



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA CAROLINA DA COSTA DE MESQUITA

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A PERSPECTIVA JURÍDICA DA
AUTONOMIA DA VONTADE E DIGNIDADE HUMANA NO FIM DA VIDA**

FORTALEZA

2019

ANA CAROLINA DA COSTA DE MESQUITA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A PERSPECTIVA JURÍDICA DA
AUTONOMIA DA VONTADE E DIGNIDADE HUMANA NO FIM DA VIDA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria Vital da Rocha.

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M543d Mesquita, Ana Carolina da Costa de.

Diretivas antecipadas de vontade: a perspectiva jurídica da autonomia da vontade e dignidade humana no fim da vida / Ana Carolina da Costa de Mesquita. – 2019.
173 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof.^a Dra. Maria Vital da Rocha.

1. Diretivas antecipadas de vontade. 2. Autonomia da vontade. 3. Dignidade humana. 4. Medidas paliativas. I. Título.

CDD 340

ANA CAROLINA DA COSTA DE MESQUITA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A PERSPECTIVA JURÍDICA DA
AUTONOMIA DA VONTADE E DIGNIDADE HUMANA NO FIM DA VIDA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: 20/02/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Maria Vital da Rocha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo
Universidade de Lisboa (ULisboa)

Prof.^a Dra. Fernanda Martins Maia Carvalho
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Dedico este trabalho às minhas avós, Maria Rosa da Costa (*in memoriam*) e Dalva Mesquita (*in memoriam*), exemplos de mulheres nordestinas batalhadoras, que me deixaram as lembranças de momentos inesquecíveis e o sentimento de amor mais terno da vida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Antonia Maria e Antonio Carlos, bem como aos meus irmãos, Carlos Emídio, Paulo Marcelo e Luis Eduardo, pelo amor incondicional, por acreditarem em mim e por todo o apoio que me deram durante o processo, e sem os quais a minha vida não tem o menor sentido. Se eu tento ser constantemente a minha melhor versão, é porque tenho vocês como exemplo e motivação. Vocês são o maior tesouro que tenho na minha vida.

Ao Diego, por toda a compreensão das ausências, pela admiração, por todo o amor, companheirismo, incentivo, apoio e valor que me proporcionou ao longo dessa árdua e maravilhosa jornada. Sem você, esse caminho não teria ocorrido com tanta paz e tranquilidade.

A Professora Doutora Maria Vital da Rocha, minha orientadora, a quem tenho como exemplo de profissional e força, a quem devo todo o meu aprendizado na pesquisa e no ensino acadêmico, e por quem cultivo um carinho e amizade imensurável. Muito obrigada por tudo!

Aos demais membros da banca examinadora, Professor Doutor Fernando Araújo, com quem tive uma das melhores aulas durante o Mestrado, na disciplina Direito de Personalidade, e que agora tenho a honra dele ser avaliador da minha pesquisa, e à Professora Doutora Fernanda Martins, referência na Neurologia no Estado do Ceará.

Aos Professores do Programa, Professora Doutora Cynara Mariano, Professor Doutor Gustavo Cabral e Professora Juliana Diniz, pelos valiosos ensinamentos durante o Curso.

Aos amigos queridos que fiz durante essa jornada: Aécio, Arthur, Carol Farias, Debora, Delmiro, Eulália, Fabrícia, Fernanda, Holanda, Isabelly, Lara Teles, Lara Dourado, Laura Matos, Liliane, Mayna, Thanderson, Sarah e Zayda, com quem dividi meus melhores momentos, alegrias e aflições no Mestrado.

Ao meu amigo Alberto Banhos, por torcer e acreditar em mim, me incentivando nos momentos em que mais precisei, em especial, no ingresso dessa trajetória acadêmica, e pela ajuda na revisão do *abstract*.

Aos meus primos, Isabelle Mesquita, por me ajudar na revisão textual inicial, e Rômulo Farias, pela ajuda na informação sobre o primeiro caso de transplante no País. Ao meu amigo Ramom Carvalho, que sonhou junto comigo pela conquista desse título.

Ao André Leite, Fernando Demétrio, Priscilla Albuquerque, Maysa Cortez e Vanessa Cavalcante, amigos que fiz no Tribunal de Contas do Estado no último ano do Mestrado, a quem devo o incentivo diário, auxílio e apoio na reta final desta pesquisa.

Aos alunos de graduação da disciplina de Sucessões, da Professora Doutora Maria Vital, em que fiz meu estágio à docência, e com quem pude vivenciar um pouco da docência no Mestrado; e ao Professor Felipe Barroso, do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), pelo convite para participar das bancas de avaliação dos trabalhos científicos e de conclusão de curso.

À Coordenadora do Programa, Professora Doutora Tarin Mont'Alverne, e a Heloisa, servidora responsável pela parte administrativa da Coordenação do Programa, por toda a presteza e ajuda que me deram quando durante o longo do Curso.

“No fim tu hás de ver que as coisas mais leves
são as únicas que o vento não conseguiu levar:
Um estribilho antigo
Um carinho no momento preciso
O folhear de um livro de poemas
O cheiro que tinha um dia o próprio vento...”.

(MÁRIO QUINTANA)

RESUMO

Reporta-se à validade jurídica no Brasil das decisões terapêuticas no final da vida, realizadas por meio das diretivas antecipadas de vontade. Para isso, a pesquisa foi distribuída em cinco capítulos. No segundo são abordados os preceitos jurídicos que fundamentaram a existência das diretivas e seu conteúdo. Assim, no início deste estudo, delimitam-se, sem a presunção de esgotamento do tema, os conceitos da autonomia da vontade, dignidade humana e do direito à vida, definições essenciais para a compreensão do objeto em exame. Na terceira seção, exprimem-se as razões que motivaram a existência das diretivas. Sendo assim, foram analisadas as repercussões éticas que os avanços biotecnológicos na Medicina ocasionaram, ao possibilitarem o prolongamento extemporâneo da vida humana, e como esses aspectos necessitaram de outras disciplinas, especificamente do Direito, para solucionar os resultados das consequências desse progresso científico. Dentre essas soluções, está o surgimento das diretivas antecipadas de vontade, com as medidas paliativas, como opção do paciente pelo tratamento alternativo aos de suporte vital. Nesse momento, delimitou-se a definição do objeto, em estudo diferenciando-o de outros conceitos e pontos éticos, como a eutanásia, que porventura distorcem a finalidade das diretivas. No quarto módulo, objetivou-se empreender a discussão sobre as diretivas antecipadas no País, com suporte em um estudo da aplicabilidade jurídica das normas deontológicas médicas que previram o surgimento do objeto de estudo e seu conteúdo no Brasil. Realizou-se, também, o exame do arcabouço jurídico de sua validade, em que se examinou se há a necessidade de lei para a validação do instrumento. Recorreu-se, para tanto, à metodologia, dedutiva por meio de pesquisa de caráter bibliográfico. Constatou-se, como resultado, que, apesar de possuir respaldo normativo de validade, as diretivas carecem de debate fático-social que a legitimem.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas de vontade. Autonomia da vontade. Dignidade humana. Medidas paliativas.

ABSTRACT

In report to the legal validity in Brazil of therapeutic decisions at the end of life, carried out by means of advanced directives. Therefore, the research was distributed in five chapters. On the second are addressed the legal precepts that substantiate the existence of directives and their content. Thus, at the beginning of this study, without the presumption of exhausting the theme, the concepts of the autonomy of will, human dignity and the right to life are delimited, which are essential definitions for the comprehension of the object under examination. On the third section, the reasons that motivated the existence of directives are approached. Thereby, have been analyzed the ethical repercussions that biotechnological advances in medicine caused by enabling the extemporaneous prolongation of human life, and how these questions required other disciplines, specifically Law, in order to solve the results of this scientific progress consequences. Among these solutions there is the emergence of early advanced directives by the palliative care as an option for the alternative treatment patient to those of vital support. At that moment, the definition of the object under study was delimited, differentiating it from other concepts and ethical issues, such as euthanasia, which distort the purpose of the directives. On the fourth module, the objective was to undertake the discussion about the advanced directives in the country, supported by a study of the legal applicability of the medical deontological norms that predict the emergence of the object of study and its content in the country. Besides, the examination of the legal framework of its validity, examining whether there is a need for law to do so was also evaluated. Therefore, in the methodology, the deductive method was used to study the bibliographic type. As a result, it was verified that, despite of having a valid legal support, the directives lack the social and factual debates which legitimize them.

Keywords: Advanced directives. Autonomy of will. Human dignity. Palliative care.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DIGNIDADE HUMANA, AUTONOMIA DA VONTADE E DIREITO À VIDA: A COMPREENSÃO DA EXTENSÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS.....	18
2.1	Autonomia da vontade	18
2.2	Dignidade humana.....	23
2.3	Direito à vida.....	27
2.3.1	<i>O caráter não absoluto do direito à vida.....</i>	<i>27</i>
2.3.2	<i>Direito à morte digna: análise sob a óptica contemporânea da dignidade humana.....</i>	<i>43</i>
3	OS AVANÇOS NA BIOTECNOLOGIA E A EVOLUÇÃO DAS QUESTÕES ÉTICAS	56
3.1	Prolongamento da vida pela biotecnologia e o papel da Bioética na sociedade moderna.....	56
3.2	A multidisciplinaridade da Bioética: perspectiva jurídica	62
3.2.1	<i>Os avanços éticos na relação médico-paciente e a repercussão jurídica brasileira.....</i>	<i>68</i>
3.2.2	<i>Reflexos bioéticos da autonomia da vontade na obstinação terapêutica: as medidas paliativas na manutenção da vida</i>	<i>75</i>
3.3	Interrupção terapêutica, métodos paliativos e a autonomia da vontade: surgimento dos documentos de diretivas antecipadas.....	81
3.3.1	<i>Diferenças entre diretivas antecipadas de vontade e a ortotanásia, eutanásia, suicídio assistido e distanásia</i>	<i>87</i>
4	DIRETIVAS ANTECIPADAS E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	93
4.1	As normas deontológicas médicas e o ordenamento jurídico brasileiro.....	93
4.2	A Resolução CFM nº 1.805/06 e a ortotanásia no Brasil.....	103
4.3	A Resolução CFM nº 1.995/2012 e a previsão das diretivas antecipadas no País	113
4.4	A experiência de Portugal	117
4.5	Resolução CFM nº 2.156/2016: um óbice às diretivas antecipadas de vontade?	123
4.6	Diretivas antecipadas no Brasil: direito fundamental e direito de personalidade	127

4.7	Diretivas antecipadas: necessidade de regulamentação?	134
5	CONCLUSÃO	150
	REFERÊNCIAS	153

1 INTRODUÇÃO

A vida sempre foi divisada como bem supremo e imaculado. Independentemente da situação, essa vertente se firmou como verdade absoluta na sociedade, influenciando significativamente a conduta humana. Nesse aspecto, a manutenção da vida sempre foi o fundamento da atuação médica. Assim, independentemente da vontade do paciente, em todas as situações, a conservação da vida era a única finalidade terapêutica e verdadeira obrigação clínica do médico, ainda que esse prolongamento causasse desconforto e sofrimento ao enfermo.

Essa extensão vital da pessoa em detrimento de sua escolha somente era possível, pois a relação médico-paciente era classificada como paternalista, ou seja, era centrada na escolha médica e não na do paciente. O médico decidia o destino do paciente, bem como os tratamentos que lhe seriam ministrados. Isto decorria, principalmente, da formação do profissional médico e da configuração da relação. No início, a relação entre médico e paciente era expressa em uma característica de família (daí por que a caracterização como paternalista), e todos os tratamentos eram de responsabilidade do chamado “médico da família”.¹

Por ser de responsabilidade do médico, a propensão terapêutica escolhida, em regra, era pela manutenção da vida humana, ainda que a enfermidade não tivesse qualquer expectativa de cura. Assim, por muitos séculos, a obstinação terapêutica para a permanência da vida a todo custo, sem qualquer reflexão aprofundada, foi a base dos estudos médicos. Os avanços nos métodos diagnósticos e terapêuticos possibilitaram maior expectativa da vida humana. Isto porque as evoluções da Biotecnologia e da Medicina prolongaram a vida do ser humano além do imaginado. Se no início da evolução humana a expectativa de vida era baixíssima, hoje, nas regiões mais desenvolvidas, a média é de 70 anos.²

As evoluções biotecnológicas, no entanto, seguiram outros rumos e evoluíram para novos objetivos. O progresso e os avanços materialistas (ou seja, fomentadas por questões econômicas de um sistema capitalista), próprios da ciência e da tecnologia, começaram a ser questionados. Percebeu-se que, para haver a sobrevivência humana, em uma civilização que fosse íntegra e sustentável, era essencial que houvesse o desenvolvimento e

¹ SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

² De acordo com a OMS, a média global de expectativa de vida remonta aos 63.1 anos. (WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World Health Statistics 2017**: Monitoring health for the SDGs. Geneva: WHO, 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255336/1/9789241565486-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 3 jan. 2019).

manutenção de um sistema ético. Por tal razão, reflexões filosóficas e também morais passaram a fazer parte das práticas médicas. O imperativo moral de Kant, sob o qual todo ser vivo é o princípio e o fim em si mesmo, foi invocado nas questões científicas, inicialmente, por Fritz Jahr e vastamente desenvolvida por Van Rensselaer Potter, surgindo outra ciência que ligava as Ciências Biológicas a Ética, passando a sobrevivência humana a ser vista por meio de um sistema de éticas.³

Paralelo a isto, a relação médico-paciente também passou por mudanças. A evolução da biotecnologia interferiu, também, nas relações humanas. O médico da família não atendia mais as necessidades dos enfermos. Tornou-se necessário um facultativo especializado para resolver cada problema, fazendo com que a relação se modificasse. Se antes ela era assentada no protagonismo do médico, caracterizando-se como uma relação paternalista, agora ela passou a ser baseada na autonomia da vontade do enfermo.⁴

A autonomia da vontade (vinculada à concepção de liberdade privada e dignidade humana) passou a ser a base da relação “médico-paciente”, introduzindo neste relacionamento a concepção de Consentimento Livre e Esclarecido, considerado o fundamento mais relevante desta relação. O diálogo, a cognição crítica e as escolhas passaram a ser os requisitos essenciais na formação desse vínculo. O paciente, ao ter o conhecimento de sua situação, passou a poder escolher a opção de qual passo seguinte tomar, encerrando o dever do médico de cuidar do paciente quando ele não quiser o tratamento a lhe ser ministrado.⁵

O Consentimento Livre e Esclarecido, corolário da autonomia da vontade, é o direito que o paciente tem de se determinar, ou seja, é o direito que detém o paciente de ser o legislador de seu corpo e interesse.⁶ Sendo assim, é inevitável que tratamentos sejam questionados. É pressuposto de um consentimento livre e informado que o paciente saiba todo o seu quadro clínico e passe a questionar todas as opções de cura a sua disposição, em quais condições esses tratamentos poderão ser realizados, se realmente poderão se realizar e as repercussões dessas opções.

Portanto, há possibilidade de o enfermo ter o conhecimento de toda a sua situação e da sua patologia, podendo compreender as opções de tratamento e as expectativas de cura. Atualmente, é ensejada ao paciente uma óptica ontológica que anteriormente era

³ PESSINI, Leo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 21, n. 1, p. 9-19, abr. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000100002>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a02v21n1.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁴ SOUZA, 2014.

⁵ ROCHA, Eneyde Gontijo Fernandes M. Direito à verdade e autonomia da vontade no enfermo. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 8, p. 222-234, jan./dez. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27759>. Acesso em: 4 jan. 2019.

⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

desconhecida, ou melhor, lhe era privada. Isso decorre, principalmente, da conotação interpretativa baseada na dignidade humana que se dá aos tratamentos médicos. Com a redemocratização que os países vivenciaram após a Segunda Grande Guerra e os extensos períodos de regimes totalitários, a dignidade da pessoa ganhou e a autonomia da vontade auferiu essencial importância em todos os campos, não sendo diferente na Medicina, em especial, na relação médico-paciente. Os valores foram reformulados.

A concepção de “vida boa” tornou-se corolário da concepção de qualidade de vida, por passar a ser assinada sob o conceito de dignidade humana e autonomia da vontade que, passaram a fazer parte dessa relação. A qualidade de vida passou a ser parte do cotidiano da sociedade, resultado da consequência indesejada que o avanço da tecnologia, desenvolvimento econômico e a industrialização exacerbada provocaram na vida humana. Foi preciso revalorizar o qualitativo e não mais o quantitativo. Esse conceito ampliou-se para indicar a boa vida, dilatando os indicadores que faziam parte dela, não se limitando apenas a expectativa de vida, mortalidade infantil, níveis de poluição, dentre outros, mas, também, com a satisfação, bem-estar e felicidade.⁷

A perspectiva de uma “vida boa”, principalmente nas situações em que há terminalidade da vida, passou a influir nas escolhas dos pacientes no fim de suas vidas. Por tal razão, duas correntes passaram a fazer parte das reflexões da ética médica. Uma afirmou que a vida deve ser preservada a todo custo e a outra entende que a vida tem uma dimensão mais ampla, não se limitando a uma visão técnico-biológica. Daí por que um prolongamento da vida não pode ser realizado apenas sob a concepção de se manter alguém vivo.⁸

Uma vida prolongada além do natural, mas em condições sofríveis ao paciente, em especial quando o óbito é inevitável, começou a ser questionada. Verdades até então absolutas, como a inviolabilidade da vida, passaram a ser confrontadas. Ainda que a Medicina tenha avançado consideravelmente, interferindo na expectativa da vida, há ocasiões em que a morte continua sendo inevitável, sendo necessários cuidados ao paciente que tragam conforto ao final de sua vida, como as medidas paliativas.⁹

Nem sempre manter a vida por meio de intervenções terapêuticas irá reverter a situação fatal em que o paciente se encontra e poderá, inclusive, lhe causar sofrimento que

⁷ ALBUQUERQUE, Sandra Márcia Ribeiro Lins de. **Qualidade de vida ao idoso: assistência domiciliar faz a diferença?** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003, p. 53.

⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 80.

⁹ VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56/59. Acesso em: 4 jan. 2019.

macule a dignidade humana. Sendo assim, o paciente, em especial o que é acometido por doença terminal ou por condição irreversível de óbito, passou a determinar se aceita ou recusa o tratamento que lhe seria ou será aplicado, pois a permanência da vida pode significar a perda de sua essência ou sentido, em razão do sofrimento por que a pessoa passará.

A situação já é difícil quando o paciente detém suas faculdades cognitivas, e pode manifestar, por si, o seu Consentimento Livre e Informado, todavia, haverá situações em que o paciente não poderá externar a sua vontade¹⁰, criando uma circunstância ainda mais complicada. Isto é, há momentos que tornam a manifestação de vontade prejudicada por não haver consciência momentânea. São várias as situações em que a vontade se torna inválida ou impossibilitada de ser praticada quando o paciente não detiver mais a possibilidade de expressá-la, em virtude da situação em que pode se encontrar. Neste caso, os postulados mencionados e que regem a relação médico-paciente correm o risco de serem desrespeitados, e toda a evolução que a relação passou pode retroagir de maneira inesperada e inevitável.¹¹ Isto porque, nessas ocasiões, os pacientes ficam sob a responsabilidade da vontade de outras pessoas, que podem ser seus familiares ou o próprio médico. A escolha, assim, não é mais do paciente, mas sim de outrem, o que pode ocasionar, muitas vezes, a manifestação contrária de sua vontade, pois nem sempre o responsável pode saber, de fato, qual a vontade do enfermo. Por causa dessas situações, na segunda metade do século XX, surgiu nos Estados Unidos o primeiro conceito do que seria o documento de diretivas antecipadas de vontade. Louis Kutner, após testemunhar o sofrimento de um amigo que passou por uma situação enferma dolorosa e longa, lutou pela plenitude da autonomia da vontade do paciente quando ele não pudesse mais expressar seus últimos desejos em relação aos tratamentos de prolongamento da vida em situações terminais.¹²

A ideia do documento se propagou na sociedade médica e, conseqüentemente, em outros países. Em parte significativa dos países, após extensos debates e estudos, foi normatizado, encontrando fundamento no princípio da autonomia da vontade. Com o documento, a questão do que deve ser feito com o enfermo foi legalizada, não sendo os familiares responsáveis pela difícil missão de decidir pelo paciente. A criação de um

¹⁰ Um bom exemplo que pode ilustrar este fato são os casos em que o paciente com doença terminal está em estágio de coma ou em estagio vegetativo.

¹¹ WELIE, Jos V. M. Living wills and substituted judgments: a critical analysis. **Medicine, Health Care and Philosophy**, Dordrecht, v. 4, n. 2, p. 169-183, 2001. p. 169. Disponível em: <http://www.springerlink.com/content/nr07441220428614/>. Acesso em: 4 jan. 2019.

¹² OSBORNE, Denise M. Testamento vital. **Clarim**, Araxá, a. 16, n. 757, p. A2, fev. 2011. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/49751734/Testamento-Vital>. Acesso em: 4 jan. 2019.

documento que expressa o desejo do enfermo possibilita a plenitude da dignidade humana e, sem dúvidas, o respeito efetivo de sua vontade.

No Brasil, o documento foi previsto na norma deontológica médica. Tanto o Código de Ética Médica brasileiro de 2009¹³ como suas resoluções¹⁴ destacam a premissa da vontade do paciente, determinando que, no caso de pacientes com doenças incuráveis ou terminais, o médico pode oferecer os cuidados paliativos, levando em consideração a vontade que eles possam expressar em ter esses cuidados ou não. Logo, submeter um paciente a tratamentos e exames desnecessários contra sua vontade, quando sua situação é terminal ou incurável, passa a ser expressamente vedado pelo Código de Ética Médica.

