não o possam por uma submissão a um critério temporal. Assim, o indivíduo acaba tendo que viver um pouco

mais sob essa condição, de modo que sua dor e agonia são estendidas (MEIRELLES; AGUIAR, 2017, p. 734).

Além da Esclerose Lateral Amiotrófica, patologias como Alzheimer e Parkinson podem diminuir significativamente a qualidade de vida do indivíduo, havendo a discussão sobre a possibilidade da realização da ortotanásia em estados avançados não terminais. Ademais, outras condições crônicas, como o estado vegetativo persistente, devem também ser consideradas para a permissão da ortotanásia.

Importa salientar que aqui se dispõe sobre a vontade do indivíduo expressa por meio das diretivas. Em momento algum tem-se o objetivo de se interromper arbitrariamente tratamentos médicos de todo e qualquer paciente que sofra de enfermidade grave e incurável. O que se pretende é consagrar a autonomia do paciente, dando-lhe o direito de tomar essa decisão, de modo que a sua dignidade seja consagrada.

As discussões acerca dos limites das decisões do paciente relativas a seus tratamentos médicos demonstram a necessidade urgente de se normatizar essas questões. Tanto o instituto da ortotanásia quanto o das diretivas antecipadas de vontade foram inseridos no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina, através de resoluções.

Apesar de as duas resoluções já terem sido alvo de apreciação pelo judiciário e terem sido mantidas no ordenamento, a falta de legislação ainda representa uma lacuna jurídica para as matérias. O CFM tem competência para editar normas éticas que devem guiar a atuação do profissional de saúde, todavia, não tem o condão de legislar. Nesse sentido, entende-se ser urgente a aprovação de lei específica que regulamente os institutos e estabeleça seus alcances e limites.

Como já citado em capítulos anteriores, há uma lei estadual de São Paulo que expressamente admite a prática da ortotanásia. A Lei Estadual nº. 10.241/99 reconhece o direito do paciente de não se submeter a tratamentos médicos fúteis. Ao contrário da Resolução do CFM, essa Lei não trouxe a terminalidade como requisito indispensável. Todavia, ela não especifica as diretrizes, limites e alcances do instituto. Ademais, houve também o PL nº. 524/09 que possuía disposição no sentido de se consagrar a ortotanásia, porém, este foi arquivado em 2014.

Já em relação às diretivas antecipadas de vontade, como também já explicitado, existe o Projeto de Lei nº 5.559 de 2016 que se encontra em trâmite na Câmara dos

Deputados e possui disposições acerca do instituto, sem, contudo, detalhá-lo, não apresentando limites claros do alcance deste.

Foram propostos, também, dois projetos de lei no Senado Federal, tratando, de forma específica, das diretivas antecipadas de vontade. O PLS nº. 149 de 2018, de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS), já no seu texto inicial, se mostrou muito mais detalhado do que o supracitado PL, trazendo conceitos, limites e alcances para o instituto. Acontece que algumas disposições eram meio dúbias, causando certa confusão com relação aos reais limites das diretivas.

O PLS, em seu art. 3º⁶⁰, estabelecia que toda pessoa capaz e maior teria o direito de declarar seus desejos em relação a tratamento médico futuro por meio das diretivas antecipadas de vontade, para que sua vontade fosse cumprida quando estivesse em condição clínica que se enquadrasse no definido pelo inciso III do art. 2º, e não pudesse mais expressá-la.

O problema é que existiu certa confusão com relação ao conceito do art. 2º, inciso III⁶¹ do PLS. Aqui, se dispunha sobre pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde, dando a entender que a recusa terapêutica, resultando na ortotanásia, deveria ser respeitada em ambos os casos. Todavia, quanto ao conceito, o inciso estabelecia que se tratava de pessoa em estágio avançado de doença incurável e progressiva ou que sofresse de grave dano irreversível à saúde, tendo que estar, em ambos os casos, o paciente, na iminência da morte.

A iminência da morte, como já explicado nesse capítulo, caracteriza o estado terminal. Desse modo, o conceito se torna confuso, já que o que, em uma primeira leitura, parecia estar abrangendo outros estados clínicos que não apenas os terminais para a prática da ortotanásia mediante decisão do paciente, acaba se restringindo, mais uma vez, à terminalidade do sujeito, representada pela iminência da morte.