Desde que o documento foi inserido na norma ética, houve um aumento de 700% de testamentos vitais lavrados no Brasil.¹⁵ O assunto possui reflexos nos direitos dos pacientes, porém, ainda permanece na seara das discussões médicas. Apesar de a legislação brasileira reconhecer a existência a autonomia da vontade no artigo 5, III, da Constituição Federal¹⁶ e artigo 15, do Código Civil Brasileiro de 2002¹⁷, não há previsibilidade legal de um documento com diretivas antecipadas e as discussões sobre o tema são incipientes, diante do influxo jurídico que ela tem na relação médico-paciente e nos direitos do paciente.

Respeitar a vontade expressa do paciente representa tratar a pessoa como um fim em si mesmo, e não como meio. Aquele, dotado de racionalidade tem como sua principal característica a autonomia e a liberdade. A aplicabilidade e efeitos destes se estendem além dos seus limites, pois todo o direito possui como objetivo a dignidade humana.¹⁸ O reconhecimento da dignidade humana na legislação brasileira possui valor máximo na Constituição Federal por ser o fundamento da República Federativa do Brasil. Discutir a respeito dos efeitos jurídicos das decisões de cada um quanto aos desejos futuros no fim da vida quando não puder mais manifestar vontade, se faz essencial, uma vez que 40% (quarenta

¹³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009b. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>. Acesso em: 23 dez. 2018.

¹⁴ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012c. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 23 dez. 2018.

¹⁵ NÚMERO de testamentos vitais lavrados no Brasil cresce 700%. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-30/numero-testamentos-vitais-lavrados-brasil-cresce-700>. Acesso em: 26 dez. 2018.

¹⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 dez. 2018.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

¹⁸ ECHTERHOFF, Gisele. O princípio da dignidade humana e a biotecnologia. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008.

por cento) dos leitos hospitalares no Brasil são ocupados por pacientes terminais¹⁹ e no País é considerado um dos piores lugares para morrer²⁰.

Ante o que se expôs, e tendo em vista a relevância do tema, este ensaio tem como objetivo analisar a aplicabilidade jurídica das diretivas antecipadas de vontade no Brasil. Para tanto, se iniciará esta pesquisa analisando os fundamentos das diretivas, ou seja, far-se-á breve relato sobre autonomia da vontade e dignidade humana. Em seguida, em razão de serem pontos relacionados ao fim da vida, será examinada a absolutividade conferida ao direito à vida e se fará a análise da existência de um direito à morte digna.

Na terceira seção, abordam-se as repercussões que a biotecnologia trouxe no campo ético, ao permitir o prolongamento desmedido da vida humana, a fim de compreender o contexto em que se formulou a ideia de um documento de diretivas antecipadas. Realizar-se-á, no citado capítulo, um estudo sobre o surgimento das diretivas, diferenciando o seu conceito de outros temas relacionados à Bioética e que, geralmente, confundem a discussão sobre o tema, como é o caso da eutanásia, e entender os avanços na biotecnologia no que diz respeito às medidas paliativas para a manutenção da vida, que fazem parte do conteúdo das diretivas. No quarto capítulo, imediatamente anterior às considerações finais, estudam-se a força normativa das normas deontológicas médicas do país, a legalidade da resolução que previu as diretivas antecipadas e a ortotanásia (conteúdo das diretivas), para se passar ao exame da existência ou não de respaldo jurídico das diretivas ou se há a necessidade de legislar sobre o assunto.

Esta pesquisa foi realizada por meio de método dedutivo, com ênfase nas produções teóricas. Em razão da sua natureza temática, realizou-se a interdisciplinaridade, para um estudo aprofundado, considerando e selecionando apenas os textos e regras específicas à matéria. O tipo de pesquisa foi bibliográfica, utilizando-se livros e artigos nacionais e estrangeiros, nas bases de dados Scielo, SpringerLink, Periódicos da Capes, acervo da Universidade Federal do Ceará, Universidade de Fortaleza, recheio bibliográfico pessoal, e legislações nos sítios oficiais do Planalto, Conselho Federal de Medicina e

¹⁹ CHEHUEN NETO, José Antonio; FERREIRA, Renato Erothildes; SILVA, Natália Cristina Simão da; DELGADO, Álvaro Henrique de Almeida; TABET, Caio Gomes; ALMEIDA, Guilherme Gomide; VIEIRA, Isadora Figueiredo Vieira. Testamento vital: o que pensam profissionais de saúde? *Rev. Bioét.*, Brasília, v. 23, n. 3, p. 572-582, 2015. p. 574. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015233094>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0572.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

²⁰ Em 2010, quando a *Economist Intelligence Unit* (EIU) realizou um estudo comparativo dos cuidados com pacientes terminais em 40 países, o Brasil se classificou como o terceiro pior lugar para morrer, ficando atrás somente da Índia e Uganda. (AGÊNCIA ESTÁDIO. Brasil é o 3º pior em ranking de 'qualidade de morte'. *Estadão*, São Paulo, 14 jul. 2010. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-o-3-pior-em-ranking-de-qualidade-de-morte,581070>. Acesso em: 22 dez. 2018).

Assembleia da República de Portugal. Utilizaram-se os descritivos: diretivas antecipadas, bioética, biodireito, ortotanásia, eutanásia, medidas paliativas, dignidade humana, direitos fundamentais, direitos de personalidade, autonomia da vontade. Por configurar assunto inédito, optou-se pela não delimitação temporal.

2 DIGNIDADE HUMANA, AUTONOMIA DA VONTADE E DIREITO À VIDA: A COMPREENSÃO DA EXTENSÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, para a compreensão do que será estudado, procede-se a um resgate da compreensão de preceitos fundamentais intrinsecamente relacionados com o objeto de estudo desta pesquisa. Os institutos analisados neste capítulo são a base da formação da existência dos documentos das diretivas antecipadas de vontade, tanto de sua existência como de seu conteúdo; isto é, se está objetivando a compreensão dos elementos que motivam a existência dos documentos das diretivas antecipadas.

De início, para melhor compreensão do substrato das diretivas, são abordados os princípios que o fundamentam, ou seja, estuda-se, brevemente, o princípio da autonomia e da dignidade. O objetivo dessa abordagem não é esgotar o estudo sobre o tema, mas, tão-somente, dar ênfase à compreensão dos referidos princípios com relação aos seus conceitos, repercussões e problemáticas.

Empós, para melhor entender a extensão do que pode ou não ser conteúdo das diretivas antecipadas, e uma vez que as diretivas envolvem questões relacionadas ao fim da vida, reporta-se ao o direito à vida e à existência de um direito à morte digna. O intuito neste capítulo é buscar apenas um entendimento a contextualização dos institutos que são a fonte jurídica das diretivas antecipadas.

2.1 Autonomia da vontade

A expressão autonomia da vontade, tradicionalmente, é atribuída a Immanuel Kant, em seu trabalho **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Em decorrência da ideia de que o ser humano possui uma racionalidade que o diferencia dos demais, e que o faz ser um fim em si mesmo e não um meio, Kant conclui que o ser humano deve se considerar como legislador universal, por todas as máximas da sua vontade. Julgar a si e suas ações o torna dentro de um Reino dos Fins:

Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas não vinha à ideia de ninguém que ele estava sujeito só à sua própria legislação, embora esta legislação seja universal, e que ele estava somente obrigado a agir conforme a sua própria vontade, mas que segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal. Porque, se nos limitávamos a conceber o homem como submetido a uma lei (qualquer que ela fosse), esta lei deveria ter em si qualquer interesse que o estimulasse ou o constrangesse, uma vez que, como lei, ela não emanava de sua vontade, mas sim que a vontade era legalmente obrigada por qualquer outra coisa a agir de certa maneira.

Em virtude desta consequência inevitável, porém, todo o trabalho para encontrar um princípio supremo do dever era irremediavelmente perdido; pois o que se obtinha não era nunca o dever, mas sim a necessidade da ação partindo de um determinado interesse, interesse esse que ora podia ser próprio ora alheio. Mas estão o imperativo tinha que resultar sempre condicionado e não podia servir como mandamento moral. Chamei, pois, a este princípio, princípio da Autonomia da vontade, por oposição a qualquer outro que por isso atribuo a Heteronomia.²¹

Kant direciona a se considerar que a sociedade é formada por pessoas morais e independentes, capazes de se orientarem racionalmente durante as experiências de vida. O Filósofo situou o ser humano moderno como autodefinidor, não apenas como um mero intérprete do meio em que vive, e pelo qual se posiciona empiricamente na ordenação cósmica. O ser moderno não deve ser guiado pelo instinto e pelos recursos que possui, pois a dignidade e a singularidade estão, justamente, no fato de ele usar a razão.²² Portanto, o princípio da autonomia da vontade deriva da própria vontade.

Segundo Arthur Schopenhauer, em estudo das teorias de Kant, a essência do ser humano é à vontade, sendo esta o fundo de toda ação humana. Toda força natural é uma exteriorização da vontade. A vontade nas suas manifestações externas vem da própria consciência de cada qual, ou melhor, do objeto exclusivo da consciência, com suporte na compreensão do conhecimento do não eu. Além disso, não é consequência de uma necessidade, mas sim fundada em motivos, caso contrário, não seria uma vontade dotada de liberdade. A vontade se caracteriza pela universalidade, pois, no cerne da natureza, tudo se quer. O próprio corpo é a vontade de viver objetivada.²³

Assim, ainda que a vontade pessoal pereça, a universal não se destrói por se tratar da liberdade absoluta, que vem do ser, e não da ação. O que o autor traz à discussão é se há uma liberdade de vontade. Para ele, a vontade é o seu eu propriamente dito, que constitui o próprio fundo de consciência, sendo esta, no entendimento do Filósofo, a percepção do “eu”. Destaca, em síntese, que o ser humano pode fazer o que quiser; apesar de que, em certo momento, não há como querer uma coisa específica com exclusão das demais.

De outra parte, Otavio Luiz Rodrigues Júnior sublinha a posição de Véronique Ranouil, que atribui à expressão “autonomia da vontade” aos internacionalistas do século XIX. Explica que, de modo indireto, os autores de Direito Internacional desenvolveram o conceito de autonomia da vontade com amparo nas das posições de Charles Dumoulin, no

²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 78-79.

²² MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 155-157.

²³ SCHOPENHAUER, Arthur. **O livre-arbítrio**. Tradução de Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 21-38.

século XVI. Ressalta que, qualquer que seja a origem, é inegável a influência francesa na difusão do conceito, com suporte na concepção de caráter subjetivo, surgida após a Revolução Francesa, da ideia de que todas as pessoas são nascidos livres e iguais, sendo a liberdade indispensável em criar ou produzir direito.²⁴

De toda sorte, não se pode olvidar a noção de que a concepção da autonomia da vontade como princípio do direito resulta de um constante evoluir no pensamento jusfilosófico, no qual a Igreja, o Direito Natural e o individualismo das ideias liberais ocupam posição destacada. Acentua o autor que o conceito de autonomia se formulou sob uma óptica insular da dignidade humana de caráter dualista, separando o homem e a natureza em livres distintos, correspondendo à noção de liberdade na possibilidade conferida a cada pessoa em agir ou não agir, de um modo ou de outro. Seria, portanto, uma esfera de autodeterminação individual, estando a autonomia privada situada no âmbito de criação de normas jurídicas pelo particular.

Nessa esteira, a autonomia, segundo Luis Roberto Barroso²⁵, é um elemento ético da dignidade, e está ligada à razão e ao exercício da vontade. A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação. Corresponde ao direito que o ser humano possui de decidir as trilhas de sua vida e de desenvolver livremente sua personalidade, podendo fazer valorações morais e escolhas existenciais, sem imposições externas indevidas. Decisões que envolvam vários campos da vida da pessoa são tomadas por ela própria, caso contrário, haverá violação da sua dignidade, pois a ideia de autonomia está no fato de as pessoas serem seres morais, dotadas de vontade, livre e também responsável.

Assim, a autonomia como princípio remete-se à ideia da capacidade que o ser humano possui de fazer suas escolhas, sobre o que é bom ou acerca do seu bem-estar. A pessoa é autônoma quando possui liberdade, e está livre de coações internas ou externas. Para que haja um efetivo exercício da autonomia, é necessário que esteja à disposição da pessoa alternativa de ação, visto que não existe autonomia para o ser humano quando só lhe é ensejada uma opção. Quando não há liberdade ou escolhas, a ação empreendida não pode ser

²⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 dez. 2018.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 308-309.

julgada como autônoma. Portanto, a autonomia expressa o princípio da liberdade, no qual a pessoa é agente de uma moral autônoma.²⁶

O ser humano torna-se autônomo com as variáveis estruturas biológicas, psíquicas e socioculturais. Isto é, só é possível falar de liberdade se houver condições para isso, ou melhor, se o ser humano tiver tanto meios como opções para que possa se desenvolver em todas as órbitas de sua vida, ou seja, ele detiver a oportunidade de ter escolhas.²⁷

Como explica Amartya Sen, o desenvolvimento pode ser entendido como expansão das liberdades reais. As liberdades humanas contrastam com as visões restritivas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento ao crescimento de rendas pessoais, avanço tecnológico ou modernização social.²⁸

Evidencia que, embora esses elementos sejam muito importantes como meio de expandir as liberdades desfrutadas, a liberdade humana não depende apenas desses fatores, mas também de outros determinantes, como as disposições sociais, econômicas (serviços de educação e saúde) e os direitos civis. Se o desenvolvimento promove a liberdade, há um argumento fundamental em benefício da concentração nesse objetivo abrangente. O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade (como pobreza e tirania) para que ela possa acontecer. A liberdade é central para o processo de desenvolvimento pela razão avaliativa.

A avaliação do progresso deve ser feita considerando se houve aumento das liberdades pessoas, e a razão da eficácia da realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas. Por causa dessa última é que surge a condição de agente livre e sustentável. A importância em considerar a liberdade como o principal fim do desenvolvimento reside no fato, por exemplo, da dissonância a renda *per capita* e a liberdade das pessoas para terem uma vida longa e boa.²⁹

Por exemplo, o Brasil pode ter um índice de crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB) maior do que o da China ou a da Índia, porém, nesses últimos países, há uma expectativa de vida substancialmente mais elevada do que a do primeiro. Isto porque há a persistência de privações entre segmentos da comunidade, em que alguns permanecem excluídos dos benefícios da sociedade (situação orientada pelo mercado); ou em razão dos

²⁶ OLIVEIRO, Maria Zeneida Puga Barbosa; BARBAS, Stela. Autonomia do idoso e distanásia. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 21, n. 2, p 328-337, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000200016>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a16v21n2.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

²⁷ OLIVEIRO; BARBAS, *loc. cit.*

²⁸ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Morta. Revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 21 e ss.

²⁹ SEN, *loc. cit.*

juízos (inclusive as críticas) que as pessoas podem fazer sobre distintos estilos de vida e valores associados à cultura dos mercados. Na visão do desenvolvimento como liberdade, os argumentos de vários lados têm de ser apropriadamente considerados e avaliados.³⁰

Percebe-se que a privação de liberdade pode ocorrer de várias maneiras. Muitas vezes, as faltas de condições de sobrevivência levam as pessoas a determinados caminhos, por não possuírem opções diversas para seguirem outro (como a sujeição a trabalhos degradantes para poder ter dinheiro e sobreviver). Daí por que, a diferença em adotar a visão do desenvolvimento como um processo integrado de expansão de liberdades substantivas interligadas. Outro exemplo que se pode apontar é o papel dos valores sociais e costumes prevalecentes, que podem influenciar nas liberdades de que as pessoas desfrutam, e que elas estão certas ao prezar.³¹

Normas comuns (sociais, religiosas, morais) podem influenciar em características sociais, como a igualdade entre sexos, a natureza dos cuidados dispensados aos filhos e os padrões de fecundidade, entre outros. O exercício da liberdade é mediado por valores que, por sua vez, são influenciados por discussões públicas e interações sociais, originadas da liberdade de participação. Com oportunidades sociais adequadas, as pessoas podem efetivamente moldar o próprio destino e ajudar uns aos outros.³²

Com efeito, a possibilidade de escolha (condição da possibilidade de liberdade e sua efetivação) é o princípio orientador e fundamentador de toda estrutura jurídica. Preservada a autodeterminação, assegurada está a dimensão fundamental da dignidade. O respeito à dignidade é expresso pelo direito à liberdade.³³ O ser humano livre é o proprietário de sua pessoa. Uma dignidade que não considera a liberdade seria uma dignidade truncada. A dignidade exige a liberdade.³⁴ Nesse escopo, falar em autonomia é entender que ela deriva da liberdade e está diatralmente ligada à dignidade humana, na perspectiva de que o ser humano possui uma carga valorativa em sua essência o que lhe permite se destacar dos demais seres vivos, reconhecendo que sua esfera ontológica é o que lhe dá um valor intrínseco e universal.

³⁰ SEN, 2000, p. 21 e ss.

³¹ SEN, *loc. cit.*

³² SEN, *loc. cit.*

³³ WEBER, Thadeu. Dignidade humana e liberdade em Hegel. **Revista Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 15, n. 2, p. 387-396, jul./dez. 2014. p. 388.

³⁴ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno d um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 135-136.

2.2 Dignidade humana

A dignidade revela-se como um conceito essencial para a valorização da pessoa. Uma dificuldade, contudo, se mostra com relação a esse instituto: a delimitação de seu conceito. Nas Constituições modernas, a dignidade humana³⁵ se expressa como valor fundamental por excelência, e se configura como eixo dos direitos do homem. Ocorre que tanto a dignidade humana como os direitos humanos são proclamados como se fossem noções em si mesmas evidentes. Na atual teoria da Constituição, o conceito da dignidade se tornou um desafio para os teóricos ante sua complexidade semântica. Há um consenso quase universal de que a expressão “dignidade humana” se revela como um conceito polissêmico.³⁶

A dignidade, portanto, não se configura como um objeto preexistente e acessível ao conhecimento. Por outro lado, também, não é de natureza puramente normativa. Antes, ela inclui um elemento descritivo: o fato de a pessoa, de acordo com sua natureza, ser dotada da capacidade de livre autodeterminação.³⁷ Na atualidade, as ideias de Kant tornaram-se, sobretudo, fórmulas hermenêuticas no contexto da interpretação das declarações internacionais e das constituições.³⁸

No pensamento do Filósofo a dignidade tem como ponto de partida tanto a Filosofia Moral como a Filosofia Jurídica. A legislação moral é um ato de autoconstituição da razão prática por si mesma, e se configura numa ética fundada exclusivamente na razão humana. Por ser uma teoria mais tangível se estabelece no lugar dos fundamentos onto-teológicos, que não resistem ao progresso científico. A legislação autônoma da razão humana é a manifestação da liberdade do humano como ser racional. Nesse âmbito, as pessoas se compreendem como seres racionais que consideram a própria razão como causa preponderante de vontade.³⁹

³⁵ Atualmente a dignidade humana se mostra como um conceito jurídico essencial da democracia. Até a formulação de sua concepção contemporânea, contudo, a sua dimensão passou por diversas reflexões ontológicas. A noção de seu conceito nos moldes que conhecemos hoje se formulou efetivamente na modernidade, todavia, a raiz e os indícios acerca do tema remontam desde a antiguidade. Diversos povos e normas apresentam indícios preliminares do conceito. Entretanto, é somente no pensamento clássico e no ideário cristão, a partir da premissa de que o ser humano é dotado de um valor próprio, não podendo ser transformado em um mero instrumento, que o valor intrínseco do ser humano e a formulação da definição de dignidade têm suas raízes (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.).

³⁶ MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, p. 95-117, jul./dez. 2007. p. 96-97.

³⁷ MALUSCHKE, *loc. cit.*

³⁸ *Ibid.*, p. 105.

³⁹ MALUSCHKE, *loc. cit.*

A legislação jurídica, oriunda dessa razão pura, regula as relações recíprocas das liberdades de ação. Logo, a liberdade foi o pensamento central da análise do Direito, enquanto a dignidade ficava em segundo plano. Ocorre que, no atual pensamento jurídico, essa ordem se inverte, e a dignidade se exprime como princípio básico e supremo, como reação da história à violação da dignidade humana. O que se questiona em razão disso é se o fortalecimento da ideia da dignidade humana é de tal maneira que se torna contraprodutiva para a defesa dos direitos humanos, com relação ao seu reconhecimento universal de proteção; e se há sobrecarga semântica de sua ideia. Explica Günther Maluschke que, no respeito aos direitos humanos, não há dúvidas de que há precisão no conceito no sentido de que a pessoa é a titular de direitos, em virtude de ser pertencente à espécie humana.⁴⁰

Quanto, porém, ao vasto horizonte semântico da ideia de dignidade humana, o autor explica que, em razão da longa história do instituto, atribuir um conceito de dignidade humana é problemático, e mais ainda é lhe atribuir um conteúdo atemporal. Percebe-se, no entanto, é que os juristas pensam que há a necessidade de um conceito dessa forma, e então, recorreu à ideia de qualidade inerente ao ser humano. Ainda que seja estranho, todavia, pensar em uma entidade normativa inerente a um ser vivo, no discurso jurídico não há discussão dessa alternativa. Isto porque esse conceito de inerência não é explicado, e se tornou um pressuposto dogmático.

A solução para esse problema, segundo Günther Maluschke, não está nos fundamentos ontológicos ultrapassados; muito menos na utilização de ecleticismo, sem argumentos, de uma obra (a exemplo, a utilização da obra de Kant), negligenciando todas as partes dela, no intuito de se ter um arcabouço para aplicações de princípios absolutos, que são prejudiciais às pessoas.⁴¹ Outra contraposição merece ser destacada com relação à dificuldade em se estabelecer um conceito hermeticamente absoluto da dignidade humana: a

⁴⁰ MALUSCHKE, 2007, p. 105.

⁴¹ Maluschke cita como exemplo de ideia de princípio absoluto, o princípio da sacralidade da vida humana pela jurisprudência da Alemanha. Uma menina de quatro anos, após ter sido vítima de um erro médico na realização de um exame em suas vias respiratórias, ficou em coma vígil. Vários tratamentos foram feitos objetivando a recuperação da criança. No entanto, além de não terem sucesso, o estágio dela não melhorou e os gritos de dor da pequena continuavam. Quando perceberam que não havia melhora, os pais decidiram por não continuar o tratamento, tampouco com as medida de prorrogação da vida da criança. Ocorre que, o chefe do setor pediátrico do hospital no qual a enferma estava internada, notificou as autoridades estatais, o que resultou na perda do poder pátrio dos pais na menina, por meio de decisão de um Tribunal. A criança continuou no hospital durante dez meses sob os tratamentos que lhe eram torturantes, até os pais conseguirem uma decisão favorável do Tribunal Estadual Superior de Hamm (Westfália). Os genitores levaram a criança para casa, onde um médico acompanhou a fase terminal da criança. Entretanto, o litígio não havia terminado, e o Supremo Tribunal da Alemanha, novamente, desapossou os pais do seu poder pátrio. Contudo, já era tarde e a criança já havia morrido. As decisões que tiraram o poder pátrio da criança escandalizaram a população, que ficou insegura de quem os protegeria de tais juízos absolutos. (MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, p. 95-117, jul./dez. 2007. p. 105).

contextualização histórico-cultural da dignidade humana e a heterogeneidade das especificidades culturais.⁴²

Ainda que se pudesse ter um conceito de dignidade humana comum, em todos os lugares, as disparidades seriam um conflito para essa definição. Isto porque, determinados atos que possam ser considerados atentatórios à dignidade humana para certas culturas podem não ser para outras.⁴³ Boaventura de Sousa Santos, ao deparar o multiculturalismo em relação aos direitos humanos e à dignidade humana, sustenta que, enquanto concebidos conceitos de maneiras universais, essas concepções apenas operaram como localismo globalizado, e serão instrumentos de choque das civilizações. Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes. Somente a cultura ocidental, no entanto, tende a formulá-lo como universal.⁴⁴

Gradativamente, explica o autor, foram se desenvolvendo discursos contra-hegemônicos sobre direitos humanos, propondo concepções não ocidentais de dignidade, por meio dos diálogos interculturais. O objetivo disso é transformar a conceituação e a prática das definições de um localismo globalizado para um projeto cosmopolita. De outro modo, a dignidade humana, mesmo que venha a oscilar entre uma hermenêutica com a melhor resposta possível e outra com a resposta correta, não pode se submeter a um voluntarismo hermenêutico arbitrário e, assim, constitucionalmente ilegítimo. O certo é que o Direito e a Filosofia do Direito devem assegurar, por meio de uma adequada construção e compreensão do que é dignidade humana, a superação de uma visão unilateral e reducionista.⁴⁵

De todo modo, deve-se entender é que o ser humano deve ser tratado com respeito, independentemente da situação em que se encontre (mesmo no caso de não exercer sua capacidade moral, por exemplo). Deve haver reciprocidade entre os homens no que tange ao respeito que cada um deve ter aos seus semelhantes, em especial, aqueles mais debilitados e que necessitam de maior cuidado. Na perspectiva de Bruno Cunha Weyne⁴⁶, a concepção kantiana conduz a essa tratativa, qual seja, a da adoção de uma atitude de respeito para com todos os seres humanos, independentemente da sua idade ou estágio mental, por exemplo.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38.

⁴³ SARLET, *loc. cit.*

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. p. 19 e ss. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10806/1/Por%20uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁴⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁶ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322-323.

Além disso, destaca ser eticamente inaceitável qualquer prática que produza a reificação de um ser humano.

De todo o exposto, de uma coisa não há dúvidas: a dignidade considera o ser humano como centro do universo jurídico. Esse reconhecimento não se dirige a pessoa ou a certas pessoas, mas abrange todos os seres humanos. Os efeitos disso estão irradiados pela ordem jurídica, sem qualquer diferenciação.⁴⁷ Na evolução do conceito dignidade humana, a doutrina majoritária definiu que a dignidade é a própria existência da condição humana e trata do valor próprio de cada pessoa.

Esse reconhecimento da dignidade como valor próprio de cada um obtém uma dimensão dúplice, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo — e principalmente — quando ausente a capacidade de autodeterminação. Assim, de acordo com Martin Koppernock, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder — pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação — o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).⁴⁸

Uma das dimensões dúpliques da dignidade radicada na autonomia da vontade da pessoa humana, ao passo que a outra se refere à proteção individual em relação à comunidade e ao Estado. No que tange à primeira dimensão, é essencial que a autonomia seja velada para que haja o exercício da capacidade se a pessoa de se determinar, por si ou por outrem.

A convergência dos dois conceitos formula a assimilação de valor universal que o ser humano possui. Essa ideia é peculiar, uma vez que reflete em todos os acontecimentos da vida humana, e se consubstancia nas escolhas pessoais de cada qual, cuja repercussão e o desdobramento só a eles são pertinentes. Não há dúvidas de que o direito à vida deve ser respeitado em sua plenitude, entretanto, haveria um dever de viver? O direito à vida é absoluto?

⁴⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 145, p. 185-196, jan./mar. 2000. p. 187-188. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 dez. 2018.

⁴⁸ SARLET, 2013, p. 30.

2.3 Direito à vida

2.3.1 O caráter não absoluto do direito à vida

O ser humano, por ser um ser vivo, tem como característica o instinto de sobrevivência. Apesar dessa peculiaridade, no entanto, ele não se limita aos conceitos de um ser vivo. A evolução possibilitou que o *Homo sapiens* ocupasse um lugar de destaque em relação aos demais seres em virtude de sua racionalidade. A razão proporcionou ao homem uma capacidade ontológica de entender a sua existência. Por isso, a formulação da ideia de um direito à vida não se limita às questões eminentemente biológicas, sendo reprodução de uma reflexão filosófica da própria existência humana, do conceito de dignidade e da formulação da ideia do que seriam os direitos inerentes aos seres humanos.

A vida humana passou a ser compreendida como inerente ao homem e considerada o bem mais precioso a ser tutelado. Por tal motivo, ela é havida como um direito com proteção constitucional, sob o estigma de direito fundamental, condicionante, inclusive, para a configuração da personalidade. A vida é o bem mais importante a ser protegido no ordenamento jurídico, por sua carga axiológica de proteção da existência humana. Os reflexos do direito à vida na legislação irradiam por todo o sistema normativo. Por esse motivo, o direito à vida sempre foi visto como absoluto, ainda mais quando protegido por um sistema internacional, no qual aufere status de direito humano.

De início, para entender esse direito, é necessário compreender o objeto que ele protege, ou seja, é preciso assimilar a definição de vida. Em sentido genérico, vida pode ser compreendida como o período entre o nascimento e a morte de um ser. De outro modo, sob a perspectiva ontológica do *Homo sapiens*, o termo designa as diversas modalidades de existência humana e suas atividades (como vida social, vida espiritual e vida religiosa). Em sentido biológico, compreende-se como o conjunto de características de um organismo de natureza animal ou vegetal definido pelo nascimento, assimilação, desenvolvimento, reprodução e morte.⁴⁹ De todas as apreensões, a mais considerável é a de que a vida deve ser entendida como a existência de um ser.⁵⁰

⁴⁹ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. *E-book*.

⁵⁰ VIDA. In: **Dicionário Priberam**. 2018. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/vida>. Acesso em: 26 dez. 2018.

A vida, explica Leslei Magalhães⁵¹, se caracteriza por cinco elementos: autoação, em que todo o ser vivo possui em si o princípio de seu movimento sem a necessidade de uma força externa; a unidade, em que somente o todo orgânico pode existir; imanência, ou melhor, ações imanentes que ficam dentro do sujeito (como comer, dormir, pensar); autorrealização, pela qual o ser vivo tende a um desenvolvimento que torna efetivas suas potencialidades que podem ser o crescimento físico, como, para o homem, o intelectual e o moral; e, por fim, o ritmo cíclico, em que todos os seres vivos nascem, crescem, reproduzem e morrem. Isto é, todos os seres vivos possuem uma existência individual limitada no tempo e no espaço. No caso do ser humano, essa limitação espaço-tempo coexiste com o desejo de se eternizar, de se buscar o eterno.

Na perspectiva filosófica de Aristóteles⁵², a vida é a autoalimentação, o crescimento e o envelhecimento, sendo a alma o primeiro ato de um corpo natural que possui vida em potência. O ente em potência que pode viver não é o que perdeu a alma, mas sim o que a possui. O corpo, por sua vez, somente é aquilo que existe em potência. Portanto, viver diz-se em vários sentidos, e, para se dizer que um ente vive basta que um deles se concretize. Por tal pretexto, todos os seres que se alimentam parecem viver. Isto porque neles existem, manifestamente, uma faculdade e um princípio de determinada natureza, pelos quais obtêm o crescimento e o declínio em direções contrárias. A alma é o princípio que se define pelas faculdades nutritiva, perceptiva e discursiva, bem como pelo movimento.

Na tradição religiosa cristã, cuja origem vem da religião hebraica, tem-se como afirmação de que a vida humana é sagrada, por um duplo sentido. Primeiro, o reconhecimento da grande importância de Deus, doador da vida e de quem a vida do homem é dependente em ser seu ser e sua ação. Em suma, ela é revestida de santidade porque é percebida como um dom de Deus⁵³. O segundo é que afirmar a santidade da existência do homem significa proclamar o valor único da vida humana em si⁵⁴. Isto é, a vida humana é uma realidade

⁵¹ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

⁵² ARISTÓTELES. **Sobre a Alma**. Tradução de Ana Maria Lóio. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010, p. 61 e ss.

⁵³ “Então o Senhor Deus formou o ser humano com o pó do solo, soprou-lhe nas narinas o sopro da vida, e ele tornou-se um ser vivente” (A BÍBLIA. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 16. ed. São Paulo: Canção Nova, 2012, p. 16, Gênesis 2:7).

⁵⁴ “Por isso, eu vos digo: não vivais preocupados com o que comer ou beber, quanto à vossa vida; nem com o que vestir, quanto ao vosso corpo. Afinal, a vida não é mais que o alimento, e o corpo mais que a roupa? Olhais os pássaros do céu: não semeiam, não colhem, nem guardam em celeiros. No entanto, o vosso Pai celeste os alimenta. Será que vos não valeis mais do que eles? Quem de vós pode, com sua preocupação, acrescentar um só dia à duração de sua vida?” (A BÍBLIA. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 16. ed. São Paulo: Canção Nova, 2012, p. 1208, Mateus 6:25-27).

inviolável que merece respeito incondicional.⁵⁵ Como se percebe, por ser a própria existência humana, sempre careceu de uma especial atenção nas diversas searas sociais, e de uma custódia, em especial, do direito.

A vida, entretanto, apenas foi efetivamente protegida por via jurídica após extensa evolução ontológica do homem sobre si mesmo, que começou no período axial (século VIII a.C). Nessa época, se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor hoje. Tanto na Ásia quanto na Grécia, a pessoa começa a exercer sua faculdade crítica racional da realidade. Pela primeira vez, o ser humano passa a ser considerado em sua igualdade essencial, dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças entre eles (sexo, religião, costumes sociais). Então, iniciava o fundamento intelectual da compreensão da pessoa humana e da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.⁵⁶

No caso do Ocidente, a maior influência desse pensamento vem da Grécia Antiga, em que essa noção de validade universal iniciou-se com a desmistificação da divindade da imagem do rei e com o surgimento da *pólis*, ainda na Antiguidade. Nesse período, o ser humano foi visto como possuidor de uma validade universal.⁵⁷ A contar desse momento, a razão da existência do ser humano passou a fazer parte das Ciências Humanas. Como destacado, esses aspectos ganharam relevância, em especial, no cristianismo. Tanto no antigo como no Novo Testamento, é possível perceber que o homem é visto como criado à semelhança e imagem de Deus, possuindo valor próprio e que lhe é inerente.⁵⁸

Como expresso no capítulo anterior, neste âmbito de pensamento é que os jusnaturalistas (séculos XVII e XVIII) passam por um período de racionalização da concepção humana e do que seria a dignidade humana. Em seguida, da confluência desse racionalismo, do empirismo e das Ciências Físico-matemáticas, Immanuel Kant⁵⁹ formula a máxima, anteriormente exposta, de que o ser humano deve ser visto como o fim em si mesmo, pois ele, como ser racional, e em razão do princípio universal supremo e imperativo de respeito à vontade humana, possui um valor absoluto e, por isso, não pode ser usado como

⁵⁵ PAULA, Ignacio Carrasco de. A santidade da vida humana como fonte principal da Ética Médica. **Canção Nova**, São Paulo, 7 nov. 2011. Disponível em: https://img.cancaonova.com/noticias/pdf/284096_ASantidadeDaVidaHumana_DomIgnacioCarrasco.pdf. Acesso em: 21 dez. 2018.

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 22 e ss.

⁵⁷ MARTINS, Fladimir Jeronimo Belinati. **Dignidade humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 21-22.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

⁵⁹ KANT, 2008, p. 68-71.

meio (instrumento). Na teoria de Kant, a autonomia é condição essencial da dignidade humana.⁶⁰

Embora sempre se tivesse a convicção de que todos os seres humanos têm o direito de ser igualmente respeitados, foi somente com a instituição da lei escrita como norma geral e uniforme⁶¹, bem como da evolução da ideia do valor intrínseco do ser humano, que se pôde firmar um rol de direitos. O pensamento inglês, de contornos liberais e estrutura consuetudinária, foi responsável pelos primeiros traços da estrutura jurídica de proteção individual. A Magna Carta de 1215 estruturou dois importantes princípios: um da representação como condição da taxação (que motivou as revoluções da independência na Colônia Inglesa Americana); outro a de que a lei é igual para todos os homens livres. Ainda que o segundo princípio não fosse destinado a todos os homens (já que na época havia escravidão e o texto é direcionado aos homens livres), esses princípios foram significativos na transformação das relações mantidas entre a pessoa humana e o poder.⁶²

Isto porque, no decurso do século XVII, várias outras leis foram editadas inspiradas nesses princípios; como o *Pettion of Rights* de 1628, a estabelecer que nenhum homem poderia ser preso ou detido que não fosse pela lei da terra ou pelo devido processo legal; *Bill Of Right and Claim of Rights* de 1689 que reconheceu os direitos individuais, a liberdade pessoal, a propriedade privada e a segurança pessoal; e o *Habeas Corpus Act*, de 1819, que permitiu sua utilização em qualquer caso de restrição de liberdade de locomoção. Uma peculiaridade, entretanto, se exprime nessas declarações inglesas: o fato de serem deveres do Poder Público, e não propriamente reconhecimento de direitos da pessoa perante o Estado.⁶³

Tais conquistas, contudo, repercutiram nas colônias americanas, em especial no texto da Declaração de Independência de 1776 e na Declaração da Virgínia. O primeiro fazia referência a princípios universais e a ideias abstratas, sendo adotado em nome do povo, numa convenção plena e livre. O segundo foi publicado pelos *Lords* e *Commons* e tinha como objetivo reclamar e reforçar os seus antigos direitos e liberdades, tendo legitimidade

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 32.

⁶¹ COMPARATO, 2015, p. 24.

⁶² GARCIA, Emerson. Declarações de direitos: origem e evolução. In: JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**: contribuição para a história do direito constitucional moderno. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.

⁶³ GARCIA, *loc. cit.*

duvidosa.⁶⁴ Foi somente na Constituição de 1787, entretanto, que se mostraram que se têm várias cláusulas de proteção individuais⁶⁵.

Na França, o pensamento liberal conduzido pela burguesia foi o arcabouço para os Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao estabelecer que os direitos básicos (inatos) de todo homem (a ser conservado pela associação política) são a liberdade, propriedade, segurança e a resistência à opressão, que coexiste com o direito de participação política do cidadão (por esse pretexto, a diferenciação entre direitos do homem, que seriam os primeiros e do cidadão, que seria esse último).⁶⁶

Georg Jellinek explica que qualquer que seja o valor intrínseco das proposições gerais contidas nessa Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, foi sob a influência desta que se formou, no Direito positivo dos Estados do Continente, a noção de direitos subjetivos e públicos. Até então, os textos de direito público não conheciam outro direito que não fosse os do Chefe de Estado, os de privilégios de classe, de particulares ou de certas corporações. Logo, os direitos gerais das pessoas não apareciam senão sob o formato de deveres do Estado, e não constituíam para a pessoa, títulos caracterizadores de direito. Por meio da Declaração dos Direitos do Homem é que se formou, no Direito positivo, a noção de direitos subjetivos do cidadão perante o Estado, noção que, até então, não era conhecida senão pelo Direito natural. O poder público sempre emanaria do povo, o que contribuiu para a distinção entre Poder Constituído e Constituinte.⁶⁷

Nesse sentido, vê-se é que as declarações de direitos, em seus primórdios, eram realizadas em textos autônomos. Posteriormente, seu conteúdo passou a integrar os textos constitucionais. Sieyès explica que as relações dos homens são de dois tipos: as que nascem de um estado de guerra que a força sozinha estabelece; e aquelas que nascem livremente de uma utilidade recíproca. As que têm origem senão na força são erradas e ilegítimas. Os homens têm num mesmo grau todos os direitos que decorrem da natureza humana. Assim, todo homem é dono de sua pessoa, ou ninguém o é. Decerto, há grandes desigualdades de meios entre os homens (desigualdade de trabalho, produção, consumo), mas isso não significa

⁶⁴ GARCIA, 2015, p. 16.

⁶⁵ Exemplo: as garantias no julgamento do processo de impeachment no art. 1º, Seção 3, Cláusula 7; o habeas corpus no art. 1º, Seção 9, Cláusula 2; a proibição de leis *ex post facto* no art. 1º, Seção 9, Cláusula 3. (ESTADOS UNIDOS. [Constitution (1787)]. **Constitution of the United States**. Washington: Senate, 1787. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 18 dez. 2018).

⁶⁶ GARCIA, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁷ JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**: contribuição para a história do direito constitucional moderno. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.

que possam ter uma desigualdade de direitos. Ademais, o direito de cada um deve ser respeitado pelos outros, e esse dever não pode deixar de ser recíproco.⁶⁸

Ao fazer parte da sociedade, se submetendo a um Estado Social, as pessoas não estariam reduzindo seus direitos ou submetidos a uma injusta desigualdade de direitos. Ao contrário, ele estaria protegido, uma vez que o Estado protege à igualdade dos direitos contra a influência natural, porém nociva, da desigualdade dos meios.

O Estado assegura o uso da liberdade individual. Os eventuais limites postos à liberdade individual o são para que não se possa prejudicar a liberdade do outro. Dai por que a Constituição se expressa como essencial, uma vez que ela constitui o governo de um povo e o poder encarregado de fazer as leis, tanto para o povo como para o governo.

Percebe-se, por um breve relato, é que, pelos marcos históricos da humanidade, a compreensão desses direitos inatos do homem evoluiu, inclusive quanto à consciência de que eles existem antes mesmo de qualquer normatização. O marco que resultou no grande enfoque desses direitos, no entanto, foi a Segunda Guerra Mundial. As extremas atrocidades à humanidade que ela patrocinou; a demonstração do poder que o ser humano passou em deter de destruir toda a vida na terra⁶⁹; assim como o caos dela resultante⁷⁰ trouxeram às nações a

⁶⁸ SIEYÈS, Abade. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. Tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, p. 82 e ss.

⁶⁹ A Segunda Guerra Mundial foi deflagrada com base em projetos cujo objetivo era a subjugação de povos considerados inferiores. Além disso, o ato final da guerra com o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 1945, soou como um prenúncio do apocalipse: o homem adquiriu o poder de destruir toda a vida na Terra (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226).

⁷⁰ “Imaginem um mundo sem instituições. Um mundo em que as fronteiras entre os países pareçam ter se dissolvido, deixando uma paisagem única, interminável, na qual as pessoas viajam em busca de comunidades que não existem mais. Não há mais governos, sejam eles em escala nacional ou local. Não há escolas ou universidades, não há bibliotecas ou arquivos, nenhum acesso a qualquer tipo de informação. Não há cinemas ou teatros, e, certamente, não há televisão. O rádio de vez em quando funciona, mas o sinal é distante, e quase sempre em uma língua estrangeira. Ninguém vê um jornal há semanas. Não há ferrovias ou automóveis, não há telefones ou telegramas, não há correio, nenhuma forma de comunicação a não ser o que é passado de boca em boca. Não há bancos, mas isso não causa uma grande dificuldade porque o dinheiro não tem mais nenhum valor. Não há lojas, porque ninguém tem nada para vender. Nada é feito aqui: as grandes fábricas e comércios que costumavam existir foram todos destruídos ou desmantelados, bem como a maioria dos outros edifícios. Não há ferramentas, a não ser o que pode ser desenterrado do lixo. Não há comida. A lei e a ordem virtualmente não existem, porque não existe força policial ou judiciário. Em algumas regiões parece não existir mais nenhum sentido claro do que seja certo ou errado. As pessoas se servem do que querem sem respeitar o direito de propriedade – na verdade o sentimento de propriedade em si praticamente desapareceu. Os bens pertencem apenas àqueles que são fortes o bastante para preservá-los e àqueles que se dispõem a guardá-los com as próprias vidas. Homens armados percorrem as ruas pegando o que desejam e ameaçando qualquer um que procure impedi-los. Mulheres de todas as classes se prostituem por comida e proteção. Não existe vergonha. Não existe moral. Existe apenas sobrevivência. Para as gerações modernas é difícil conceber que tal mundo exista fora da imaginação dos roteiristas de Hollywood [...]. Em 1944 e 1945, grandes porções da Europa foram deixadas no caos durante meses. A Segunda Guerra Mundial – certamente a guerra mais destrutiva da história.” (LOWE, Keith. **Continente Selvagem: A Europa no rescaldo da Segunda Guerra Mundial**. Tradução de Rachel Botelho e Paulo Schiller. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. *E-book*).

consciência de que a sobrevivência humana exigia uma colaboração de todos, com base no respeito incondicionado da dignidade humana.⁷¹

A tenebrosa experiência do Estado totalitário abriu os olhos da humanidade. De acordo com Fabio Konder Comparato, percebeu-se que o positivismo jurídico, à guisa de explicação sobre o fundamento do Direito, oferecia uma insossa tautologia: o fundamento ou princípio de algo existe sempre fora deste, como causa transcendente e que não pode ser confundido com um dos seus componentes.⁷² Era essencial, naquele momento, que as nações resgassem o valor ético e político desses direitos; de tal sorte que, na redemocratização que os países vivenciaram após a Segunda Grande Guerra e os longos períodos de regimes totalitários, os direitos do homem ganharam uma intensa carga axiológica e abrangência internacional⁷³.