⁶⁰ Art. 3º Toda pessoa maior e capaz tem o direito de declarar, de forma antecipada, a sua vontade de receber ou não receber determinados tratamentos médicos em época futura, quando se vislumbra estar em condição clínica que se enquadre na situação definida no inciso III do art. 2º e não puder, em função de sua condição de saúde, expressar autonomamente a sua vontade

⁶¹ Art. 2º Para os fins desta Lei, são adotadas as seguintes definições: III – pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde: pessoa em estágio avançado de doença incurável e progressiva ou vítima de grave e irreversível dano à saúde, cujo prognóstico, em ambos os casos, seja de morte iminente e para a qual, de acordo com a melhor evidência científica, não exista perspectiva de melhora do quadro clínico mediante a instituição de procedimentos terapêuticos;

Além do PL nº 5559/16 e do PLS nº 149/18, o Senador Paulo Rocha (PT/PA) propôs o PLS nº. 267 de 2018. Esse PLS também tratou especificamente das diretivas antecipadas de vontade, de modo a trazer seus alcances e suas limitações. Diferentemente das resoluções do CFM e dos demais projetos de lei citados, tal Projeto de Lei do Senado foi mais abrangente em relação ao alcance das decisões do paciente e dos casos clínicos em que se admite a realização da ortotanásia.

No art. 1^{o62} do texto inicial do Projeto de Lei nº 267/18, dispôs-se que o paciente tem o direito de manifestar sua vontade em relação a tratamentos médicos que deseja ou não receber, através das diretivas antecipadas de vontade, que será válida em três situações: no caso de terminalidade, em doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada e em estado vegetativo persistente. Dessa forma, percebe-se que o PLS pretendeu ampliar o alcance da recusa terapêutica e da prática da ortotanásia implementado pelo Conselho Federal de Medicina, de modo a entender que outras situações, além do paciente terminal, merecem um cuidado especial nesse sentido.

O referido PLS também representou um avanço ao estabelecer o que pode e o que não pode ser disposto por meio das diretivas antecipadas de vontade. O seu art. 3^{o63} dispôs que é vedado ao paciente recusar cuidados paliativos, realizar pedido de morte assistida, realizar disposições de caráter patrimonial e manifestar-se acerca da autocuratela e da tomada de decisão apoiada.

Em relação às permissões, o §1^{o64} desse mesmo artigo estabeleceu que o paciente teria o direito de se utilizar das diretivas para recusar, dentre outros, tratamentos

⁶²Art. 1º Toda pessoa civilmente capaz tem o direito de, livre e conscientemente, manifestar sua vontade documentada acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais deseja ou não se submeter, e que terão validade apenas nas seguintes situações, atestadas por dois médicos diferentes:

- I – doença terminal;
- II – doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada;
- III – estado vegetativo persistente.

⁶³ Art. 3º A manifestação de vontade do declarante, ao elaborar as suas diretivas antecipadas de vontade, deverá explicitar os cuidados, tratamentos e procedimentos que aceita, sendo-lhe, porém, vedado:

- I – recusar cuidados paliativos, notadamente quanto ao controle de sintomas;
- II – realizar pedido de morte assistida;
- III – realizar disposições de caráter patrimonial;
- IV – manifestar-se acerca da autocuratela e da tomada de decisão apoiada.

⁶⁴ §1º No âmbito das diretivas antecipadas de vontade, o declarante poderá recusar cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde que tenham o objetivo de prolongar sua vida biológica, dentre outros, os seguintes:

- I- reanimação cardiopulmonar;

médicos como a reanimação cardiopulmonar, a manutenção de aparelhos para respiração artificial, nutrição e hidratação artificiais, internação em Unidade de Terapia Intensiva, cirurgias que não tenham potencial curativo, diálise, quimioterapia e radioterapia, a administração de antibióticos e demais cuidados, procedimentos e tratamentos sem potencial curativo.

O que se observa é que, além de já apresentar extenso rol de tratamentos e procedimentos que podem ser recusados pelo paciente, o PL ainda deixou em aberto a possibilidade de recusa de outros tratamentos similares. Ou seja, houve uma grande valorização da autonomia do indivíduo, permitindo que este fizesse suas escolhas do modo que entendesse estar de acordo com seus valores e interesses pessoais, desde que não consistissem em condutas consideradas como ilícitas pelo ordenamento jurídico.

No § 2^o⁶⁵ do artigo em questão, o PLS tratou de outras matérias, não relativas à recusa terapêutica, que poderiam ser dispostas por meio das diretivas antecipadas de vontade. Assim, deliberou que o declarante teria o direito de se manifestar acerca de doação de órgãos *post mortem*, solicitar alta hospitalar e assistência domiciliar e dispor acerca de ritos fúnebres desejados.

Por fim, o PLS apresentou outra limitação, dessa vez em relação a mulheres grávidas. O § 3^o⁶⁶, ainda do artigo fruto dessa análise, dispôs que as diretivas antecipadas de vontade de gestantes que conflitassem com os interesses de preservação da vida do nascituro ficariam suspensas até o momento do parto.

Note-se que os dois projetos de lei que estavam em trâmite no Senado tratavam da mesma matéria, apesar de apresentar disposições diferentes. O PLS nº 149/18 foi

II – respiração artificial;

III – nutrição e hidratação artificiais;

IV – internação em Unidade de Terapia Intensiva;

V – cirurgias que não tenham potencial curativo;

VI – diálise;

VII – quimioterapia e radioterapia;

VIII – antibióticos;

IX – demais cuidados, procedimentos e tratamentos sem potencial curativo.