Especialmente com a criação de um Órgão Internacional (Nações Unidas, em 1945) garante da manutenção da paz e da ordem no mundo; da relação de amizade entre as nações; assim como da coordenação e da cooperação para se resolver os problemas (em especial humanitários) e encorajador do respeito aos direitos do homem.⁷⁴ A Declaração de Direitos Humanos de 1948 (norma internacional formulada pelas Nações Unidas para cumprir o seu papel de encorajador dos direitos do homem, que quando colocada na referida norma ganha o nome de direitos humanos) foi um marco na história dos direitos, estabelecendo pela primeira vez que os direitos humanos fundamentais são universalmente protegidos.⁷⁵

A importância do documento foi tão paradigmática que os países, quando da elaboração de suas novas Constituições no pós-guerra, tiveram especial observância no documento e nos direitos ali consagrados, para espelhá-los em suas Normas Máximas. Assim, quando posto no Texto Constitucional esses direitos se classificam como direito fundamental. Segundo Paulo Bonavides, Carl Schmitt evidenciou dois critérios formais para caracterização desses direitos: são direitos nomeados e listados na Constituição ou direitos que recebem do Instrumento Constitucional grau mais elevado de segurança e garantia.⁷⁶ Constituem-se como direitos basilares e formadores de uma sociedade coerente e justa, como valor a ser

⁷¹ COMPARATO, 2015, p. 226.

⁷² COMPARATO, Fábio Konder. O fundamento dos direitos humanos. *In*: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016. cap. 15. *E-book*.

⁷³ UNITED NATIONS. Overview. **United Nations**, New York, 3 fev. 2015. Disponível em: <http://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html>. Acesso em: 4 jan. 2019.

⁷⁴ UNITED NATIONS, *loc. cit.*

⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 574-575.

consignado e protegido, por se tratar da própria existência humana. No Brasil, tal premissa não foi diferente.

A valorização axiológica dos direitos do homem (agora reconhecidos na seara internacional como direitos humanos) auferiu especial importância, principalmente após o longo período ditatorial vivenciado pelo País. Foi este um lapso, em que a dignidade humana foi maculada pela inobservância desses direitos, em especial, o da liberdade e o da vida. O novo sistema constitucional brasileiro originou-se de um amplo debate democrático na Assembleia Constituinte de 1987, tendo como resultado uma Constituição marcada por um compromisso redemocratizador. A Nova Carta fundadora do Estado brasileiro privilegiou os direitos fundamentais das diversas dimensões⁷⁷. Assim, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe como marco essencial de seu texto a proteção dos direitos e as garantias fundamentais, em seu Título II⁷⁸.

No *caput* do art. 5º, que elenca esses direitos, um dos que possuem destaque é o direito à vida, na primeira dimensão dos direitos do homem, e que está expresso na liberdade e na dignidade humana, assegurando a integralidade existencial do ser humano.⁷⁹ O direito à vida representa o direito de viver, e resguarda; repise-se - a existência humana. Assim, em decorrência desse direito, a pessoa possui inteira proteção de sua vida e, ao mesmo tempo, limitação quanto à maculação da vida de terceiros. Abrange a existência biológica e física, sendo pressuposto para a utilização de todos os direitos fundamentais. A proteção é direcionada para a vida individual, não a geral.⁸⁰ Sua proteção, portanto, é condição essencial para a existência dos demais direitos, tanto por sua importância, como por se tratar de um direito do homem, direito humano. Por ser, porém, um direito fundamental, um ponto é expresso quanto a este direito: seria o direito à vida um direito fundamental absoluto? Esse direito poderia ser relativizado?

⁷⁷ “Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade¹⁵. As três gerações, como o próprio termo gerações indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem “famílias” de direitos. Estes têm assim características jurídicas comuns e peculiares. Ressalve-se, no entanto, que, no concernente à estrutura, há direitos que, embora reconhecidos num momento histórico posterior, têm a que é típica de direitos de outra geração. Mas isso é um fenômeno excepcional.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22).

⁷⁸ BRASIL, 1988b, *online*.

⁷⁹ BONAVIDES, 2016, p. 574-575.

⁸⁰ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 150.

No contexto atual, nota-se é que, apesar de toda a magnitude auferida a este direito, a sociedade está cada vez mais complexa e outras questões ontológicas permeiam o cotidiano das pessoas, na seara, por exemplo, sociológica, biológica ou científica. Um aspecto que influenciou nessas mudanças foi o progresso da tecnologia, que possibilitou avanços em diversas áreas, incluindo a biomédica. Como se depreende, o conhecimento é um constante modificador do saber humano. Quanto mais racionalidade detém o ser humano, mais novas questões são postas á colação, não sendo diferente no caso do direito à vida. Se outrora esse direito era tratado como absoluto, principalmente em razão dos momentos históricos que resultaram na sua formação como direito fundamental e dos conceitos derivados de acepções religiosas, agora essa ideia mudou de perspectiva.

Em razão dos novos debates originados dos avanços biotecnológicos, questões passaram a ser pautados para exame. Conceitos outrora inquestionáveis começaram a ser vistos sob um novo ângulo e outro formato. Os avanços da biotecnologia proporcionaram uma nova óptica ontológica para questões ligadas ao direito à vida. O homem passou a manipular a vida, de tal modo, que as verdades antes vistas como absolutas, passaram a ser questionadas e colocadas em discussões filosóficas. Percebeu-se que o avanço na área médica revolucionou não apenas a expectativa humana, mas, também, modificou a óptica no concernente em relação a perspectivas sobre a vida humana.

Se antes não era possível imaginar a manipulação da vida ou a sua criação, que não fosse por meios naturais, as evoluções da Ciência Médica e da tecnologia propiciaram a manipulação do início da vida e a postergação de seu fim. Inseminações artificiais, fecundações *in vitro*, manipulações genéticas, dentre outras medidas, fizeram com que o ser humano saísse da imagem e semelhança de Deus, e passasse a ser o próprio criador de seu destino, abalando inclusive a concepção jurídica do início da vida, como ressalta Sonia Yuriko:

A vida humana sempre recebeu proteção em nosso ordenamento jurídico, havendo certo consenso quanto aos seus termos inicial e final. No entanto, hodiernamente, em razão do avanço da ciência, tais momentos vêm recebendo diversas interpretações, o que leva a reconhecer um deslocamento nos objetivo da própria ciência: parece ter deixado de se preocupar com o conhecimento da natureza para se importar com o poder de criar a própria natureza.⁸¹

⁸¹ TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro. A proteção da vida humana. *In*: TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro (org.). **Estudos avançados de biodireito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 2.

Portanto, se a vida estava sob um prisma inabalável, com as evoluções científicas que possibilitaram a manipulação da vida, até mesmo a noção inatingível quanto ao seu início e fim passou por transformações. Tornaram-se protagonistas de uma nova análise jurídica. A proteção da vida do ser humano passou por uma nova acepção propiciada pela evolução tecnológica. Com a descolonização e o estado beligerante, o Direito foi centrado na coletividade, não mais no homem – pessoas, mas sim nos grupos humanos indetermináveis, onde o Direito passou a uma escala e esforços mundiais para sua efetivação.⁸² Ao mesmo tempo em que o homem evoluiu em seus estudos, descobrindo o mundo como medida, inclusive, de sua existência, essas descobertas refletiram em questões éticas, políticas e filosóficas.

Portanto, a própria manipulação da vida possibilitou a realização de questionamentos sobre a sua característica de ser um direito absoluto. Se o ser humano podia manipular o início de seu nascimento, realmente, a vida é absoluta? Até que ponto a extensão da grandiosidade científica poderia ir e em que condições para a vida humana? O tema sobre a manipulação da vida pode ser divisada por vários ângulos; biotecnológico, político, econômico, social, jurídico e também moral. Percebe-se é que em respeito à liberdade, seja individual ou coletiva, o tema requer um estudo sob uma óptica multidisciplinar.⁸³

No pensamento religioso, por exemplo, a vida possui um caráter absoluto. Na Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, do Sumo Pontífice João Paulo II aos Bispos, aos Prebísteros e Diáconos, aos Religiosos e as Religiosas, aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana.⁸⁴ Nessa Encíclica, o religioso expõe a interpretação do Evangelho da vida, destacando a grandeza e o valor precioso da vida humana, inclusive na sua fase temporal. Evidencia que qualquer ameaça à dignidade e à vida do homem não pode deixar de repercutir no próprio coração da igreja. Tudo o que se opõe a vida (seja homicídio, genocídio, aborto, eutanásia) viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações ou tormentos corporais e mentais.

Assim como as condições infra-humanas - prisões arbitrárias, deportações, escravidão, prostituição, comércio de mulheres e jovens, operários tratados como instrumentos de lucro - ofendem a dignidade humana; reforça o entendimento do valor da

⁸² TANAKA, 2014, p. 2.

⁸³ GARRAFA, Volnei. Reflexões bioéticas sobre ciência, saúde e cidadania. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 7, n. 1, 1999. p. 3. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/287/426. Acesso em: 22 dez. 2018.

⁸⁴ JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica Evangelium Vitae**. Roma: Vaticano, 1995. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em: 20 dez. 2018.

vida humana e sua inviolabilidade; destaca que o aborto é reprovável, pois a vida deve ser preservada desde o início, assim como os métodos artificiais de concepção humana que, desde já, devem ser reprovadas, tendo em vista que para darem certo, é necessária a fecundação de vários óvulos, que muitas vezes não são utilizados e são descartados. Os métodos contraceptivos, também, são destacados como uma modalidade de reprovação, ainda que menor do que o aborto, quanto à proteção da vida.⁸⁵

Refuta o Pontífice os avanços biotecnológicos e a manipulação da vida pelo ser humano, já que esta maneira não seria a natural. Os atuais avanços, na verdade, seriam uma afronta à dignidade.⁸⁶ A Carta repudia as mais recentes maneiras como a vida está sendo tratada. Já no aspecto das relações sociais, o direito à vida enfrenta contornos mais destoantes, em especial, quando posto sob o exame do contexto social em si. Todos os valores e direitos envolvidos são ponderados e analisados. Um exemplo é no caso do direito à vida no tema sobre o aborto. Defendem grupos de mulheres e grupos feministas o argumento de que a maternidade é um fato biológico, mas social; e envolve uma decisão que as mulheres devem ter o direito de tomar; um ato decisório que engloba grande parte de suas vidas⁸⁷; é a afirmação da capacidade das mulheres serem sujeitos da sua própria vida. A ideia de liberdade não está no direito à vida do feto, mas sim na autonomia da mulher. A escolha seria exclusiva pela vida das mulheres.⁸⁸ Já âmbito jurídico, essa discussão aufere contornos relacionados às ponderações dos direitos fundamentais (já que o direito à vida é um direito fundamental). Segundo Friederich Müller, no que concerne à limitação dos direitos fundamentais, a ponderação seria possível com base no Direito constitucional positivo e não apenas dentro de uma estrutura de uma teoria constitucional global com ambiguidades sem determinismo nos detalhes. O Legislativo teria como papel a concretização do conteúdo dos direitos fundamentais.⁸⁹ Nesse contexto, os limites da interpretação constitucional – em relação à decisão política do legislador limitador dos direitos fundamentais e a provisão de substitutos para resolver situações específicas de risco de afetação dos conceitos constitucionais – vêm mais da Constituição.

Segundo Muller, a resolução relativa a eventuais colisões de direitos vem de parâmetros materiais, como um “arcabouço” de uma “ordem valorativa” (aquela das

⁸⁵ JOÃO PAULO II, 1995.

⁸⁶ JOÃO PAULO II, *loc. cit.*

⁸⁷ LOPES, Bárbara; MARTINS, Jéssika; MORENO, Tica (org.). **Somos todas clandestinas**: relatos sobre aborto, autonomia e política. São Paulo: SOF, 2016, p. 21 e ss.

⁸⁸ LOPES; MARTINS; MORENO, *loc. cit.*

⁸⁹ MÜLLER, Friederich. **La positividad de los derechos fundamentales**: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales. Tradução de Alberto Oehling de los Reys. Madrid: Dykinson, 2016, p. 60 e ss.

demandas reais), e deve ser tratado como padronizado no próprio Texto Constitucional, com o qual o caráter e a legitimação jurídica se tornam objetivos. A ponderação de bens não pode substituir a concretização racional. Em suma, as condutas humanas estão protegidas pelo Direito ou não. A extensão material de um direito fundamental é o âmbito da própria norma. De outro modo, na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy⁹⁰, esses direitos possuem uma estrutura de princípios. Portanto, são mandamentos de otimização (isto é, satisfeitos em graus variáveis, fato este que os torna compatíveis com diversos graus de concretização, dependendo da situação fático-jurídica) e deve ser efetivados em sua plenitude, no âmbito das situações fáticas e jurídicas concretas.

Dessa feita, em um ordenamento baseado em valores constitucionais, é possível ocorrer colisões entre distintos valores, ou, no caso princípios, que ocasionem restrições recíprocas a ambos, ou melhor, possibilitem a relativização desses valores. Assim, a solução do conflito interno entre eles seria pela escolha de qual direito seria aplicável na situação, e qual direito teria que ceder. Para tanto, o julgador deveria escolher no caso prático por qual método ele faria isso, se por meio da ponderação, do sopesamento ou pela proporcionalidade em sentido estrito. Ressalta, entretanto, que o método deve incisivamente ser fundamentado por uma densa argumentação fático-jurídica, para não levar a uma decisão arbitrária.

Em suma, na teoria de Alexy, no caso de haver conflito entre princípios, o seu peso se dará no plano valorativo, que deverá ser ponderado, e não apenas no plano da validade, como é o caso do conflito entre regras (considerados *prima facie*) em que são todos válidos e hierarquicamente iguais. A colisão apenas ocorre no caso concreto, fato em que um princípio se limita à irradiação dos efeitos do outro. Portanto, havendo o conflito entre princípios, o intérprete se valera de critérios hermenêuticos de ponderação dos valores jusfundamentais (a denominada “máxima de proporcionalidade”), composta de três máximas parciais: adequação, que estabelece a relação entre o meio empregado e o fim atingido; necessidade, que impõe que a medida empresada deve considerar o meio mais benéfico ao destinatário; e proporcionalidade em sentido estrito que significa a ponderação com base nos valores jusfundamentais, na qual a noção de dignidade humana é uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais⁹¹, o que demonstra esses direitos como não são absolutos.

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80 e ss.

⁹¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. *E-book*. p. 85.

De acordo com Joaquín Brage Camazano, por muito tempo, sustentou-se a ideia de que os direitos fundamentais estavam ligados imediatamente à natureza humana. Assim, entre as suas características, seriam direitos de caráter absoluto. A posição jusnaturalista que inspirou as primeiras noções apoiou a tese de que qualquer restrição aos direitos humanos seria contra a natureza humana. Naquele tempo, se iniciaram os regimes constitucionais, que se abriam para o horizonte da liberdade e dos direitos recém-adquiridos.⁹² Atualmente, essa concepção de caráter absoluto está superada. Os direitos fundamentais não são, nem podem ser ilimitados, porquanto todos estão sujeitos a limitações. O detentor desses direitos há de viver, conviver e relacionar-se com a sociedade, devendo, por conseguinte, coexistir as suas liberdades com os demais e com a convivência ordenada do Estado.

Segundo o autor, todos os direitos estão sujeitos a limitações de seus exercícios, não há um direito fundamental absoluto. Isto porque esses direitos são concebidos em uma determinada sociedade, em que todos os integrantes serão titulares desses direitos universais. Isto é, ninguém pode se valer de modo ilimitado dessas liberdades sem invadir a liberdade que corresponde às outras pessoas, ou sem entrar em colisão com outros bens básicos da comunidade. Essa premissa não resulta, em momento algum, em contradição com certos direitos personalíssimos, como o direito à vida, ante outros direitos de caráter interpessoal (p.e., o direito de associação).

Na visão do autor, no caso da primeira espécie de direitos (como direito à vida ou liberdade de expressão), o exercício destes por seu titular resulta de uma relação entre este e os demais particulares. Esses direitos só passam a ter relevância quando se manifestam (positiva ou negativamente) perante outra pessoa, bem como ao Estado e a sociedade. Sendo assim, esses direitos, em suas manifestações exteriores, tendem a encontrar limites em seus exercícios, de acordo com o caso particular, sob condições similares ao estado de necessidade, pois somente com uma interação com os demais direitos (sejam os direitos da própria pessoa, seja o direito de terceiros), poderão ser estabelecidos limites (limitar o exercício desses direitos de alguns para garantir os demais).

Por um lado, pode-se pensar que certos direitos são de caráter absoluto, como é o caso do direito à vida, em razão de sua extrema importância, já que a vida é pressuposto, suporte existencial e um “prios” lógico para qualquer outro direito fundamental e, também, para a própria dignidade humana. O próprio direito à vida, entretanto, está sujeito a certas limitações. Não apenas relativamente à aceitação da pena de morte por alguns Estados, mas,

⁹² BRAGE CAMAZANO, Joaquín. **Los límites a los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 35 e ss.

também, em razão de outras condições, como a legítima defesa, estado de necessidade, possibilidade de realização do aborto sem configurar crime, entre outras.

Alguns limites podem ser genéricos, para todos os direitos, porém, há certos limites específicos. Deve-se evitar, contudo, a confusão dessa limitação com certas proibições inerentes a esses direitos (como tortura ou censura), que não se configuram como limites desses direitos personalíssimos, pois, além de haver regras que proíbem essas condutas, há o princípio correspondente que não se pode excluir (dignidade humana e liberdade). Na verdade, a limitação ocorrerá a depender do caso concreto e dos direitos envolvidos. O direito à vida como direito absoluto, na Constituição é objeto de debate pelos temas valorativos envolvidos.

A discussão sobre o assunto ocorreu, inclusive, na Constituinte que a elaborou. Naquela oportunidade, percebe-se a tendência dos constituintes em vislumbrar o direito à vida como inviolável, inclusive encabeçando alguns discursos de que a proteção deveria ser desde a concepção, ou seja, a proteção dada pela Carta Grande deveria ser direcionada inclusive à intrauterina, incluindo discussões sobre a possibilidade do aborto ser crime. Em contraposição, houve também a defesa de constituintes no sentido social do direito à vida, de que, muitas vezes uma pessoa que está gerando uma vida não está preparada para isso; assim como a consciência dos envolvidos de que, caso seja colocado de maneira radical no Texto Constitucional, se estaria derogando as exceções da lei infraconstitucional.⁹³

Logo, embora o direito à vida esteja intrinsecamente ligado à dignidade humana, sendo um dos principais direitos que o ser humano possui, pois, resguarda a própria existência, sua acepção não é uníssona. Um exemplo que permeia nas discussões jurídicas é quanto ao âmbito de proteção desse direito no ordenamento jurídico, ou seja, o início de sua proteção pela Lei. Duas teorias têm curso. A primeira, a Teoria Conceptionista, defende o argumento de que o início da formação da personalidade dá-se na concepção. Portanto, o direito à vida seria desde a concepção do ser humano. A segunda, a Teoria Natalista, entende que somente é possível admitir os direitos do nascituro após o nascimento, isto é, com vida.⁹⁴

No próprio Texto Constitucional, essa dicotomia de ser o direito à vida absoluto ou não é expressa. Ao passo que a Constituição prevê o *in dubio pro vitae*, ao garantir que

⁹³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Ata da 7ª Reunião. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 21 maio 1987a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=23>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁹⁴ CAÚLA, Bleine Queiroz. A proteção da vida à luz da responsabilidade penal ambiental da pessoa coletiva de direito privado: análise da colisão com o direito de liberdade e com o direito social do trabalho. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

todo e qualquer risco deve ser enfrentado na garantia e defesa da vida, consagrando-a como inviolável no *caput* do art. 5º (proibindo inclusive a pena de morte), no mesmo texto e dispositivo, a Constituição elenca uma exceção a essa regra, ao possibilitar no inciso XLVII, alínea a, do mesmo art. 5º⁹⁵, a possibilidade de se aplicar a pena de morte, nos casos em que a República Federativa do Brasil esteja em guerra declarada. No mesmo sentido, é possível vislumbrar essa perspectiva, inclusive, nas normas infralegais, como é o caso do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940). O art. 124 do Código Penal exprime como conduta típica “[...] provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”⁹⁶.