⁶⁵ § 2^o O declarante, em suas diretivas antecipadas de vontade, poderá:

I – manifestar-se acerca da doação de órgãos *post mortem*, com caráter vinculante.

II – solicitar alta hospitalar e assistência domiciliar para que possa chegar ao fim da sua vida no lugar que julgar mais adequado, podendo inclusive, escolher ir para sua casa.

III – dispor acerca de ritos fúnebres, cremação e enterro.

⁶⁶ § 3^o- No caso de gravidez, ficarão suspensos até o momento do parto os efeitos das diretivas antecipadas de vontade que conflitem com o interesse de preservação da vida do nascituro.

proposto antes e, por isso, encontrava-se mais adiantado em seu trâmite. Assim, quando foi enviado para análise na Comissão de Assuntos Sociais, a Relatora, a Senadora Lídice da Mata (2018, p. 5), entendeu o seguinte:

Ocorre que está em tramitação no Senado Federal o PLS nº 267, de 2018, de autoria do Senador Paulo Rocha, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas. Ainda que esse projeto verse sobre a mesma matéria que a proposição ora em análise, acreditamos que os termos em que ele está formulado são mais adequados e abrangentes. Assim, por apoiarmos a proposta do Senador Paulo Rocha, e contando com a sua devida concordância, apresentamos substitutivo ao PLS nº 149, de 2018, nos termos do PLS nº 267, de 2018.

Desse modo, o que aconteceu foi que a Comissão de Assuntos Sociais apresentou o texto do PLS nº 267/18 como substitutivo para o PLS nº 149/18, de forma que este, agora, apresenta a mesma redação que havia sido proposta naquele. O Projeto de Lei do Senado nº 267 de 2018 foi, então, retirado pelo próprio autor, o Senador Paulo Rocha (2018, p. 2), apresentando a justificativa a seguir:

Tal pedido se dá, a uma, por economia processual, vez que o PLS que apresentei vai na mesma direção de outro já apresentado pelo ilustre senador Lasier Martins, o PLS nº 149/2018. A duas, motivado pelo relatório apresentado pela relatora desse último PLS, na Comissão de Assuntos Sociais, Senadora Lídice da Mata, que encampou, em substitutivo, parte substancial do conteúdo do meu projeto, o que torna despendiosa a tramitação do mesmo, já que seu conteúdo está contemplado no substitutivo da Comissão de Assuntos Sociais.

Percebe-se que houve certa confusão legislativa, mas o Projeto de Lei nº 149 de 2018, da forma como está redigido agora, com seu texto substituto, atende aos interesses essenciais dos pacientes. O PLS abrange um leque maior de situações em que o indivíduo tem o poder de escolha sobre aderir ou recusar tratamentos e sobre condutas ortotánásicas, aproximando-se de uma ideia de consagração da dignidade do paciente. Ademais, tem o objetivo de regulamentar e detalhar o instituto das diretivas antecipadas de vontade, de modo a delimitar seu alcance e promover uma maior segurança à atuação do médico. De acordo com sua última movimentação, no dia 8 de maio de 2019, o PLS nº 149/18 ainda se encontra na Comissão de Assuntos Sociais.

Atualmente, como já demonstrado, há uma lacuna jurídica em relação ao tema, o que causa uma insegurança nos profissionais de saúde e uma restrição dos pacientes ao estabelecido por meio de normas éticas do Conselho Federal de Medicina. Além dessa lacuna, infere-se que a matéria é extremamente controvertida, trazendo o

debate sobre o direito à vida, à dignidade humana, à morte digna, à autonomia e, também, um debate acerca da ética médica. Há uma urgência, portanto, de se uniformizar o entendimento sobre a questão em âmbito médico e jurídico, e de se aprovar lei específica que regulamente o tema.

As diretivas antecipadas de vontade são instituto que visa a consagração da autonomia do paciente, de maneira que este possa fazer suas escolhas a respeito de tratamento médico em um momento futuro. O objetivo é garantir ao enfermo a possibilidade de se ter uma morte digna.

Para que isso seja realizado, de modo que mais indivíduos acometidos por patologias graves e incuráveis possam ser incluídos, é preciso que se depreenda que a autorização para a recusa terapêutica, com a consequente prática da ortotanásia, deve ser estendida para além de pacientes terminais, mediante critérios que devem ser estabelecidos em lei específica. Apenas assim será possível se concretizar o princípio da dignidade humana no final da vida desses pacientes, garantindo-lhes a liberdade de escolha e o direito a uma morte digna.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível constatar que as diretivas antecipadas de vontade representam uma grande evolução em relação à consagração de direitos e garantias fundamentais do paciente. A autonomia do indivíduo deve ser, sempre que possível, privilegiada, servindo as diretivas como instituto capaz de garantir que o enfermo possa fazer sua escolha sobre tratamento médico futuro.

A partir de uma análise acerca dos direitos fundamentais à vida e à morte digna, depreende-se que consistem em temas extremamente polêmicos na sociedade. A vida é o bem jurídico mais protegido pelo Direito, de modo que qualquer instituto que pareça infringi-la é recebido com duras críticas.

Acontece que essa visão extremamente paternalista de proteção da vida acaba por negligenciar a dignidade do indivíduo em um leque de situações. É nesse sentido que se entende que a ideia de vida não pode vir dissociada da ideia de dignidade. O objetivo da proteção jurídica à vida não deve ser visto como a total proibição de se dispor sobre aspectos fisiológicos relacionados à existência humana. O direito à vida precisa ser enxergado como a garantia da promoção de uma vida digna.

A morte já teve diversas concepções ao longo da história. Infere-se que cada pessoa possui sua visão individual em relação a esse acontecimento, com base em seus próprios valores e crenças. A tentativa de tirar do sujeito a liberdade para decidir sobre seus tratamentos médicos em final de vida fere, nitidamente, a sua autonomia, não havendo respeito pelos seus valores pessoais. O direito à morte digna só se consagra a partir da observância da liberdade decisória do indivíduo, que deve ter a prerrogativa de decidir, dentro dos limites impostos pela lei, sobre a sua própria morte.

Verifica-se que a Bioética é disciplina recente na história da humanidade, tendo surgido para solucionar os problemas éticos trazidos pela evolução tecnológica. A grande controvérsia acerca dos limites da decisão do paciente surge devido ao conflito entre dois princípios bioéticos: a beneficência e a autonomia.

A beneficência, traduzindo-se no dever do profissional de saúde de buscar a cura ou a melhora do estado do paciente, não deve ser entendida como intervenção médica a qualquer custo. O princípio da beneficência deve vir acoplado ao princípio da não-

maleficência, consistindo este no compromisso por parte do médico de não causar males ao enfermo. É nesse cenário que se torna importante reconhecer a hora certa de parar com tratamentos e procedimentos que venham a ser fúteis, não tendo mais a aptidão de proporcionar um bem efetivo ao indivíduo acometido de patologia.

A autonomia, por outro lado, diz respeito à liberdade decisória do paciente. O ser humano deve ser tratado como dono da própria vida, de modo a ser livre para decidir viver conforme seu próprio sistema de valores. Diferente não poderia ser, portanto, no que se refere a tratamento de saúde.

Por essa perspectiva, compreende-se que não existe, de fato, um choque entre o princípio bioético da beneficência e o princípio da autonomia. O sujeito que tenha capacidade para consentir, no momento em que toma decisão relativa à sua própria vida e integridade física e psíquica, deve ter tal escolha respeitada. Qualquer tipo de atitude contrária a isso, por meio de tratamento médico forçado ou internação compulsória, não é capaz de promover o “bem”, representando uma grave violação a direitos e garantias fundamentais do sujeito.

Resta demonstrado que o Conselho Federal de Medicina e a comunidade jurídica entendem pela não realização da distanásia, sendo a obstinação terapêutica rechaçada, por se conceber que esta não atende ao melhor interesse do enfermo. Ressalte-se que a distanásia consiste na realização de tratamentos médicos fúteis com o único fim de se postergar o processo de morrer do paciente.

Nota-se que as práticas da eutanásia e do suicídio assistido são criminalizadas pelo ordenamento jurídico, todavia, a conduta do médico frente a paciente em final de vida deve ser guiada pela ortotanásia. Tal instituto foi inserido no Brasil por meio da Resolução nº 1.805 de 2006 que, apesar de representar uma evolução em relação aos direitos a pacientes em final de vida, deixou muitas questões em aberto.

Da análise feita da Resolução em questão, percebe-se que a existência de patologia incurável e a terminalidade do paciente são os requisitos necessários para a realização da ortotanásia. Ademais, constata-se que o documento não trouxe uma solução acerca do problema da possível falta de capacidade do paciente para decidir sobre a recusa terapêutica e a prática da ortotanásia.

Em relação ao segundo problema, as diretivas antecipadas de vontade foram regulamentadas a fim de solucionar essa questão. Desse modo, os pacientes

passaram a poder expressar seus desejos em um momento prévio ao estado avançado da patologia. Destaca-se que o conteúdo das diretivas antecipadas de vontade não se restringe a recusa terapêutica, podendo, inclusive, serem usadas para manifestar desejos quanto à utilização de medidas mais extraordinárias para manutenção de vida. Todavia, constata-se que a utilização do instituto tendo como objeto a recusa terapêutica é mais comum, além de ser o campo em que mais polêmicas são suscitadas, por envolver o grande tabu da morte.

Sendo possível que o paciente, utilizando-se da sua autonomia, recuse tratamento através das diretivas antecipadas de vontade, faz-se imprescindível delimitar o alcance dessa decisão. A Resolução da ortotanásia restringe sua prática a pacientes em estado terminal. Entretanto, foi demonstrado que isso acaba por excluir muitas pessoas acometidas por patologias graves e incuráveis que ainda não se encontram em estado terminal, mas não desejam manter uma sobrevida dotada de dor e sofrimento.