Já o art. 128, inciso I, do Código Penal, não qualifica a conduta como crime quando “[...] o aborto praticado por médico” for o chamado aborto necessário, em que “[...] não há outro meio de salvar a vida da gestante”⁹⁷, ou no caso do inciso II, do mesmo artigo o “[...] aborto de gravidez resultante de estupro”. Outra situação vislumbrada no mesmo compilado normativo é no caso do art. 23, inciso I, em que se tem como excludente de ilicitude os casos em que a pessoa mata outrem em legítima defesa, enquanto o art. 121 qualifica como conduta punitiva o “matar alguém”. Enfim, percebe-se, portanto, que o direito à vida não possui essa característica intangível que, muitas vezes, se exprime como se fosse de sua alçada. Na jurisprudência, essa premissa ainda é mais salutar. A decisão proferida no dia 12 de abril de 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, é um exemplo.

A Ação foi formalizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) indicando como vulnerados os artigos 1º, inciso IV (dignidade humana), 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, cabeça, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como causa à lesão a esses princípios, o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, no caso da gravidez em que é constatado que o feto é anencéfalo. O Tribunal, por maioria dos votos, julgou procedente a ação⁹⁸ para declarar a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

⁹⁵ BRASIL, 1988b, *online*.

⁹⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁹⁷ BRASIL, *loc. cit.*

⁹⁸ STF, ADF 54/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 12/04/2012, DJe 30/04/2013.

Explicando a decisão proferida na Ação de sua Relatoria, o ministro Marco Aurélio Mello⁹⁹ diz que há inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, no sentido da tipicidade da conduta, pois decorrência da observância direta do princípio da dignidade humana e dos direitos da mulher à saúde, à autodeterminação, bem como à liberdade sexual e reprodutiva. A Corte, em sua maioria, concluiu que implicaria ofensa à dignidade e à autonomia da mulher obrigá-la a conduzir uma gestação de feto anencéfalo até o fim. O Tribunal interpretou os elementos textuais e os princípios constitucionais tendo em conta a evolução social e a questão fático-tecnológica.

Refutou a questão de ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas da antítese entre anencefalia e vida, assentando seu decisório apenas nos direitos de gestantes de natimorto cerebral, sendo eles: privacidade, autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Ressaltou que, assim como na decisão quanto à união homoafetiva, o Tribunal interpretou os elementos textuais e os princípios constitucionais levando em conta a evolução social e, também, a fático-tecnológica. Este último destacou que, antigamente, nos anos 1930 e 1940, período em que foi promulgado o Código Penal, a Medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina. Daí por que, a ausência de dispositivo com essa previsibilidade (de atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo). Na atualidade, porém, essa realidade não persiste.

O que se percebe atualmente é: o reconhecimento da necessidade de atrelar a interpretação do Texto Constitucional, em especial, os direitos fundamentais, à consideração da realidade social em que serão aplicados; a percepção de que o direito é atrelado aos fatos sociais e ao tempo em que regerão os atos, portanto, uma interpretação hermeticamente absoluta inviabilizaria a própria segurança do bem a que o direito protege; e que o ser humano está em constante evolução, sendo assim, possibilidades que antes não podiam ser vislumbradas pela Lei em razão da própria limitação do conhecimento humano, já não mais são imprevistas. O Direito não precisa ser absoluto em suas premissas, mas sim eficaz na sua aplicação.

Com efeito, ainda que sendo um direito de extremo valor, por vislumbrar a própria existência humana, o direito à vida não é um direito absoluto. Tal fato, inclusive, é exposto na própria Constituição e no ordenamento jurídico brasileiro, em que há dispositivos

⁹⁹ MELLO, Marco Aurélio. Princípios constitucionais e direitos fundamentais. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016. cap. 26. *E-book*.

que relativizam sua aplicação, quando ante outros direitos que, dependendo da situação, se torna com uma carga valorativa maior. Não se trata da mitigação desse direito. Como direito fundamental, não há essa possibilidade; mas apenas a interpelação de que não se trata de um direito que não tenha restrições. Pelo contrário. O próprio Texto Constitucional, a legislação e a jurisprudência do STF destacam seu caráter não absoluto.

2.3.2 Direito à morte digna: análise sob a óptica contemporânea da dignidade humana

A humanidade está em constante evolução. Essa condição faz parte da sua natureza biológica, e ocorre em todos os setores da vida, seja no campo do conhecimento, das relações sociais, das ciências, e do próprio Direito. À medida que os parâmetros da sociedade progridem, há, eventualmente, uma evolução ou modificação no pensamento humano correlato à realidade temporal em que o ser humano vive. Grande parte dessas mudanças está atrelada ao desenvolvimento tecnológico e ao próprio conhecimento (no campo científico, no filosófico ou no sociológico, por exemplo).

No Direito, essas mudanças se tornam evidentes desde o momento em que se acompanha tanto a evolução de suas teorias como do seu significado para as pessoas, ainda mais na questão do valor no direito. Por um breve histórico, essa afirmação se torna evidente. Na Era Clássica, sob o influxo do pensamento filosófico, a aproximação da lei à razão, baseada em princípios de justiça universalmente válidos, foi de suma importância para o desenvolvimento das raízes da concepção contemporânea de dignidade humana, assim como para o fundamento valorativo das condutas humanas. No Período Medieval, marcado pelo pluralismo jurídico¹⁰⁰, a religião teve grande influência no pensamento jurídico e na própria formação do Estado¹⁰¹.

¹⁰⁰ “Quando, no século V, Roma foi tomada pelos germânicos, Odoacro, chefe dos bárbaros que tinham servido anteriormente ao exército romano como mercenários, se proclamou *rex romanorum* (rei dos romanos) e enviou as insígnias imperiais ao Oriente, com a mensagem que, para o mundo, bastava um único imperador. A Europa tentou se organizar dentro do vazio decorrente da derrubada do edifício político e cultural do Império Romano do Ocidente, não tendo havido a substituição do direito romano por um aparato de poder de igual qualidade e intensidade. Com efeito, o rei da Idade Média se ocupava do que necessitava para manter seu poder, como o exército, os impostos, a administração pública, a repressão e coação para a manutenção da ordem, não com o direito que iria ser aplicado a partir de então. Nessa fase, a unificação do direito cedeu lugar ao pluralismo jurídico, isso significa que em um território vigia mais de uma ordem jurídica, embora o território estivesse sob o poder de um mesmo príncipe.” (BRANDÃO, Cláudio. *Direito no pensamento jurídico medieval*. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 135).

¹⁰¹ No início, a religião católica estava centrada principalmente na evangelização e disseminação de sua doutrina. As cartas de São Paulo, bem como a atuação missionária dos apóstolos foram essenciais para propagação do catolicismo; No entanto, apesar do cunho religioso, as missões empreendidas pelos religiosos, em especial São Paulo, traziam um embrião singelo de uma jurisdição eclesiástica e do Direito Canônico. *A Carta aos*

Destaca Norberto Bobbio que, na época clássica, o direito natural era concebido como direito comum, enquanto o positivo era tido como direito especial ou particular de uma *civitas*. Ocorrendo conflito entre ambos, o direito positivo prevalecia sobre o natural. Já na Idade Média, ao contrário, a relação se inverte: o direito natural é considerado superior ao positivo. O direito natural passou a ser considerado como norma fundada na própria vontade de Deus, por este participada à razão humana. Por conta dessa inspiração cristã, restou enraizado permanentemente no pensamento jusnaturalista a consideração do direito natural como superior ao positivismo.¹⁰²

Em seguida, com a dissolução da sociedade medieval e o fim do pluralismo jurídico, a partir das Revoluções Liberais burguesas baseadas no pensamento iluminista (que pregava a liberdade, os direitos do homem e o livre mercado), assim como, com o surgimento do Estado moderno e das Constituições escritas, há uma conseqüente hegemonia do positivismo jurídico. Bobbio explica que, com a formação do Estado moderno, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra para si todos os poderes, em especial aquele de criar o direito, quer seja diretamente elaborando a lei, quer seja indiretamente por meio do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária.¹⁰³

A opção pelo abandono de fundamentos metafísicos para o direito ensejou diversos positivismos jurídicos, que suprimiam a “especulação moral” característica da abordagem jusnaturalista do Direito.¹⁰⁴ A primeira reação a essa nova premissa surgiu com o avanço da Revolução Industrial em relação ao mercantilismo, e a conseqüente urbanização

Romanos do mencionado apóstolo firma-se como uma obra direcionada ao povo de Roma, possuindo cunho político e, de certo modo, jurídico, pois, tratava do poder e da autoridade política. A carta afirmava que a autoridade existente fora instituída por Deus, sendo, portanto, fundamentação para a formulação do *direito divino monarca*, servindo de base para a configuração do poder dos reis. Além disso, estabeleceu uma íntima relação entre Religião e Estádio, que por vezes se tornava mista, submetendo o poder temporal ao poder espiritual. Somente a partir do Século VII, desenvolveu-se a doutrina da supremacia do poder espiritual sobre o poder temporal. A igreja passou a exercer uma grande influência sobre os reis medievais que estavam convertidos ao cristianismo, surgindo uma tentativa de separação (teórica) entre os dois domínios, o poder da espada, o do monarca, e o poder da cruz, o do papa. (SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Historia do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estádio e religião**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 73).

¹⁰² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25 e ss.

¹⁰³ Até então, destaca Bobbio que por um longo tempo o direito não era posto pelo Estádio, e cita como exemplo as normas consuetudinárias e em seu modo de formação, que se dava devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo por meio de certo comportamento constante e uniforme acompanhada da assim chamada *opinio juris ae necessitatis* (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995).

¹⁰⁴ CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

das sociedades, pelo qual o direito positivo teve dificuldades iniciais em regular¹⁰⁵. Nesse período, como alternativa ao positivismo jurídico, foi formulada uma abordagem que se apoiava sobre a crítica materialista hegeliana, um conjunto de formulações que dão destaque à dimensão empírica do que o Direito é como fenômeno. Se as teorias socialistas, com fundamento na obra de Karl Marx e Friederich Engels, que forneceram a base para o desenvolvimento de perspectivas analíticas sobre a sociedade, e para trabalhos de juristas positivistas, que tiveram como principal ponto a crítica à ideologia.¹⁰⁶ Assim, ao passo que a sociedade se moderniza, novas formulações positivistas foram surgindo com o tempo, destacando a separação do valor do Direito¹⁰⁷.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, no entanto, e os regimes totalitários, assim como, a evolução da tecnologia, a preocupação ética e axiológica foi retomada ao Direito. As nações democráticas perceberam que era necessária uma legislação que limitasse as atrocidades contra a humanidade. As teorias jusnaturalistas e juspositivistas já não estavam mais aptas a garantir a fundamentação de um direito justo.¹⁰⁸ Isso decorreU justamente dessa constante evolução do ser humano. De acordo com Marcelo Neves, para Luhman, a sociedade moderna se distingue por sua alta complexidade, ainda mais complexa do que as mais antigas, que possuíam limitação regional. Apesar de a supercompleixada envolver supercontingência e abertura para o futuro, também provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional, que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos.¹⁰⁹

Explana Jonh Rawls que, como característica dessa sociedade moderna, tem-se o pluralismo razoável. Esta é uma condição permanente na sociedade democrática e uma característica das sociedades livres. Entende-se por pluralismo razoável as concepções

¹⁰⁵ Segundo Bercovici, ao colocar o indivíduo como fim último, a sociedade civil representa a sua própria negação. As classes sócias surgem da injustiça estrutural da sociedade na repartição dos bens. O mecanismo de mercado cria a polarização social, a pobreza e a alienação. Estas não seriam acidentais, mas endêmicas no sistema. Exclusão pela pobreza cria o populacho, que concerne em homens alienados da sociedade. O Estádio deve intervir na economia para defender a realização do interesse dos cidadãos, não por causa filantrópica, mas para defender a realização do interesse público. (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 191 e ss.).

¹⁰⁶ CASTRO, 2012, p. 166-167.

¹⁰⁷ Kelsen, considerado o mais importante e coerente teórico positivista jurídico, diz que “Embora as normas jurídicas, como prescrição do dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 77).

¹⁰⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

¹⁰⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estádio Democrático de Direito a partir e além de Luhman e Habemas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17.

políticas que possuem uma formulação não só política, mas também social. Essas concepções se apoiam em certos fatos gerais da Sociologia política e da Psicologia. O pluralismo razoável é um dos fatos importantes na justiça como equidade. A diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e também morais em sociedades democráticas modernas não se constitui condição passageira. É um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia.¹¹⁰

As condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos das instituições livres e democráticas podem resultar em grande diversidade de doutrinas abrangentes, conflitantes e irreconciliáveis. Sendo assim, a utilização frequente de princípios jurídicos tem sido o embasamento do processo hermenêutico e decisório, com o objetivo de conciliar as expectativas de justiça típicas do jusnaturalismo, com a exigência da segurança jurídica, peculiar do positivismo jurídico. A valorização principiológica é acompanhada da constitucionalização de medidas éticas, proporcionando a transição do arquétipo formal constitucional, para um paradigma material que se eleva ao patamar de coletânea dos valores que fundamentam a sociedade e o Estado.¹¹¹

No caso da dignidade humana, seu conceito contemporâneo, na condição de princípio jurídico, pode ser distinguido por seu formato e conteúdo, bem como pela diferença na intensidade argumentativa. Stephan Kirste¹¹² destaca bem essas teorias, relatadas a seguir. As teorias extrajurídicas são fortemente influenciadas por pressupostos do Direito natural. Com base na história filosófica do conceito, essas teorias sustentam o caráter pré-jurídico da dignidade. Nesse enquadramento, os autores exprimem um conceito teológico de dignidade humana, como também consideram a dignidade como um direito, não como mero princípio. Todos os seres humanos possuem um direito individual ao reconhecimento de sua dignidade, graças a sua característica de ser a imagem de Deus.

Sendo assim, as constituições só poderiam afirmar esse direito por ele ser preexistente ao Estado e suas leis. Portanto, na visão dessa teoria, esse direito à dignidade seria absoluto. Há uma crítica a esse conceito teológico de dignidade, tendo em vista que estaria ligada a uma cosmovisão teológica, que não convém a um Estado secular. Além disso, o caráter absoluto da dignidade não é convincente quando há uma confrontação da dignidade contra outra dignidade. Destarte, os pressupostos metafísicos a respeito da vida humana estão sendo contestados com base nas modernas descobertas científicas e com base na crítica ética.

¹¹⁰ RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. Edited by Erin Kelly. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001, p. 33-34.

¹¹¹ SOARES, 2010, p. 128.

¹¹² KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 181 e ss.

Em outras teorias, alguns autores tentaram restringir a fundamentação da dignidade, ao considerar em não como um direito humano, mas como princípio, um valor objetivo. Essa percepção da dignidade como princípio significou o primeiro passo nessa direção. Apesar de, na condição de princípio jurídico, a dignidade impor uma obrigação ao Estado, não garante à pessoa uma correspondente proteção da sua dignidade. Ademais, a dignidade como valor supremo pode influenciar os demais ramos do Direito; entretanto, não detém uma função jurídica forte de um direito subjetivo.

Algumas constituições modernas adotaram essa ideia, quando mencionam nos seus preâmbulos ou em outra parte fora do capítulo de direitos fundamentais. De modo diverso, outras negam o caráter jurídico da dignidade humana. Algumas afirmam que, em razão da sua vagueza, seria um axioma da Constituição de caráter apelativo. Ao passo que, algumas Constituições dão espaço a concepções intermediárias, citam a dignidade como um princípio vinculante para todos os poderes públicos, no Preâmbulo ou dentre outro princípio objetivos.

Há casos de constituições, por exemplo, que codificam direitos tanto para o respeito à dignidade como para a proteção contra a sua violação. Quando as constituições distinguem esse *status* da dignidade, há um passo à frente, rumo a uma modalidade mais técnica e jurídica da dignidade. Se não for uma sentença normativa ou um direito subjetivo, ela não precisa ser ponderada com outros valores ou princípios constitucionais. Por sua vez, tenta-se ajustar a dignidade humana a um contexto jurídico pela redução do seu conteúdo, permitindo um fortalecimento do seu influxo formal como um direito, especialmente como direito fundamental. Algumas teorias nesse sentido visam a especificar o conteúdo da dignidade com base em uma mudança qualitativa do seu significado. Há teorias que estabelecem um limiar quantitativo, abaixo do qual uma violação será considerada mera perturbação, mas não infração substancial da dignidade humana.

O objetivo geral dessas teorias é não fazer uso inflacionário da expressão dignidade humana, evitando-se, com isso, o desvirtuamento de sua função. Essa restrição, contudo, retrata uma correção bastante periférica da questão, e também deixa de exprimir critérios precisos para a temática da dignidade humana. Todas essas opções de especificar o conceito da dignidade humana procuram enquadrar esse conceito geral e fundamental, que se baseia em formar pressupostos filosóficos e teológicos no sistema jurídico. A tarefa consiste em evitar os problemas e na apresentação de uma concepção de dignidade humana que combine com a relevância formal de um direito subjetivo com o conteúdo tradicional, na qual a dignidade é valor supremo da Filosofia Moral.

A dignidade humana se converteu em um conceito jurídico, a figurar nos textos normativos, em especial, nos instrumentos constitucionais. Isto porque, como um construtor axiológico e teleológico, o Direito passou a potencializar a realização de justiça, inclusive valorizando a aplicação da dignidade humana, dando-lhe *status* constitucional.¹¹³ As cortes constitucionais apreciam casos de grande complexidade moral, envolvendo o sentido do alcance da dignidade humana. A reaproximação do ordenamento jurídico com os valores morais possibilitou que, nos casos em que não há o direito posto, solução ocorresse por uma via constitucional adequada, podendo ser baseada em elementos extrajurídicos, como a Filosofia Moral e a Filosofia Política. Ademais, a dignidade humana passou a ser um fundamento interpretativo.¹¹⁴

No Brasil, essa nova tendência interpretativa, fundada na Constituição e em princípios, permitiu a designação de um ideário difuso, resultado de uma nova hermenêutica constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais, edificada no fundamento da dignidade humana.¹¹⁵ Portanto, a dignidade se converteu em verdadeiro fundamento de justiça substancial, a ser invocada concretamente pelos sujeitos de direito, sem limitação de correntes antigas de direito justo. Sob essa perspectiva, de uma justiça substancial, novos conceitos passam a ser apreendidos e direitos passam a ser vistos sob uma nova óptica. Dentre esta, a concepção de morte como corolário ao direito à vida.

A priori, cumpre destacar que a morte não se limita apenas a sua definição usual; isto é, não se limita apenas ao seu significado biológico, e mais conhecido: fim da vida. Há vários significados para a morte. A título de exemplificação: a morte cortical refere-se à perda do que é significativo para a natureza humana, ou seja, a perda da consciência e da cognição ou a capacidade social de interagir¹¹⁶; a morte parcial ocorre quando a pessoa tem várias perdas ao longo da vida, como vínculos afetivos, capacidade econômica, laborativa, entre outras. Neste último caso, lidar com tantas perdas pode ser um processo tão doloroso e penoso quanto à própria morte biológica; por fim, a morte social ocasionada pelo esquecimento na sociedade.¹¹⁷

¹¹³ KIRSTE, 2013, p. 181 e ss.

¹¹⁴ BARROSO, 2013, p. 294-297.

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*. p. 150.

¹¹⁶ LIMA, Cristina. Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos. **Medicina Interna**: Revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, Lisboa, v. 12, n. 1, p. 6-10, jan./mar. 2005. p. 9. Disponível em: https://www.spmi.pt/revista/vol12/vol12_n1_2005_06-10.pdf. Acesso em: 24 dez. 2018.

¹¹⁷ BIFULCO, Anita V.; CAPONERO, Ricardo. **Cuidados paliativos**: conversas sobre a vida e a morte na saúde. Barueri, SP: Manole, 2016. *E-book*. p. 50.

Por um aspecto biológico, entende-se que morte é a cessação da atividade do coração e dos pulmões, considerados os principais órgãos da homeostase. Atualmente, a indicação de morte passou a ser considerada como a ausência de função cerebral mediante exames específicos para tanto. Num aspecto socioantropológico, a morte para a consciência coletiva significa o afastamento da pessoa da convivência humana. Essa exclusão é momentânea, pois a morte tem o efeito de se assimilar que o morto passe da sociedade tangível dos vivos para a sociedade invisível dos ancestrais. Durante essa passagem, há o misticismo de que forças nefastas irradiadas pela morte possam ameaçar o ser humano, o mundo dos vivos.¹¹⁸

Daí porque existem os tratos fúnebres, que guardam um valor expressivo de que o corpo morto não pode ser desprezado. Essa prática representa a maneira que cada grupo tem de resolver o drama da finitude humana. A morte quebra o curso normal das coisas e questiona as bases morais da sociedade, ameaçando a coesão e a solidariedade do grupo. Logo, os efeitos da morte não estão adstritos ao fim da existência material, pois, atingem também o capital investido nesse corpo pelo grupo social.¹¹⁹

Por uma perspectiva filosófica, a consciência constante de sua condição mortal concede ao homem a percepção de que ele não possui o direito de desperdiçar o pouco tempo de que dispõe da sua existência. Cada instante é irreparável, por isso, deve ser aproveitado em sua plenitude. Ao tomar consciência de sua morte, a pessoa passa a rever prioridades e valores de sua existência. O morrer dos outros se exprime diante do extraordinário fenômeno da transformação de vida, e não em não se ter vida. O corpo perece, mas as ideias ficam, e, por vezes, se perpetuam.¹²⁰

Independentemente da definição, um fator para que a morte seja vista como uma etapa ruim da vida é a concepção de eternidade pelo ser humano, ideia que alenta grande parte humanidade. Apesar de se ter certeza do final da própria vida, por ser ela etapa de seu ciclo, a percepção da morte como um fim da existência humana sempre foi motivo de repúdio e negação social. Talvez, por isso, falar de uma morte digna não seja tão abordado pela sociedade, em virtude dessa visão de eternidade da vida humana, e da dificuldade em não se admitir um fim do ciclo da vida humana. Até o efetivo progresso científico, a humanidade, de modo geral, admitia uma ideia de continuação depois da morte.