Tanto o instituto da ortotanásia quanto o instituto das diretivas antecipadas de vontade foram inseridos no Brasil por resoluções do Conselho Federal de Medicina. Ainda não foi aprovada nenhuma lei específica sobre a matéria, o que se entende ser urgente. O CFM tem o condão de editar normas éticas, porém, faz-se necessário lei que regulamente institutos tão importantes, de modo a estabelecer seus alcances e limites.

Depreende-se, quanto às limitações das decisões do paciente, que estas não podem ser contrárias a legislação vigente, não podendo, portanto, consistir em pedidos de realização da eutanásia ou do suicídio assistido. Em relação à prática da ortotanásia, por outro lado, entende-se que ela deve ser estendida a pacientes que possuam patologias graves e incuráveis, mesmo que não estejam, ainda, em estado terminal.

Desse modo, averigua-se que o enfermo, no âmbito da sua capacidade para consentir, tem o direito a recusar tratamento médico, não podendo ser obrigado a se submeter a procedimento ao qual não deu seu consentimento. Não faz sentido algum forçar um paciente a se submeter a tratamento que não atende aos seus interesses e valores pessoais.

O tratamento médico forçado se enquadra como crime de constrangimento ilegal. Caso fosse permitido, acabaria fazendo com que pessoas evitassem ir ao hospital para não serem obrigadas a se submeterem a isso. Desse modo, enfermos que

poderiam estar recebendo cuidados paliativos no hospital passariam por mais sofrimento em casa, já que abririam mão de cuidados essenciais em final de vida pelo medo de serem forçados a se submeterem a tratamentos que não desejam receber. Sendo assim, entende-se que o atendimento ao desejo do paciente pela recusa terapêutica e ortotanásia não deve estar restrito ao requisito da terminalidade.

Constata-se que o Projeto de Lei do Senado nº 149 de 2018, com a sua redação substitutiva, atende bem aos interesses do paciente em relação aos limites da sua decisão através das diretivas antecipadas de vontade. O PLS regulamenta as diretivas antecipadas de vontade, apresentando conceitos, direitos e deveres dos pacientes e profissionais de saúde e as limitações ao uso do instituto em questão.

O PLS inova ao estender o direito da manifestação do paciente pela recusa terapêutica e conseqüente ortotanásia através das diretivas para além de casos terminais. Assim, caso esse projeto seja aprovado, além de pacientes em situação terminal, essa decisão vai ser válida para casos de doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada e estado vegetativo persistente.

Em relação à atuação do profissional responsável frente à decisão do paciente, entende-se que o modelo da alteridade e autonomia conjunta é o ideal. A relação médico-paciente deve se basear no respeito à autonomia do enfermo que, depois de receber as informações técnicas necessárias do médico para que possa tomar sua decisão, fará a escolha que julgará mais adequada.

O médico tem o dever de respeitar a decisão do paciente por meio das diretivas antecipadas de vontade, com exceção dos casos que violem a lei ou a própria ética médica. Assim, o profissional de saúde deve trabalhar em conjunto tanto com o paciente quanto com sua família, para que a escolha seja feita de maneira responsável e com todo o conhecimento necessário, devendo, então, haver a obediência à decisão final tomada pelo enfermo, dentro dos limites já estabelecidos.

Em suma, conclui-se que as diretivas antecipadas de vontade representam a máxima expressão da autonomia do paciente. A autorização para a realização da ortotanásia, mediante desejo do paciente expresso por meio do instituto foco da presente monografia, deve se estender para além de pacientes terminais, de modo a considerar os demais casos clínicos que diminuem significativamente a qualidade de vida do enfermo.

O profissional de saúde, nesse cenário, deve ter sua atuação voltada para a alteridade e autonomia conjunta, de forma a privilegiar a liberdade de escolha do seu paciente e fornecer todas as informações necessárias a este. Entende-se imprescindível a edição de lei específica sobre o assunto, devendo ser aprovado o PLS nº 149/18, na forma do seu texto substituto. Assim, percebe-se que há uma estrada sendo trilhada em direção à consagração da dignidade dos pacientes, de modo a garantir-lhes o direito a uma morte digna.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v.6, 2005, p. 541-558. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2020.
- AITH, Fernando. Morte digna: direito natural do ser humano. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v.8, n.1, mar./jun. 2007, p. 173-187. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80048>. Acesso em: 2 jul. 2020.
- ALCAIRES MENDES, Juliana; LUSTOSA, Maria Alice; MELLO ANDRADE, Maria Clara. Paciente terminal, família e equipe de saúde. **Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar**. Rio de Janeiro, v. 12, jun. 2009, p. 151-173. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 14 jul. 2020.
- ALVES CARVALHO PEDROSA, Lauricio. Ética da alteridade e respeito à autonomia na relação médico-paciente. **Revista Direito UNIFACS**. Salvador, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4540>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- ALVES DE SOUZA LIMA, Carolina. Ortotanásia, cuidados paliativos e direitos humanos. **Revista da Sociedade Brasileira de Clínica Médica**. v. 13, jan./mar. 2015, p. 14-17. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1679-1010/2015/v13n1/a4762.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- AMARAL, Francisco. 10.ed. **Direito Civil. Introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- BARROS DA COSTA, Silvana; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Incorporação dos tratados internacionais do ordenamento jurídico interno. **Unoesc International Legal Seminar**. 2014, p. 909-930. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4301>. Acesso em: 29 jun. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 4. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. 4.ed. **Biomedical Ethics**. Nova York: Oxford University Press, 1994. Disponível em: <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2013/prin.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020.
- BECHES VIEIRA JUNIOR, Dicesar. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito – RFD UERJ**. Rio de Janeiro: n.28, 2015, p. 73-96. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/20298/14641>. Acesso: 29 jun. 2020.
- BELTRÃO, Silvio Romero. Autonomia da vontade do paciente e capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 17, n. 2, jul/out. 2016, p. 98-116.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**. v.2, n.3, 2008, p. 82-93. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5.559, de 14 de junho de 2016. Dispõe sobre os direitos dos pacientes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087978>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 14.nov.2019.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 14.nov.2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Goiás, 1ª Vara Cível. Ação Civil Pública n. 0001039-86.2013.4.01.3500. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Magistrado: Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=JFGO>. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de São Paulo, 8ª Vara Cível. Ação Civil Pública n. 5021263-50.2019.4.03.6100. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Magistrado: Juiz Federal Hong Kou Hen. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/12/3A097A4116BD54_liminar20-12-19-cfm.pdf. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, 30 set. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 149**, de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 236**, de 2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 267**, de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 524**, de 2009. Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 12 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 642. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5839268>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466343 SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 3 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018, p. 75-104. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>. Acesso em: 2 mar. 2020.

BUDEL, Diego. Direitos fundamentais: dimensões e redimensionamentos perante o protagonismo da solidariedade. **Revista Direito UNIFACS**. Salvador, n. 209, 2017, p. 1-28. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/5201/3319>. Acesso em: 29 jun. 2020.

CALMON, Eliana. As gerações de direito. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, v.13, n.1, 2001, p. 11-17.

CAPPI, Tiago. **Os direitos fundamentais como cláusula pétrea**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=739117deec7f647e>. Acesso em: 3 jul. 2020.

CARVALHO PAVÃO, Juliana; RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR, Rita de Cássia. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil. **Revista do Direito Público**. Londrina, v. 14, n. 2, ago. 2019, p. 168-186.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.48, n.191, jul./set. 2011, p. 167-189. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 29 jun. 2020.

CERQUEIRA NEVES, Nedy. **Ética para futuros médicos: é possível ensinar?** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/arquivos/etica_futuros_medicos.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. 16.ed. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDBB**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, v. 1.

CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. Disponível em:

<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. **Convênio de Oviedo**, de 4 de abril de 1997. Oviedo, Espanha. Disponível em: https://www.hospitalsantjoan.cat/wp-content/uploads/2018/07/Convenio_Oviedo1997.pdf. Acesso em: 4 mar. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. **Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem**, de 2017. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acesso em: 4 abr. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação nº. 01/2016**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso: 14 nov.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso: 14 nov.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995/2012**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso: 14 nov.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.232**, de 16 de set. de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 4 jun. 2020.

CORDERO DA SILVA, José Antonio. **Autonomia versus paternalismo médico: perfil bioético dos egressos do Laboratório de Cirurgia Experimental do curso de Medicina da UEPA**. 2013. Tese. (Doutorado em Bioética) – Faculdade de Medicina, Universidade do Porto – Portugal. Orientador: Profa. Dra. Stella Barbas. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70573/2/29062.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CORDEIRO, Maria Celeste. Conceito médico-forense de morte. **Revista da Faculdade de Direito – USP**. São Paulo, v. 92, 1997, p. 341-380. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67369>. Acesso em: 29 jun. 2020.

CORDEIRO RIDOLPHI, Alencar; LIMA VERDAN RANGEL, Tauã. **Morte digna à luz da dignidade da pessoa humana: o direito de morrer**. Boletim Jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/cronicas/3736/morte-digna-luz-dignidade-pessoa-humana-direito-morrer>. Acesso em: 03 jun. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. ver. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. **Revista M.** Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, jul/dez. 2016, p. 443-460.

DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. **Civilistica.com.** a. 2. n. 4. 2013, p. 1-9. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>. Acesso em: 16. nov. 2019.

DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética.** v.17, n.3, 2009, p. 523-543. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/515/516. Acesso em: 29 jun. 2020.