¹¹⁸ KESTEMBERG, Célia Caldeira F.; SÓRIA, Denise de Assis C.; PAULO, Elizabeth Ferreira Pires. Situações de vida e morte: uma questão reflexiva. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília, v. 45, n. 4, p. 259-265, out/dez. 1992. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-71671992000300003>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v45n4/v45n4a03.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2018.

¹¹⁹ KESTEMBERG; SÓRIA; PAULO, *loc. cit.*

¹²⁰ KESTEMBERG; SÓRIA; PAULO, *loc. cit.*

Como esclarece Phillippe Ariès, até a era do progresso científico, os homens admitiam a vida que dura após a morte, conforme se constata nas primeiras sepulturas com oferendas do período mustriano. Ainda nos dias atuais, contudo, com um ceticismo científico, essa premissa de continuidade, e a recusa de aniquilamento imediato constituem o fundo das religiões. Durante milênios, houve na sociedade uma atitude quase inalterada sobre a morte, que traduzia uma resignação ingênua e espontânea em relação ao destino e à natureza. Quando os sinais da morte (sejam naturais, biológicos, como dores e sangramentos, sejam místicos, sobrenaturais, como visões e sonhos) surgiam, ela era aceita e esperada. Quando repentina (sem prévio aviso ou sinais), ela era vista como infamante e vergonhosa. Independentemente da forma, o que se percebe é que havia uma familiaridade com a morte.¹²¹

Nos dias atuais, a morte foi banida do cotidiano. Num mundo submetido a mudanças, a atitude antiga diante da morte (que a via ao mesmo tempo próxima, familiar e diminuída, insensibilizada), de certa maneira, opõe-se demais à atual. Hoje, nos causa tanto medo que nem se ousa dizer-lhe o nome. Apesar da familiaridade com a morte, os antigos temiam a vizinhança dos mortos e os mantinham distantes (os cemitérios eram fora das cidades). Veneravam as sepulturas, com a finalidade de impedir que os mortos voltassem a perturbar os vivos. Essa repugnância à proximidade dos mortos logo arrefeceu entre os cristãos antigos, pela fé da ressurreição dos corpos, associada ao culto dos antigos mártires e de seus túmulos.¹²²

Essa percepção de continuidade da vida reflete, em especial, na percepção a respeito da manutenção da vida a todo custo. A concepção de desistência da vida foi vista no meio filosófico como uma injúria consigo mesmo. O homem não pode alienar sua personalidade, caso contrário, seria dispor de si mesmo feito mero meio para um fim, e degradar a humanidade em sua pessoa, configurando-se, assim, como um crime. Ainda, porém, que considerada como crime, a ideia de uma vida degradante era execrada, pois ela perderia o sentido em si.¹²³ Uma vida só ganha sua plenitude quando a dignidade que a fundamenta é respeitada por completo. Ao mesmo tempo, os desenvolvimentos atuais da

¹²¹ ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. Tradução de Luiz Ribeiro. São Paulo: Editora UNESP, 2014, p. 125.

¹²² ARIÈS, *loc. cit.*

¹²³ KANT, Immanuel. **Metafísicas dos costumes**. Tradução de Clécia Aparecida Martins e Bruno Nadal. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 423-424.

biotecnologia alteraram e tornaram mais complexas as antigas percepções, pensamento e sentimentos acerca do pertencimento mútuo entre a vida e a morte.¹²⁴

Os progressos nas Ciências Biomédicas proporcionaram na Bioética um campo fértil para indagações, pelo qual não há uma solução unânime (como o sentido ético da exigência humanitária ou a decisão clínica de deixar morrer, ainda são assuntos controversos). As biotecnologias põem à disposição do ser humano novas possibilidades em matéria dos: procedimentos da procriação humana e animal (congelamento de embriões, por exemplo), fracionamento de organismos (citam-se os enxertos), e transformações de organismos (como no caso dos transgênicos). Essas novidades resultam em dilemas relativos ao direito à vida, que não são mais no sentido de transmitir ou suprir a vida, mas são no sentido de remodelá-la, de produzir novos seres e, até mesmo, industrializar essa produção. O homem passa a se vê na situação de poder dirigir a evolução biológica, e até ser capaz de corrigir defeitos de sua própria natureza.¹²⁵

Ainda que capaz de controlar aspectos biológicos, entretanto, em contraposição à ordem natural, há casos em que o homem não conseguiu resolução; situações em que a morte não é uma possibilidade, mas sim certeza. São as doenças avançadas ou em fase terminal, em que a biotecnologia só pode empreender medidas para manter alguém vivo, e não a cura definitiva. Nessas situações, os pacientes tentam enfrentar a morte de modo mais digno. Nesse contexto, várias são as compreensões do que seria uma morte digna. Tony Walter¹²⁶ relata as variações históricas e culturais da consideração de uma boa morte. Destaca que, em várias sociedades, a religião (Hinduísmo, Islamismo, Judaísmo e Catolicismo) é o elo entre as pessoas.

Nesse sentido, uma vez que a morte de qualquer membro enfraquece a comunidade, a família e até mesmo (quando a pessoa tem um *status* social elevado) toda a sociedade, é importante para o grupo social que a morte seja administrada de acordo com os ritos religiosos exigidos (no caso dos católicos, por exemplo, seguir os dez mandamentos de Deus). Por outro lado, em outras sociedades, como as que seguem o protestantismo, a crença é de que nada poderá ajudar uma alma em sua passagem após a morte. De outra parte, algumas sociedades no mundo (como parte dos europeus e americanos) não acreditam que há vida

¹²⁴ GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. **Medicina (Ribeirão Preto)**, Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, p. 13-19, 2005. p. 17-18. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2176-7262.v38i1p13-19>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/418/419>. Acesso em: 23 dez. 2018.

¹²⁵ GIACOIA JÚNIOR, *loc. cit.*

¹²⁶ WALTER, Tony. Historical and cultural variants on the good death. **BMJ.**, London, v. 327, p. 218-220, jul. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.327.7408.218>. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1126582/pdf/3270218.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

após a morte para se preparar (quer seja no leito de morte ou em qualquer outro momento), presumindo que esta é a vida única. Percebe-se é que a escolha por uma prática religiosa ou não pode influenciar na maneira como a pessoa olhará para a morte, e que seria a boa morte.

As sociedades individualistas (geralmente, são as secularizadas ou as protestantes) possuem uma noção uníssona e particular sobre a boa morte, diferentemente das multiculturais, nas quais a noção majoritária sobre boa morte pode não ser compartilhada com grupos menores. A título de exemplo, o autor cita a Grã-Bretanha. Para os hindus que lá vivem, é essencial que os familiares cantem e rezem na hora da morte, diferentemente de alguns britânicos que não se sentem confortáveis com tais ritos e preferem morrer em hospitais; ou, ainda, a geração de migrantes indianos pode ter novas visões. Se antes a geração mais antiga na Índia mantinha pessoas idosas em casa para receberem o suporte do final da vida em casa, na Grã-Bretanha, eles esperam um suporte de profissionais.

Na Idade Média, destaca o autor que quando alguém se utilizava do *Ars Moriendi*¹²⁷, já se presumia que a pessoa morreria em questão de dias. Nos dias atuais, no entanto, a Medicina moderna pode diagnosticar uma doença incurável com antecedência (ex. cancro em estágio avanço), prevendo que a fase terminal do enfermo poderá se prolongar por muito tempo. Nessa perspectiva, a questão atual sobre a boa morte é de como essa pessoa viverá no tempo em que permanecer nessas condições (de estágio terminal), até seu efetivo óbito.

Em suma, o autor diz que a visão da boa morte na sociedade dependerá: da cultura e das mudanças que elas terão no tempo; das distintas noções de boa morte, especialmente em uma sociedade multicultural; da influência da religião e do secularismo na ideia de boa vida; e de como o individualismo das sociedades promove a autonomia pessoal da morte, incluindo a escolha por cuidados paliativos e eutanásia voluntária. Ressalta que, na atualidade, a questão da boa morte está relacionada, principalmente, às doenças degenerativas e terminais em pessoas de idade avançada e seu alongamento.

Sobre o assunto, a Subcomissão dos Direitos Individuais da Constituinte que elaborou o texto da Constituição brasileira de 1988 abordou o tema sobre boa morte, quando da oitava da exposição do convidado, o Professor Cândido Mendes, então Secretário-Geral da Comissão Brasileira de Justiça e Paz, do Rio de Janeiro, Presidente do Conselho de Ciências Sociais da UNESCO, Presidente do Conjunto Universitário Cândido Mendes e membro da Comissão de Estudos Constitucionais Afonso Arinos, sobre os novos direitos humanos. Na

¹²⁷ Arte de morrer. Título de livros devocionários destinados a preparar os cristãos para uma boa morte. (SCHÜLER, Arnaldo. **Dicionário Enciclopédico de Teologia**. Canoas: Ed. ULBRA, 2002, p. 65).

oportunidade, o Professor destacou que, dentre os novos direitos, o direito à vida deveria ser entendido como também existência digna. Levantou a questão, justamente, da vida externa artificial dos pacientes terminais, questionando se a Constituição brasileira não poderia dar o exemplo e garantir tanto o direito à vida como à morte digna.¹²⁸

De nada adianta resguardar a vida se ela ocorrer em condições deploráveis ou se o seu fim é questão de tempo. A origem de um direito como o da vida requer pressupostos prévios e elementos fundados no conceito do que seria a dignidade da pessoa. Somente por meio da percepção de que a concepção do direito a vida não pode ser simplificada, é possível entender a dimensão de sua proteção. Na percepção da dignidade humana, não é possível limitar a concepção de estar vivo. Reduzir o direito à vida à condição de estar vivo é uma definição simplória e não se encaixa na própria compreensão de existência humana ou com o próprio significado que a dignidade possui, conforme Genival Veloso de França explica:

Nestas questões existe uma interminável polêmica: deve prevalecer a sacralidade ou a qualidade de vida? A primeira representa aquilo que a vida humana tem na dimensão que exige a dignidade de cada homem e de cada mulher. E a qualidade de vida representa um conjunto de habilidades físicas e psíquicas que facultam o ser humano viver razoavelmente bem.¹²⁹

Genival Veloso de França explica também a distinção feita por James Rachels sobre os termos “estar vivo” e “ter vida”, ou seja, entre o sentido biológico e o aspecto biográfico.

Com isso, quer individualizar um tipo de seres humanos que, mesmo estando vivos, não têm vida. O exemplo por ele apontado seria o de um portador da doença de Alzheimer. Para esse autor, estar vivo no sentido biológico tem pouca importância e, na ausência de uma vida consciente, é indiferente para o indivíduo estar vivo ou não. Além do mais, defende ele a chamada “tese da equivalência”, segundo a qual não existiria nenhuma diferença entre “matar uma pessoa” e “deixá-la morrer”.¹³⁰

O interesse de uma pessoa em seguir até o fim da vida com suas convicções é uma manifestação do direito da autonomia e da liberdade. A morte é, para cada pessoa, o momento mais significativo da vida, e muitas pessoas querem que, até o momento final, sua vida seja

¹²⁸ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Ata da 11ª Reunião. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 25 maio 1987b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup66anc27mai1987.pdf#page=108>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹²⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: um enfoque ético-político. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 7, n. 1, 1999. p. 3. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/295/434. Acesso em: 19 dez. 2018.

¹³⁰ FRANÇA, *loc. cit.*

vivida refletindo as próprias convicções e da forma como sempre quiserem viver e acharam correto permanecer vivas. Cada pessoa enfrenta o momento prévio da morte de maneiras distintas. Assim, quando a morte é irreversível ou a permanência de estar vivo perde a essência à pessoa, faz parte do rol de sua escolha reger o final de sua vida da maneira que lhe trará alento e plenitude, lhe possibilitando uma morte digna.

O Estado, em regra, não pode impedir que a pessoa tome as próprias decisões no fim da vida. Cada um tem a liberdade de se determinar, respeitando os próprios valores e convicções. O direito a uma morte digna é uma concretização do direito à autonomia, é o direito de eleger o modo, o tempo e as circunstâncias de sua morte. A vida não é dos outros, nem do Estado, mas sim do próprio titular e trata-se de uma vontade autêntica e liberal,¹³¹ consubstanciada na própria concepção de dignidade humana e resguardada pelos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, como destacado por Konrad Hesse¹³², devem criar e manter as condições elementares para assegurar a vida em liberdade e dignidade humana, e isto só é alcançável se a liberdade da vida em sociedade é garantida na mesma medida da liberdade individual. Ambas estão inseparavelmente relacionadas, só sendo possível que haja a liberdade da pessoa, numa comunidade livre, em que esta não seja coagida ou impedida de fazer suas escolhas. É pressuposto desta liberdade que os seres humanos tenham a capacidade e a vontade para decidir por si mesmos, sobre os próprios assuntos e colaborar de responsabilmente com a vida na sociedade, que se constitui como uma comunidade.

Isto garante não só os direitos subjetivos do sujeito, como também princípios objetivos básicos do ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, assegurando a liberdade individual e limitando o poder do Estado. Nessa seara, a morte digna é corolário da preeminência da dignidade humana, da ponderação de preceitos fundamentais e dos novos contornos do direito à vida, sendo de suma importância para a plenitude dos direitos do ser humano. Além disso, é preciso compreender que a morte é tão somente uma etapa da vida e, como tal, está adstrita à vontade da pessoa, para reger-se na sua liberdade privada da maneira que melhor lhe convier, já que a escolha do modo como quer viver só depende dela mesma, por ser a essência da própria dignidade humana.

Assim, por essa função irradiante que a dignidade humana possui e, em razão da nova hermenêutica interpretativa constitucional, expressa na ponderação de princípios, se a

¹³¹ REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 159-160.

¹³² HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. *In*: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-72.

perduração de uma vida for desgastante e sofrível, perdendo-se o próprio sentido da existência humana, todos têm o direito à escolha, da permanência da vida ou da morte digna, e tal escolha é fundamentada na sua dignidade e sua liberdade, caso contrário haverá infringência ao próprio sentido da dignidade humana e autonomia da vontade.

Percebe-se, portanto, é que o direito à vida não está limitado apenas à concepção de estar vivo, mas também, as condições para que isso aconteça. Interpretar o direito à vida apenas no sentido de estar vivo, como expresso, é reduzir a compreensão axiológica do sentido da própria vida. Além disso, com a evolução da sociedade, e da biotecnologia, não é mais possível considerar que o direito à vida se limita apenas a permanecer vivo. A boa morte se exprime como corolário à vida e este deve ser visto como emanado desse direito.

3 OS AVANÇOS NA BIOTECNOLOGIA E A EVOLUÇÃO DAS QUESTÕES ÉTICAS

Este seguimento cuida dos avanços que a biotecnologia proporcionou à humanidade e a repercussão que esses avanços ocasionaram nas questões atinentes à ética médica. O assunto é relevante, porquanto os progressos biotecnológicos proporcionaram um prolongamento da vida além do imaginado, ocasionando questionamentos éticos relacionados à vida e que dão ensejo à criação das Diretivas Antecipadas de Vontade. Para tanto, inicia-se com uma abordagem sobre os progressos que a tecnologia proporcionou na Biomedicina no prolongamento da vida e o papel que tiveram na Bioética e na sociedade moderna.

A seguir, será dado enfoque à multidisciplinaridade que a Bioética requesta, dando ênfase à perspectiva jurídica. Além disso, cuida-se dos avanços éticos da relação médico-paciente, que hoje é o cerne das tratativas bioéticas e das diretivas de vontade. Concede-se enfoque aos reflexos da autonomia da vontade do paciente, princípio fundamental dessa relação, nas escolhas terapêuticas, com suporte no estudo das medidas paliativas, objetivando a compreensão do surgimento das diretivas antecipadas de vontade. Por fim, para que não restem dúvidas sobre o significado das diretivas e outros conteúdos bioéticos, faz-se-á uma delimitação conceitual entre o instituto e demais definições.

3.1 Prolongamento da vida pela biotecnologia e o papel da Bioética na sociedade moderna

O ser humano, como racional, possui a intenção incessante de compreender o mundo. Além disso, como inerente à sua condição de ser-vivo, a raça humana detém intrinsecamente a necessidade pela busca de sua sobrevivência. Nesse contexto, o ser humano passou a compreender que seu corpo é, na verdade, o meio material que torna possível ele estar vivo. Por tal razão, é natural que o desenvolvimento e a evolução humana impulsionem a busca constante pela compreensão dos distúrbios das funções fisiológicas do organismo (corpo), dos meios para a sua erradicação, além de novos métodos que melhorem e prolonguem a sua vida.

Cada vez mais, o aumento do conhecimento e dos avanços tecnológicos proporcionou, e continua propiciando, não apenas facilidades no cotidiano dos seres humanos, mas também melhor condição de suas vidas. Se, outrora, certas enfermidades eram

verdadeiros mistérios humanos (a exemplo, cita-se a varíola¹³³) que resultavam em temores coletivos, pois, em grande parte dos casos, deixavam um expressivo número de mortos, degenerações, cicatrizes irreversíveis, limitações ou óbito, atualmente não se caracterizam como motivos que afligem a sociedade ou que causem resultados penosos.

Isto porque várias doenças não são mais elementos desconhecidos e se tornaram objetos de estudos científicos. Certas patologias que antigamente chegaram a aumentar expressivamente os índices de mortalidade humana, nos dias atuais, possuem meios de tratamento, métodos preventivos ou até foram erradicadas¹³⁴. Com efeito, se tornou escoimado do pensamento comum da sociedade o falecimento em razão de enfermidades que, na Antiguidade, matavam milhares de pessoas. Grande parte desta resolução, como expresso, ocorreu em razão do aprimoramento das Ciências Humanas e da biotecnologia¹³⁵.

A biotecnologia é aplicação da Ciência e da tecnologia em organismos vivos e suas partes, ou em produtos e modelos de organismos vivos, com o objetivo de compreendê-los, produzir bens ou serviços. Como exemplo, físicos e engenheiros trabalhando juntos para produzir nanoveículos (também conhecidos como nanopartículas carregadoras), ou melhor, veículos pequenos o suficiente para ingressar na corrente sanguínea e distribuir drogas para curar doenças; ou geneticistas e tecnólogos da informação, ajudando a eliminar os feitos adversos de remédios, tornando a Medicina mais especializada; ou, ainda, engenheiros e biólogos trabalhando juntos na produção de organismos que irão alertar o ser humano, e até mesmo remover poluentes do meio ambiente.¹³⁶

¹³³ “No final do século XVIII, Edward Jenner, médico inglês, ao investigar em maior profundidade o fato de que ordenhadores, em contato com lesões de pele e úbere de bovinos, não se infectavam com a varíola ou apresentavam uma forma bem mais branda da doença, abriu uma nova perspectiva de controle da mesma. Com o material coletado dessas lesões, Jenner escarificava a pele de pessoas a quem desejava imunizar. A história registra o dia 14 de maio de 1796, no qual Jenner coletou material de uma lesão postular nas mãos de uma ordenhadora de nome Sarah Nelmes e o inoculou na pele de James Phillips, vacinando-o contra a varíola (Fenner et al., 1989)”. (SCHATZMAYR, Hermann G. A varíola, uma antiga inimiga. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1525-1530, dez. 2001. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2001000600024>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n6/6979.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019).

¹³⁴ Em 1980, após uma histórica campanha global de vigilância e vacinação, a Organização Mundial da Saúde declarou a erradicação da varíola. O ano de 2010 marcou o aniversário de 30 anos da erradicação da doença. (WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The Smallpox Eradication Programme - SEP (1966-1980)**. Geneva: WHO, May 2010. Disponível em: <http://www.who.int/features/2010/smallpox/en/>. Acesso em: 10 jan. 2019).

¹³⁵ A biotecnologia tem sido praticada continuamente na história da humanidade, desde que os sumérios descobriram como usar o fermento para preparar cerveja em 1750 a.C. A biotecnologia moderna surgiu no século XX, a partir do momento que o ser humano passou a adquirir a compreensão e a capacidade de manipular organismos a nível molecular, especificamente à medida que adquiriu o entendimento e habilidade necessária para manipular os genes de um organismo. (TALBOT, Marianne. **Bioethics: an introduction**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012, p. 4).

¹³⁶ TALBOT, *loc. cit.*

O avanço do conhecimento, entretanto, em especial, tecnológico, ao passo que proporcionou uma longevidade humana, também resultou em diversos questionamentos éticos. Isso ocorreu em razão dos reflexos desses avanços na ordem moral e valorativa que disciplina e orienta o comportamento humano. Ainda que atuante em todos os ramos científicos, a ética se tornou insuficiente para abarcar todas as repercussões advindas das novas descobertas nas Ciências da Saúde, da utilização dos métodos tecnológicos na cura de doenças, das questões genéticas, dentre outras. Vale destacar o fato de que a concepção de avanços tecnológicos, em análise, compreende desde a vacinação até mesmo a troca de órgãos orgânicos por artificiais.