DADALTO, Luciana; PIMENTEL, Willian. Direito à recusa de tratamento: análise da sentença proferida nos autos nº 201700242266 – TJGO. **Revista Brasileira de Direito Civil.** Belo Horizonte, v. 15, jan./mar. 2018, p. 159-175. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/209>. Acesso em: 14 jul. 2020.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética.** 2013, p. 463-476.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEBENEDITO SILVA, Carlos Henrique. Quando o tratamento oncológico pode ser fútil? Do ponto de vista do saber-fazer médico. **Revista Brasileira de Cancerologia.** Seção especial, II Jornada de Bioética do HC IV, 2008, p. 401-410. Disponível em: https://rbc.inca.gov.br/site/arquivos/n_54/v04/pdf/401_410__Quando_o_Tratamento_Oncol%C3%B3gico_Pode_Ser_Futil_saber_fazer_medico.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA): o que é, quais as causas, sintomas e tratamento. **Ministério da Saúde.** Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/ela-esclerose-lateral-amiotrofica>. Acesso em: 03 jul. 2020.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno. 3.ed. rev. atual. e ampl. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Editora DelRey, 2015.

FÜRST, Henderson. **As principais alterações no Código de Ética Médica Brasileiro – parte 1.** GenJurídico. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/11/19/principais-alteracoes-novo-codigo-etica-medica-br-pt-1/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

FÜRST, Henderson. **As principais alterações no Código de Ética Médica Brasileiro – parte 2.** GenJurídico. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2019/04/30/as-principais-alteracoes-no-novo-codigo-de-etica-medica-brasil-parte-2/#_ftn4. Acesso em: 3 jul. 2020.

GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais – morte encefálica. **Revista Bioética.** v.1, n.2, p. 1-7. Disponível em:

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493. Acesso em: 27 jun. 2020.

GUTIERREZ, Pilar. O que é o paciente terminal? **Revista da Associação Médica Brasileira**. São Paulo, v. 47, n. 2, p. 92. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010#:~:text=A%20terminalidade%20parece%20ser%20o,pr%C3%B3xima%20parece%20inevit%C3%A1vel%20e%20previs%C3%ADvel. Acesso em: 10 jul. 2020.

JONSEN, Albert. Dying Right in California – The Natural Death Act. **Clinical Toxicology**. San Francisco, v. 13, 1978, p. 513-522. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.3109/15563657808988256#:~:text=The%20Natural%20Death%20Act%20%5B3,event%20of%20a%20terminal%20condition>. Acesso em: 10 jul. 2020.

KEINERT, Ruben Cesar; MEZZOMO KEINERT, Tania Margarete; SILVA DIAS, Daniel da. Morrer faz parte da vida: o direito à morte digna. **BIS, Boletim do Instituto de Saúde**. São Paulo, v.12, n.3, 2010, p. 260-627. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/v12n3/v12n3a08.pdf>. Acesso em: 03/07/2020.

KELLY, James. **What is the difference between coma, minimally conscious state, persistent vegetative state, and brain death?**. Brain and Life. Disponível em: <https://www.brainandlife.org/articles/what-is-the-difference-between-coma-minimally-conscious-state-persistent/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

Liminar suspende resolução do Conselho Federal de Medicina que permitia intervenções médicas sem consentimento de gestantes. **Ministério Público Federal**, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/liminar-suspende-resolucao-do-cfm-que-permitia-intervencoes-medicas-sem-consentimento-de-gestantes>. Acesso em: 3 jun. 2020.

LINHARES ZOUEN, Luís Henrique. **Em que consistem e quais são as gerações de direitos fundamentais?** Meu Site Jurídico. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

LOLAS, Fernando. 2.ed. **Bioética: O que é, como se faz**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. **Scielo Books**. In: O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2015, p. 89-131. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602-05.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTELETO GODINHO, Adriano. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 31-47.

MARTIN, Leonard. **Eutanásia e Distanásia**. Portal Médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

MAZZUOLI, Valerio. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.37, n.147, jul./set. 2000, p. 179-200. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/618/r147-15.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 19 jun. 2020.

MEIRELLES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Prática médica e diretivas antecipadas de vontade: uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. **Revista Jurídica Cesumar**. Set./dez. 2017, v. 17, n. 3, p. 715-739.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2020.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela. Testamento vital: os limites e consequências jurídico-penais do exercício da autonomia em face das diretivas antecipadas de vontade. **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI – MADRID**. v. 1, n. 10, 2015, p. 316-335. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3423>. Acesso em: 14 jul. 2020.

MOTA, Joaquim Antônio César. Quando um tratamento torna-se fútil?. **Revista Bioética**. Belo Horizonte, v.7, n.1, p. 1-4. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/291/430. Acesso em: 25 jun. 2020.

MOTTA, Sylvio. **A hierarquia legal dos tratados internacionais**. ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec#:~:text=Os%20tratados%20de%20direitos%20que,Casa%20do%20Congresso%20Nacional%2C%20em>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MPF quer revogação de normas que autoriza intervenções médicas sem consentimento das gestantes. **Ministério Público Federal**, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-quer-revogacao-de-norma-que-autoriza-intervencoes-medicas-sem-o-consentimento-das-gestantes>. Acesso em: 9 jun. 2020.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília: CFM, 2016.

NÚÑEZ NOVO, Benigno. **O Novo Código de Ética Médica**. DireitoNet, 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11147/O-novo-Codigo-de-Etica-Medica>. Acesso em: 9 jun. 2020.

PAES DE CARVALHO, Maria Cecília. **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos após EC 45/2004**. 2009. Artigo Científico. (Pós-graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro. Orientadores: Profa. Néli Fetzner; Prof. Nelson Tavares; Prof. Marcelo Pereira de Almeida. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/MariaCeciliaPaesdeCarvalho.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

PESSINI, Leo. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Revista Bioética**. v.12, n.1, 2004, p. 39-60. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/120/125. Acesso em: 3 jul. 2020.

PIÑÓN VARGAS, Mauricio; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, José. El Día de Muertos en los textos de primaria de México. **REDIE**. Ensenada, v.18, n.2, 2016, p. 170-179. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-40412016000200013. Acesso em: 29 jul. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. **O direito à morte digna**. Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/O-direito-a-morte-digna-13-839.shtml>. Acesso em: 02 jul. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. **Caderno de Direito Constitucional – EMAGIS**. v.4, 2006. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

PIVA, Jefferson; ANTONACCI, Paulo. **Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal**. Disponível em: <http://www.medicinaintensiva.com.br/eutanasia1.htm>. Acesso em: 03 jul. 2020.

PITTELLI, Sergio. O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. v.3, n.1, mar. 2002, p. 38-59. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81294>. Acesso em: 29 jun. 2020.

PORTUGAL, Daniela; MEIRELLES, Ana Thereza. Terminalidade da vida e suas consequências jurídico-penais: Delineando a disciplina normativa da eutanásia e da ortotanásia no Anteprojeto do Código Penal. **Dul In Altum Cadernos de Direito**. Recife, v.7, 2015, p. 323-350. Disponível em: <https://www.faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/37> Acesso em: 12. nov. 2019.

PSOL questiona resolução sobre recusa de pacientes a tratamentos e intervenções. **Supremo Tribunal Federal**, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434205&ori=1>. Acesso em: 03 jul. 2020.

PUCA, Antonio. A morte cerebral é a verdadeira morte? Um problema aberto. **Revista Bioethikos – Centro Universitário São Camilo**. São Camilo, v.6, n.3, 2012, p. 321-334. Disponível em: <https://saocamilosp.br/assets/artigo/bioethikos/96/8.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz. A afirmação histórica da proteção da vida humana. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 46, maio 2015, p. 34-62. Disponível em:

<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/5960/4073>. Acesso em: 29 jun. 2020.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p.13-28.

ROMERO MUÑOZ, Daniel; CARVALHO FORTES, Paulo Antonio. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**. Implante Institute. Disponível em: <https://implante.institute/blog/o-principio-da-autonomia-e-o-consentimento-livre-e-esclarecido/369?id=369>. Acesso em: 21 jun. 2020.

SÃO PAULO. **Lei Estadual n. 10.241**, de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, SP, 17 mar. 1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVEIRA, Maria Helena; TRENCH CIAMPONE, Maria Helena; OZELLO GUTIERREZ, Beatriz Aparecida. Percepção da equipe multiprofissional sobre cuidados paliativos. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**. Rio de Janeiro, v. 17, 2013, p. 7-16. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbgg/v17n1/1809-9823-rbgg-17-01-00007.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

SCHRAMM, Fermin Roland. Quando o tratamento oncológico pode ser fútil? Um ponto de vista bioético sobre a questão. **Revista Brasileira de Cancerologia**. Rio de Janeiro, v.54, n.4, 2008, p. 417-420. Disponível em: https://rbc.inca.gov.br/site/arquivos/n_54/v04/pdf/417_420__Quando_o_Tratamento_Oncol%C3%B3gico_Pode_Ser_Futil_bioetico.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

SILVA FONTES MONTEIRO, Renata da; GOMES DA SILVA, Aluisio. Diretivas Antecipadas de Vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista Bioética**. vol. 27. no.1. Brasília, jan./mar. 2019, p. 86-97.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. Libertarian Paternalism. **American Economic Review**. v. 93, 2003, p. 175-189. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12876718/LibPaternal.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 jul. 2020.

VALENTE, Silvio Eduardo. **Diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida: um estudo à luz do direito penal**. 2014. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Roberto Augusto de Carvalho Campos.

VARELLA, Drauzio. **Suicídio assistido**. Uol. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/suicidio-assistido-artigo/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. 1.ed. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos nas disciplina jurídico-penal do final de vida**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.