O substrato do avanço tecnológico tem sua premissa em metas que implicam diretamente a estruturação e a reformulação da realidade. Na tecnologia (ou Ciência aplicada) não se procura conhecer algo verdadeiramente por si, mas sim, em razão de sua utilidade para alcançar outros objetivos; isto é, na investigação epistemológica nos campos da Fisiologia, Bacteriologia, Imunologia, dentre outras matérias das Ciências da Saúde, o objetivo maior não é o conhecimento verdadeiramente do fato, mas, tão-somente, intervir efetivamente nas situações, a fim de reservar ou restaurar a saúde, aliviar a dor, a angústia e o sofrimento do enfermo. A vida, no entanto, é mais do que uma série de processos químicos e físicos para manter o organismo vivo. A vida, como ressaltou Carla Mooney, é a experiência humana de alegrias e tragédias, crenças e valores¹³⁷.

Sendo assim, o ser humano passou a se reconhecer como parte integrante da natureza, situação que resultou na premissa de que o conhecimento científico somente seria alcançado se os valores humanos fossem prestigiados. João Baptista de Almeida Junior¹³⁸ explica que os cientistas, necessitados de combinar procedimentos biomédicos com valores éticos, encontraram em seus trabalhos fenômenos contraditórios que exigiram uma tomada de consciência e uma nova atitude profissional. Emergiram no seio científico, anomalias e questionamentos que os fizeram buscar novas atitudes críticas em relação aos novos paradigmas. Além disso, o debate democrático, por meio da discussão aberta às outras ciências, permitiu a inserção de valores oriundos de outras vozes disciplinares.

Leo Pessini explica que, recentemente, se constatou que o primeiro a usar a palavra “Bioética” foi Fritz Jahr, em artigo publicado em 1920 na *Kosmos* – “*BioEthics: a review of the ethical relationships of humans to animals and plants*”. No texto, segundo

¹³⁷ MOONEY, Carla. **Bioethics**. London: Gale Cengage Learning, 2009, p. 6.

¹³⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Baptista de. O status científico da bioética. In: SILVA, José Vitor da (org.). **Bioética: visão multidimensional**. São Paulo: Iátria, 2010, p. 30.

Pessini, o Filósofo propôs que o imperativo bioético ampliava, para todas as modalidades de vida, o imperativo moral de Kant. Isto é, a humanidade deve ser considerada tanto por meio da tua pessoa como na dos outros. Todo ser vivo deve ser respeitado como princípio e fim em si mesmo. O conceito de Bioética para o Autor alemão, portanto, era mais amplo, por incluir todos os formatos de vida.¹³⁹ De acordo com Pessini:

Jahr, ao refletir sobre o crescente progresso da fisiologia em seu tempo e sobre os desafios morais relacionados com o desenvolvimento de sociedades sempre mais seculares e pluralistas, redefine as obrigações morais em relação a todas as formas de vida, humanas e não humanas, criando um conceito de bioética como disciplina acadêmica, princípio e virtude. Embora não tivesse exercido influência histórica, como era de se esperar, pois viveu em tempos turbulentos tanto política quanto moralmente, sua visão e argumentos éticos são contribuições esclarecedoras para o campo da bioética que ao conciliar ciência e tecnologia exige reflexão (e solução) ético-filosófica, incluindo o entendimento de suas dimensões “geo-éticas”.¹⁴⁰

Logo, embora tenha se referido pioneiramente à palavra “Bioética”, o conceito elaborado por Jarh não foi assimilado em seu país de origem (Alemanha), não tendo a repercussão que a abordagem por ele feita tanto merecia. Com efeito, o seu trabalho não teve a significância científica adstrita ao tema. Ressalta Pessini¹⁴¹, entretanto, que é indubitável o arrojado avanço de seu conceito ao alargar os deveres éticos associados aos seres humanos e incluir os animais, sob uma perspectiva horizontal (o foco do Alemão não foi considerar os seres por sua utilidade, mas por seu valor intrínseco).

Hugo Engelhardt Jr.¹⁴² explica que, no final dos anos de 1960, houve um interesse em se entender os valores e as imagens do bem-estar humano que serviam de fundamento para as práticas da Medicina, Enfermagem e ciências afins, assim como uma percepção de que, no futuro, a sociedade estaria envolta em questões relacionadas à Engenharia Genética e no desenvolvimento de tecnologias com implicações novas. As discussões também estavam no básico das Ciências Biomédicas e no que poderiam ocasionar ou ocasionariam em desenvolvimentos que modificariam a Medicina¹⁴³.

¹³⁹ PESSINI, 2013, p. 15.

¹⁴⁰ PESSINI, *loc. cit.*

¹⁴¹ PESSINI, *loc. cit.*

¹⁴² ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. Foreword. In: POTTER, Van Rensselaer. **Global Bioethics: Bullging on the Leopold Legacy**. East Lansing, MI: Michigan State University Press, 1988, p. VIII.

¹⁴³ Embora houvesse a existência de presságios sobre o novo campo em décadas anteriores, aos anos de 1960 são um ponto de partida pragmático da Bioética. Essa década trouxe à confluência dos desenvolvimentos científicos e culturais. Em biomedicina, foi uma era de extraordinário progresso. Viu-se o advento da diálise renal, transplante de órgãos, abortos medicamente seguros, pílula contraceptiva, diagnóstico pré-natal, o uso generalizado de cuidados intensivos e respiradores artificiais, uma mudança dramática da morte em hospitais ou outras instituições, e o primeiro vislumbre da engenharia genética. Os anos 1960 ficaram marcados, portanto, pelo conjunto de desenvolvimentos tecnológicos, grande surto de pesquisa e aplicação biomédica

Nesse contexto, antigos termos utilizados como “ética médica” ou ainda “ética de enfermagem”, já não mais abarcavam com eficácia esse conjunto amplo de interesses e preocupações. Diante Ante todos esses pontos e, enquanto eram formados os centros de bioéticas, em 1971, Van Rensselaer Potter, bioquímico estadunidense e pesquisador na área de Oncologia, lançou o livro *Bioethics: Bridge to the Future*, reunindo na palavra “Bioética” uma gama de interesses, cristalizando em um só vocábulo uma série de preocupações. Sem dúvidas, o termo era precisamente heurístico, entretanto, a preocupação de Potter era concentrar no vocábulo questões relacionadas à sobrevivência humana.

Seu foco era mais amplo do que a maioria dos bioeticistas contemporâneos e estava centrado em prisma global sob a perspectiva ecológica de como os seres humanos, orientam a adaptação ao meio ambiente. Muito embora se deva a definição do termo Bioética à V.R Potter, as raízes de seus estudos provêm do pensamento de Aldo Leopold, o qual, segundo Potter¹⁴⁴, foi o primeiro a desenvolver uma ética ecológica e a explicar por que seria necessário um estudo sobre o tema. Além disso, viu que a sobrevivência humana dependia da manutenção de um ecossistema sanitário e do controle da fertilidade humana, definindo o certo e o errado acerca da capacidade humana e preservação da biosfera.

Com essa premissa, o intuito do pesquisador era privilegiar a maior gama de questões e chamar a atenção para os meios pelos quais a Ciência poderia ajudar a formular da melhor maneira possível os aspectos relacionadas à compreensão da humanidade e do mundo. De acordo com Potter:

Em 1971, um princípio básico da Bioética era o de que os valores éticos não podem ser separados dos fatos biológicos. Mais ou menos na mesma época em que meu livro Bioética, Ponte para o Futuro, surgiu, a bioética como uma consequência da ética médica estava sendo desenvolvida na Universidade de Georgetown e no Instituto Hastings. Para muitos, passou a significar exclusivamente a ética de até que ponto exercer as opções médicas tecnicamente possíveis, como transplantes de órgãos, uso de órgãos artificiais, aborto, esterilização, contracepção artificial, quimioterapia, consentimento informado do paciente, liberdade de escolha na procriação ou aborto, fertilização in vitro, gravidez substitutiva e desenvolvimentos futuros em engenharia genética. Essas questões em geral têm consequências visíveis de curto prazo e todas têm a ver com a manutenção e o prolongamento de vidas individuais. Com o foco nas opções médicas, o fato de a bioética ter sido proposta para combinar valores humanos com fatos ecológicos foi esquecido por muitos: a

básica que se seguiu à Segunda Guerra Mundial. Ao mesmo tempo, estimulado pelo livro *Silent Spring*, de Rachel Carson, houve um despertar gradual para os riscos ambientais causados pela ambição humana, pelo progresso econômico e pelo domínio da natureza. Em conjunto, estes desenvolvimentos colocaram uma gama impressionante de problemas morais difíceis e aparentemente novos (CALLAHAN, Daniel. *Bioethics*. In: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 1, p. 279).

¹⁴⁴ POTTER, Van Rensselaer. *The Leopold Legacy*. In: POTTER, Van Rensselaer. **Global Bioethics: Bullging on the Leopold Legacy**. East Lansing, MI: Michigan State University Press, 1988, p. 17.

ética de até que ponto exercer opções tecnológicas na exploração do meio ambiente não estava associada ao termo bioética. Chegou o momento de reconhecer que não podemos mais examinar as opções médicas sem considerar a ciência ecológica e os problemas maiores da sociedade em escala global.¹⁴⁵

Logo, Potter objetivava abordar pontos maiores. Utilizando-se do termo Bioética, seu objetivo era investigar preocupações cujo cerne eram as questões de sobrevivência humana. Almejava o autor concentrar as atenções para a maneira pela qual a Ciência poderia ajudar a compreensão da humanidade e do mundo, sugerindo meios em que fossemos mais responsáveis para alcançar melhor qualidade de vida. Sua proposta era de uma disciplina que pudesse fornecer uma ciência para a sobrevivência e ajudar na obtenção de vidas mais felizes e produtivas.

Compreende-se, com efeito, que todo o contexto pelo qual a Bioética se desenvolveu foi por ocasião dos avanços das Ciências Biomédicas, Ambientais e Sociais na Modernidade. Esses avanços dizem respeito a inovações tecnológicas que trazem outra compreensão científica sobre a vida humana e a possibilidade de seu prolongamento, alterando o que antes era visto como vulnerabilidades da natureza e do corpo e da mente humana; voltando-se para a reflexão sobre o significado da vida e da morte, o direito e o poder de controlar a vida, além dos deveres comuns entre si e com a natureza diante de graves ameaças à saúde e ao bem-estar¹⁴⁶.

A Bioética representa uma transformação radical do domínio mais antigo e tradicional da ética médica. Desde os primórdios da história, curandeiros foram forçados a lutar contra o medo humano de doenças, morte e os limites impostos pela terminalidade vital. A palavra, portanto, denota não apenas um campo particular de investigação humana (interseção da ética nas Ciências da vida), mas também um novo campo que passou a fazer parte da lei, das políticas públicas, da literatura, da cultura, dos estudos históricos, das mídias,

¹⁴⁵ POTTER, 1988, p. 1-2, tradução nossa. Citação original: “*In 1971 A BASIC TENET OF BIOETHICS was that ethical values cannot be separated from biological facts. At about the same time that my book Bioethics, Bridge to the Future appeared, bioethics as an outgrowth of medical ethics was being developed at Georgetown University and at the Hastings Institute. For many it came to mean exclusively the ethics of how far to exercise the medical options that are technically possible, such as organ transplants, the use of artificial organs, abortion, sterilization, artificial contraception, chemotherapy, informed consent by the patient, freedom of choice in procreation or abortion, fertilization in vitro, surrogate pregnancy and future developments in genetic engineering. These issues in general have short term, immediately visible consequences and all have to do with the maintenance and prolongation of individual lives. With the focus on medical options, the fact that bioethics had been proposed to combine human values with ecological facts was forgotten by many: the ethics of how far to exercise technological options in the exploitation of the environment was not associated with the term bioethics. The time has come to recognize that we can no longer examine medical options without considering ecological science and the larger problems of society on a global scale.*”

¹⁴⁶ CALLAHAN, 2003, p. 278.

da Filosofia, da religião, da Literatura, assim como, dos campos científicos da Medicina, Biologia, Ecologia e Meio Ambiente, Demografia e Ciências Sociais. É um campo que se espalhou, e em muitos lugares mudou terrenos muito mais antigos¹⁴⁷.

3.2 A multidisciplinaridade da Bioética: perspectiva jurídica

Como visto, o surgimento da Bioética se tornou necessário em razão dos reflexos dos avanços tecnológicos e do conhecimento na área de saúde, tanto na vida humana (em especial em tratamentos contra doenças) como no ambiente como um todo. Em razão das novas descobertas, outros questionamentos foram surgindo na seara das Ciências Médicas, tendo em vista a repercussão que esses novos esses avanços ocasionavam. Como exemplo, citam-se o controle artificial da natalidade humana por meio de pílulas anticonceptivas; a concepção artificial do ser humano por meio da fertilização *in vitro*; o tratamento de cancro por meio de quimioterapia; a utilização de células-tronco como metodologia terapêutica; a clonagem de células vivas; dentre outros.

A bem da verdade, um grande temor na sociedade são patologias não curáveis e a morte em razão dessas enfermidades. Muito embora as Ciências da Saúde trouxessem as respostas que a humanidade tanto almejou no decurso de sua existência, ocasionaram questões éticas até então sem reflexão. Isto porque a busca constante por tratamentos, embora tenha proporcionado uma longevidade da vida humana, resultou em questões como: até que ponto o homem pode ir contra a ordem natural, e o quão correto é o desenvolvimento e a utilização dessas novas descobertas para estender a vida? Não há dúvidas do fascínio e essencialidade das biotecnologias, assim como da grandiosidade dos resultados da inteligência humana, porém, um questionamento principal decorre dessas evoluções: quais são os seus limites?

Ao que parece, as Ciências em geral, pelo menos na dimensão da extensão de sua investigação e âmbito de descoberta, não possuem, nem devem, ter restrições intrínsecas. Nada poderia restringir o avanço de suas fronteiras, ou impedir a curiosidade humana. A inteligência e a capacidade cognitiva podem ascender indefinidamente sobre o escalonamento dos conhecimentos adquiridos¹⁴⁸. De várias naturezas (religiosas, culturais ou éticas), ao longo da história, algumas investigações são vetadas¹⁴⁹. Na atualidade, tendo em vista que os

¹⁴⁷ CALLAHAN, 2003, p. 279.

¹⁴⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. **Bioética y derecho**. Barcelona: Ariel, 1987, p. 15.

¹⁴⁹ “No dia seguinte, Galileu foi chamado à residência oficial de Belarmino, os Salões do Paraíso, no Palácio do Vaticano. Segizzi, outro cardeal da Inquisição, também se achava presente. Belarmino foi quem se encarregou de falar. Usou sua autoridade para comunicar a advertência, envolta em frases firmes, porém

avanços biotecnológicos refletem em temas importantes da vida humana (repeito à vida, liberdade, igualdade, dentre outros), a Bioética faz o papel de dimensionar as regras que limitam o livre alcance das Ciências da Vida.

Friedrich Nietzsche¹⁵⁰ destaca o fato de que a cadeia do querer, da vontade humana, pressupõe muitos aspectos. Para poder dispor de tal modo do futuro, o homem precisou aprender a distinguir o acontecimento casual do necessário, e antecipar o que estaria distante do seu presente, no intuito de estabelecer, com segurança, o fim e os meios para o fim. Para tanto, segundo o Filósofo, o homem teve a necessidade de se tornar confiável para si mesmo. Esta, portanto, é para Nietzsche a origem da responsabilidade, pois a tarefa de criar um animal capaz de fazer promessas traz consigo, como condição e preparação, “[...] a tarefa de torná-lo até certo ponto necessário, uniforme, igual entre iguais, constante e, portanto, confiável. O imenso trabalho daquilo que denominei ‘moralidade do costume’”¹⁵¹.

De efeito, somente é possível a existência humana na medida em que a pessoa possa se tornar um ser responsável moralmente. Essa moralidade é base inclusive para a convivência em sociedade, pois, o agir humano depende da vontade autônoma de cada qual. Em razão disso, a cada um é atribuída uma responsabilidade moral, que resulta na aplicação de critérios racionais sobre o que é certo ou errado. Tendo em vista que o agir humano sofreu e ainda passou e passa transformações radicais (como no caso do objeto desse estudo, por meio da biotecnologia), essa responsabilidade passou a ter contornos específicos, por meio de normas que prolongaram o sistema de moralidade, passando o homem a ser responsável pela sua consciência, sociedade e futuro¹⁵².

Nota-se, portanto, é que o progresso biotecnológico não repercute apenas nas Ciências Médicas, mas também em outras áreas do conhecimento, incluindo o Direito. Não há dúvidas de que Direito e Bioética são disciplinas sociais substancialmente diversas. Cada uma

amigáveis: a decisão da Inquisição tinha de ser respeitada. Ela impunha que o sistema de Copérnico não devia ser retratado como quadro factual da realidade física. Sob nenhuma circunstância era permitido sustentar que o Sol realmente estava parado, ou que a Terra se movia ao seu redor” (NAESS, Atle. **Galileu Galilei: um revolucionário e seu tempo**. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 115).

¹⁵⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2017, p. 33.

¹⁵¹ NIETZSCHE, *loc. cit.*

¹⁵² “O direito civil moderno ordenou-se como um prolongamento desse sistema de moralidade. Neste contexto, o jusnaturalismo representou um conjunto sistemático de preceitos morais a serem consagrados pelo sistema jurídico; assim, a regra cristão-estóica, de que cada indivíduo deve cumprir a palavra empenhada, irá servir de fundamento para a lei dos contratos – *pacta sunt servanda*. As raízes morais da responsabilidade civil encontram-se sistematizadas em regras jurídicas medievais e no pensamento de filósofos, como por exemplo, Tomás de Aquino, seguida pelos escolásticos espanhóis e os moralistas do século XVII. Em todos, determinava-se que cada indivíduo tinha a obrigação de “restituir” ou reparar os danos provocados por atos culposos ou dolosos.” (BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidades**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5).

constitui uma realidade social própria, com normas distintas, e preenchem realidades sociais diferentes. Como destacou Bethany J. Spielman¹⁵³, cada sistema tem seus objetivos, métodos e epistemologias vários. Além disso, identificam e usam a perícia, presunções, valores e ônus da prova de maneira distinta. São, no entanto, profundamente dependentes um do outro, embora pareçam “estranhos companheiros de cama”. Como ressalta Vicente de Paulo Barretto, “O surgimento de uma responsabilidade metaindividual atende a necessidade de se encontrar respostas às indagações de caráter ético e jurídico, suscitadas pelo progresso científico e técnico”¹⁵⁴.

Assim, o Direito passou a ser impulsionado a refletir sobre os influxos da biotecnologia na manutenção dos princípios jurídicos em diversas situações, como a repercussão da autodeterminação no final da vida; a discriminação com relação a pontos ligados ao material genético; a proteção da vida e da saúde no caso dos procedimentos seguros de aborto; etc. O Direito passou a deparar uma problemática multidisciplinar transposta ao que estava usualmente acostumado. Além disso, a velocidade das frequentes mudanças o impulsiona a, constantemente, discutir e interpretar essas mudanças e seus reflexos jurídicos. Para tanto, vários microcampos de estudos foram surgindo sob essa nova perspectiva.

Consoante expressa Carlo Casonato, o objeto de estudo do Direito, nesse âmbito, passou a ser definido de acordo com uma pluralidade de fórmulas, quais sejam, um estudo sistemático dos princípios legais que orientam a conduta humana (individual e coletiva) na área das Ciências da Vida e dos cuidados médicos; um setor do Direito que estuda os problemas inerentes a proteção da vida física, particularmente, quanto às implicações jurídica das Ciências Biomédicas; aplicação do Direito aos novos problemas relacionados às fronteiras da vida; legislação relativa aos fenômenos da vida orgânica do corpo, gestação, desenvolvimento, maturidade e velhice, saúde, doença e morte; e, por fim, o direito de pesquisa e práticas biomédicas.¹⁵⁵

Essa intersecção, no entanto, não pode ser vista como de absoluta submissão a lei aos critérios bioéticos. Apesar de a lei estar aberta para a Bioética¹⁵⁶, essa abertura não pode

¹⁵³ SPIELMAN, Bethany J. **Bioethics in Law**. Totowa, NJ: Human Press, 2007, p. 2.

¹⁵⁴ BARRETTO, 2009, p. 4.

¹⁵⁵ CASONATO, Carlo. **Introduzione al Biodiritto**. La bioética nel diritto costituzionale comparato. Trento: Università degli Studi di Trento, 2006, p. 13-14.

¹⁵⁶ As implicações negativas das errôneas aplicações do isolamento científico da Teoria de Kelsen na Segunda Guerra Mundial levaram o Direito a buscar o resgate valorativo-ético-moral em seus conceitos. Em paralelo, a isto, no mundo cosmopolita dos tempos atuais, a rede de informações e acontecimento tornou-se de rápido acesso, possibilitando que o conhecimento da humanidade passasse a ser adquirido sob uma perspectiva interdisciplinar, impossibilitando que o direito trabalhe de maneira isolada dos demais sistemas.

ser irrestrita, caso contrário, ela abandonaria o seu caráter e identidade como lei, assim como, seus valores centrais no resguardo dos direitos individuais e da democracia. As fronteiras da legislação são mais concisas quando a lei se mostra como um material cognitivo, e não apenas normativo. As normas da Bioética operam lado a lado com a lei; entretanto, se a lei funcionasse bem, selecionaria quais normas externas receberia e como usá-las¹⁵⁷.

No sistema jurídico brasileiro, percebe-se é que, ao passo que alguns assuntos já possuem tradição legislativa, outros não evoluem no contexto das discussões jurídicas. Em razão disso, e uma vez que as evoluções acontecem naturalmente, grande parte das tratativas ocorre apenas no âmbito ético, por meio do Conselho Federal de Medicina, instituição que disciplina o exercício da Medicina por meio da sua normatização, fiscalização, orientação, valorização profissional e organização. Por ser de sua responsabilidade a fiscalização e normatização da prática médica, o CFM emite normas éticas sobre temas que muitas vezes não possuem sucedâneo legal específico. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se mencionar duas leis que tratam da biotecnologia: transplante de órgãos e a utilização de células-tronco.

A Constituição de 1988, objetivando a proteção jurídica das partes do corpo humano, estabeleceu em seu art. 199, §4º, que a lei disporá sobre as condições e os requisitos “[...] que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”¹⁵⁸. É, pois, acerca do transplante de órgãos e tecidos humano. Sobre o tema, a legislação brasileira tem uma extensa tradição¹⁵⁹. A primeira legislação editada foi a Lei nº 4.280, de 06/11/1963, dispondo sobre a extirpação de elementos de cadáver para atendimento exclusivo de necessidade terapêutica. A Lei foi revogada pela Lei nº 5.479, de 10/08/1968, que disciplina a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano (vivo ou morto).

¹⁵⁷ SPIELMAN, 2007, p. 2.

¹⁵⁸ BRASIL, 1997, *online*.

¹⁵⁹ O início dos transplantes de órgãos no Brasil deu-se em 1964, no Hospital dos Servidores do Estádio do Rio de Janeiro, quando um rapaz de 18 anos, portador de pielonefrite crônica, recebeu um rim de uma criança de nove meses, portadora de hidrocefalia. Em janeiro de 1965, foi realizado um transplante de rim *inter vivos* em São Paulo. (SILVA, Camila Barreto Pinto. Transplante de órgãos e tecidos e a morte encefálica. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (coord.). **Biodireito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 5). E em 1968 o Dr. Euryclides de Jesus Zerbini realizou o primeiro transplante de coração no Brasil, sendo um dos pioneiros na área de transplantes. (LIMA, Ricardo; LUCCHESI, Fernando A.; BRAILE, Domingo M.; SALERNO, Tomas A. A tribute to Euryclides de Jesus Zerbini, MD. **Ann Thorac Surg.**, Amsterdam, v. 72, p. 1789-1792, 2001 Disponível em: [https://www.annals-thoracicsurgery.org/article/S0003-4975\(01\)03077-6/pdf](https://www.annals-thoracicsurgery.org/article/S0003-4975(01)03077-6/pdf). Acesso em: 26 dez. 2018).

Em 04/02/1997 foi promulgada a Lei no 9.434, intitulada Lei dos Transplantes, cujo objeto é a disposição “[...] sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”¹⁶⁰. Mencionada lei é regulamentada pelo Decreto no 2.268/1997. Ela havia expressado todo e qualquer indivíduo como doador compulsório, salvo se em vida tivesse manifestado contrariamente, em documento de identidade civil ou na Carteira Nacional de Habilitação. A doação presumida repercutiu negativamente na população, pois entendia que a doação deveria ser um ato solidário, e não compulsório. Em decorrência, em 24/03/2001, foi promulgada a Lei nº 10.211, extinguindo a doação presumida e determinando que a doação, no caso de doador falecido, só aconteceria mediante autorização familiar, independentemente do desejo em vida do potencial doador.

No dia 24/03/2005, foi sancionada a Lei n 11.105, conhecida como Lei da Biossegurança¹⁶¹, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança (PNB). Embora pioneira, a Lei foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 3510¹⁶², proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo como alvo o art. 5º, da Lei de Biossegurança.

De acordo com o pedido do representante do Ministério Público Federal, o dispositivo contraria a inviolabilidade do direito à vida, pois o embrião humano é vida humana, e o dispositivo faz ruir o fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica a preservação da dignidade humana. No dia 29/05/2008, após intensos debates, o Supremo Tribunal Federal decidiu¹⁶³ que as pesquisas com células-tronco embrionárias não

¹⁶⁰ BRASIL, 1988b, *online*.

¹⁶¹ “Biossegurança é o conjunto de medidas para a manipulação adequada de agentes químicos, físicos e principalmente biológicos, com ênfase no registro e acompanhamento do impacto de cada liberação ao meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGMs). Tal conjunto de medidas corresponde à prática cada vez mais comum na indústria agropecuária, com a finalidade de prevenir riscos ambientais e principalmente à saúde das pessoas.” (MARTINS, Leonardo. Lei de Biossegurança e controle de sua constitucionalidade pelo STF na ADI 3.510-DF. *In*: MARTINS, Leonardo (coord.). **Bioética à luz da liberdade científica**: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no Direito Comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11).

¹⁶² STF, ADI 3510/DF, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 29/05/2008, DJe 28/05/2010.

¹⁶³ “Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização - v. Informativo 497. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator. Nos termos do seu voto, salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de

violariam o direito à vida, tampouco a dignidade humana. Alguns ministros, em seus votos, inclusive destacaram que a Lei era constitucional, mas ressaltaram que as pesquisas deveriam ser rigorosamente fiscalizadas sob o prisma ético, ponto este que foi alvo de debates e discussões até o final do julgamento, e não foi acolhido pela Corte¹⁶⁴.

Segundo Leonardo Martins¹⁶⁵, as conclusões da sentença retratam uma seleção feita dos destaques dos debates e dos fundamentos dos votos individuais dos membros da Corte. Na fundamentação dos votos da maioria dos ministros, houve grande variação teórica e metodológica. O Relator, por sua vez, não vislumbrou qualquer violação do direito fundamental à vida, estabelecido no art. 5º, da Constituição Federal, tampouco ao princípio fundamental da dignidade humana, disposto no art. 1º, inciso III, da Carta Magna. Os demais ministros, em geral, o acompanharam nessa conclusão. Foram enfatizados os benefícios da pesquisa com células-tronco embrionárias para o desenvolvimento de novas terapias para salvar vidas, e ponderado o direito à vida potencial de célula-tronco com o direito à vida de pessoas nascidas enfermas¹⁶⁶.

Percebe-se é que a temática da Bioética aufere contornos tímidos na legislação brasileira. A maioria dos temas na evolução biotecnológica é abordada por meio de jurisprudência e, em sua grande parte, pelo Conselho Federal de Medicina. Não se pode olvidar, entretanto, que a Constituição Federal Brasileira, tendo como fundamento da República Federativa a dignidade humana, abarca, de maneira genérica, todos os temas relacionados, o que possibilita em grande escala que seja possível a realização de debates jurídicos e, até mesmo, respaldo legal dos temas abordados. Isto ocorre, também, por serem os aspectos do Biodireito voltados às questões da vida humana (bens jurídicos tutelados pela

células extraídas de embrião humano in vitro. Esclareceu que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), aos ‘direitos da pessoa humana’ (art. 34, VII, b), ao ‘livre exercício dos direitos... individuais’ (art. 85, III) e aos ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 508**. Brasília, 26 a 30 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018).

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. **Notícias STF**, Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917>. Acesso em: 19 dez. 2018.

¹⁶⁵ MARTINS, 2014, p. 132-133.

¹⁶⁶ Restando evidenciado, nesse caso, como o direito à vida, assim como outros direitos fundamentais, não é mais visto como um direito absoluto.

Constituição Federal). Além de suas discussões possuírem assentamento constitucional, também estão relacionadas ao direito de personalidade (a vida, como já se demonstrou, é bem jurídico inerente ao ser humano como pessoa).

3.2.1 Os avanços éticos na relação médico-paciente e a repercussão jurídica brasileira

Como se destacou, pelo fato de revolver em temáticas sensíveis da ética e da própria existência humana, as mudanças biotecnológicas tiveram grande influência em diversas áreas, incluindo o Direito. Os campos nos quais essas evoluções, de maneira geral, alcançam e influenciam, transpõem a esfera da cura. Não obstante essa abrangência em diversos terrenos, não há dúvidas de que um em especial foi o mais atingido: a relação médico-paciente. Isso decorre do fato de essas mudanças tecnológicas repercutirem diretamente nesta relação, no que diz respeito às decisões. A biotecnologia, ao inovar em tratamentos e processos, ocasionou um grande dilema: a quem caberia decidir pela utilização ou não desses novos métodos? Ao médico em razão de sua expertise? Ou ao paciente, detentor de seu próprio corpo, valores e destino? No curso da história da humanidade, a relação médico-paciente passou por diversos parâmetros ligados à maneira como o tratamento era utilizado e ao conhecimento sobre a doença e a cura.

No início, no Período Homérico (750 a.C), a compreensão do tratamento da doença era vista como algo predominantemente mágico-religioso. Somente no final século VI a.C e início do século V a.C, com a influência da Filosofia grega, essa compreensão ganhou contornos racionais. Nesse período, aflorou a profissão médica, que se espalhou pelo mundo mediterrâneo no Período Helenístico e foi adotada, e adaptada, pelos Romanos na República Tardia (134 a.C a 27 a.C). Apesar de não haver instituições que dessem licenciamento ou concedessem o título de médico, a população passou a distinguir aqueles que praticavam a Medicina não sacralizada daqueles que praticavam a cura mágico-religiosa¹⁶⁷. Não há o que se falar, nesse período, em qualquer responsabilidade do profissional.

No período mais científico (final século VI a.C e início do século V a.C), o profissional dedicado a essa profissão buscava uma relação mais harmoniosa com o paciente mediante o esclarecimento, situação diversa do período clássico, quando o conhecimento místico da cura era exclusivo daqueles que se utilizavam de práticas mágicas-religiosas como

¹⁶⁷ AMUNDSEN, Darrel W. Medical ethics, history of Europe. In: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 3, p. 1556.

tratamento e o esclarecimento do paciente não existia¹⁶⁸). Essa posição, entretanto, não era norma geral, tampouco era aplicada no contexto de um direito à informação do paciente. O objetivo dessa aproximação comunicativa entre médico e paciente era exclusivamente o tratamento. Além disso, esse esclarecimento não era destinado à população em geral, mas apenas aos homens livres. Aos escravos no período clássico era dado um tratamento totalmente diverso, sem qualquer diálogo, sob um viés, de certo modo, tirânico¹⁶⁹. O que se percebe nos dois períodos, a bem da verdade, é a preponderância do médico no controle do irrestrito conhecimento, e, em contrapartida, uma exclusão do paciente.

Com as revoluções democráticas, essa situação não mudou. O paciente continuou a ser visto como um ser sem competência física e também moral, devendo ser conduzido nesses campos pelo seu médico. Assim, no final do século XIX e início do século XX, o médico passou a ser um profissional cujo título garantia a onisciência, pois, além de médico da família, era amigo e conselheiro em quem as decisões eram confiadas. Com efeito, a relação passou a ser fundada na característica paternalista e absolutista. Os moldes dessa relação faziam com que não houvesse dúvidas sobre a qualidade dos seus serviços. A base da relação, portanto, se pautava na confiança irrestrita entre o profissional e o paciente, sem qualquer dubiedade sobre a qualidade do serviço prestado ou necessidade de escolha e apreensão valorativa por parte do paciente¹⁷⁰.

As ideias iluministas no século XVIII, a emancipação da pessoa e o desenvolvimento dos primeiros direitos humanos fizeram com que os pilares até outrora conhecidos da relação, passassem a ser questionados. Com o tempo, em especial a massificação das relações sociais, o vínculo ganhou novos rumos. A necessidade por serviços cada vez mais especializados, de maneira geral, distanciou os polos desse vínculo, que passou

¹⁶⁸ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 54.

¹⁶⁹ “*O ateniense*: Estás também ciente de que como as pessoas enfermas nas cidades são constituídas tanto por escravos quanto por cidadãos livres, os escravos são geralmente tratados pelos escravos, em suas rondas pela cidade ou aguardando nos dispensários; e nenhum desses médicos dá ou recebe quaisquer explicações sobre as várias doenças dos diversos servos que tratam, limitando-se a prescrever para cada um deles o que julga certo com base na experiência, como se detivesse conhecimento exato, e com a autossuficiência de um monarca despótico; em seguida passa de um ânimo muito rapidamente para um outro servo enfermo, poupando assim seu mestre do atendimento dos doentes. Mas o médico nascido livre se ocupa principalmente em visitar e tratar das enfermidades das pessoas livres e o faz investigando-as desde o começo e conforme o curso natural; conversa com o próprio paciente e com seus amigos, podendo assim tanto obter conhecimento a partir daquele que padece da doença [e seus amigos] como transmitir a estes as devidas impressões na medida do possível. Ademais, ele não prescreve nada ao paciente enquanto não conquistar o consentimento deste, para só quando conseguiu-lo então, mantendo docilidade do paciente por meio da persuasão, realmente tentar completar a tarefa de devolver-lhe a saúde.” (PLATÃO. **As leis, incluindo Epinomis**. Tradução e notas de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2010, p. 194-195).

¹⁷⁰ BERGESTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24 e ss.

a ser considerado entre usuário e prestador de serviços. A óptica desse relacionamento passou a ser de uma sociedade de consumo, consciente cada vez mais de seus direitos, e exigente quanto aos resultados. Além disso, no final do século XIX e início do século XX, a revolução terapêutica¹⁷¹, somada ao progresso tecnológico e à democratização da educação, resultaram no enfraquecimento gradativo dessa visão paternalista, consagrando o direito à informação do paciente. Se antes ao médico era destinado o campo das decisões, passou a ser do paciente essa tomada de decisão.¹⁷²

Gilberto Bergestein, contudo, acentua pode-se dizer que o fator histórico determinante na mudança de paradigma na relação médico-paciente foi o trauma dos experimentos com seres humanos no regime nazista¹⁷³. Naquele contexto, os prisioneiros eram submetidos a experimentos degradantes, com o consentimento de médicos inescrupulosos, fato este que resultou no sentimento pós-guerra de aversão a toda e qualquer intervenção médica sem o consentimento do paciente:

No pós-guerra, o sentimento comum era de aversão a toda e qualquer intervenção médica realizada sem o consentimento do paciente, sentimento esse que acabou sendo firmemente incorporado no Código de Nuremberg, de 1947 — que é, desse modo, o primeiro texto que explicita de modo claro o consentimento como exigência. Na verdade, o Código de Nuremberg acabou firmando-se como primeira tentativa de sistematização dos direitos do paciente. Consiste ele de um conjunto de dez súmulas que visavam regulamentar os experimentos científicos envolvendo seres humanos, sendo essas súmulas, portanto, um produto dos debates gerados em torno dos julgamentos dos crimes de guerra submetidos ao Tribunal Internacional de Nuremberg. Muito embora o texto em comentário estivesse restrito à questão do consentimento para a investigação clínica, foi ele o grande desencadeador do debate havido no pós-guerra sobre o consentimento para cuidados médicos em geral. Nesse sentido, o Código de Nuremberg é considerado a semente do que consiste, hoje, na questão nuclear do direito médico moderno: o direito à autodeterminação do paciente.¹⁷⁴

¹⁷¹ Deu-se com a implementação de políticas públicas sanitárias e descoberta de medicamentos fundamentais (ex.: penicilina) (BERGESTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26).

¹⁷² *Ibid.*, p. 24 e ss.

¹⁷³ “*The experience of Nazi Germany illustrates the danger of the wedge problem. There euthanasia was expanded from the "voluntary" variety to the elimination of mentally ill and defective and then used as a rationale for genocide.*” *Indeed, the Nazi authorities had even contemplated the elimination of all cardiac cases. To cite the Nazi example is more than a mere paralogism, for implicit in the rationale behind the advocates of euthanasia is a subordination of the value of human life. Man is not considered an end of himself, but as subordinate to the advancement of other social purposes. When this philosophy becomes predominant, the nature of the social order is subordinate to radical change.*” (KUTNER, Luis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. **Indiana Law Journal**, Indianapolis, IN, v. 44, n. 4, p. 539-554, 1969. p. 546. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>. Acesso em: 19 dez. 2018).

¹⁷⁴ BERGESTEIN, *op. cit.*, p. 24 e ss.

De tudo o que se expôs, e com enfoque na autonomia da vontade do paciente, quatro modelos de relação se caracterizaram. O primeiro é o do Modelo Paternalista, no qual o médico, se utilizando de suas habilidades, determina a condição médica do paciente, o estágio de sua doença e identifica os testes e tratamentos para a sua saúde ou para melhorar de sua dor. O médico apresenta ao paciente as informações selecionadas, e escolhe o tratamento que achar adequado. Em uma situação extrema, o médico apenas informa o paciente quando a intervenção será iniciada. Esse modelo, portanto, assume haverá critérios objetivos que são capazes de determinar o que é melhor, por isso, somente o médico pode discernir o que é melhor para o paciente¹⁷⁵. No modelo paternalista, portanto, o médico atua como um guardião do paciente, articulando o que é melhor para ele. Foi o modelo que imperou, por muito tempo, nas relações médico-paciente no Brasil.

O segundo, Modelo Informativo, tem como o objetivo a interação médico-paciente. O primeiro fornece todas as informações relevantes, para que o segundo selecione as intervenções médicas que quer. Para tanto, o médico informa o estágio da doença, a natureza do possível diagnóstico, a intervenção terapêutica, bem como os riscos e benefícios, além das eventuais incertezas. Em situações extremas, o paciente poderá saber todas as informações relevantes, e poderá selecionar a intervenção por seus valores¹⁷⁶. Já o terceiro é o Modelo Interpretativo que pressupõe uma distinção clara entre fatos e valores.

O paciente possui valores definidos, mas não tem conhecimento dos fatos de sua situação. Por isso, é obrigação do médico fornecer todos os fatos disponíveis. A partir daí os valores do paciente determinará quais os tratamentos devem ser dados. Não há espaço para os valores do médico, ele proverá a expertise técnica, fornecendo ao paciente todos os meios para que ele possa exercer o controle. O médico tem a obrigação de prover uma verdadeira informação, deter competência na área de sua especialidade e consultar outros médicos quando seu conhecimento for limitado sobre a doença. A concepção da autonomia do paciente é o controle do paciente sobre a decisão médica.¹⁷⁷

O quarto e último é o Modelo Deliberativo, no qual o objeto da interação é ajudar o paciente a determinar e escolher quais os melhores valores relacionados à saúde no contexto de sua situação clínica. Para este fim, o médico deverá descrever as informações sobre a situação clínica do paciente e ajudar a elucidar os tipos de tratamentos, eliminando certos

¹⁷⁵ EMANUEL, Ezekiel J.; EMANUEL, Linda L. Four models of the physician-patient relationship. **JAMA.**, Chicago, v. 267, n. 16, p. 2221-2226, Apr. 1992. DOI: <http://dx.doi.org/10.1001/jama.1992.03480160079038>. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/396718>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁷⁶ EMANUEL; EMANUEL, *loc. cit.*

¹⁷⁷ EMANUEL; EMANUEL, *loc. cit.*

valores incorporados nas opções disponíveis, ao demonstrar por que certos assuntos valem a pena e devem ser aspirados. Em situações extremas, médico e paciente deverão deliberar sobre qual tipo de valores inserem sobre os cuidados médicos, e quais serão afetados pela doença do paciente e pelos tratamentos, pois certos assuntos morais não estão relacionados com a doença do paciente e tratamento, e estão além do escopo de sua relação profissional¹⁷⁸.

Observa-se de todos os modelos é que estes estão centrados na autonomia do paciente. E, justamente, a sua diferença reside no fato de como se dá a concepção dessa autonomia. Nenhum modelo deve ser endossado isoladamente por promover a autonomia do paciente, mas eles devem ser comparados e avaliados com suporte no modo como eles veem a autonomia do paciente na relação ao médico. O Modelo Instrumental, que não leva em consideração essa autonomia e os valores do paciente, pelo “bem” do conhecimento científico (como exemplo, os experimentos horríveis e desumanos dos nazistas na Segunda Guerra Mundial), possuem uma moralidade condenável e se travestem de verdadeiras aberrações que não devem ser consideradas¹⁷⁹.

Observa-se da evolução da relação é, portanto, que ela passou por várias etapas. De início, a relação estava ligada a magia e religião, e tinha contornos absolutistas (tradicionalmente o curandeiro detinha o conhecimento, não era preciso decisão valorativa, pois o seu julgamento de que tratamento usar era a suficiente). Posteriormente, direcionou-se para um lado mais científico (ainda que com traços mais elucidativos ao paciente, a decisão ainda era centrada no profissional médico). Empós, o profissional passou a ser conhecido como médico da família, e ser a figura mais importante da relação (a total confiança depositada ao médico fazia com que juízos de valores do paciente fossem relevados). Na contemporaneidade, ela auferiu contornos de uma relação de consumo, e, com os horrores da Segunda Guerra, ela saiu do âmbito de onipresença do médico. As decisões passaram a ser exclusivas do paciente, que detém um consentimento livre e informado. A informação e o consentimento transformaram-se em requisito essencial na relação.

Nesse contexto, Robert M. Veatch, em sua obra *The Patient-Physician Relation: The Patient as Partner, Part. 2*, conclui que a relação médico-paciente é um modelo contratual entre o médico e o paciente, e que este é a nova base da ética médica. A relação reconhece as diferenças de conhecimento e capacidade entre um doente e um médico, mas exige respeito nas partes. O modelo concede uma decisão compartilhada entre as partes: aos médicos o controle nas decisões técnicas e aos pacientes o controle sobre os aspectos que

¹⁷⁸ EMANUEL; EMANUEL, 1992.

¹⁷⁹ EMANUEL; EMANUEL, *loc. cit.*

envolvam valores pessoais. A relação seria baseada na confiança e confidencialidade. Por exemplo, se um paciente que sofre de insuficiência renal é confrontado com as opções de diálise renal ou cirurgia de transplante renal, é responsabilidade do médico apresentar os riscos e benefícios das duas opções, além de explicar as informações médicas relevantes. Ao paciente cabe decidir que o grau de risco está disposto a seguir¹⁸⁰.

Com esses contornos contemporâneos, pode-se dizer que, no Brasil, a relação médico-paciente é uma relação regida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), sob a perspectiva do paciente-consumidor a ser informado¹⁸¹. Essa informação deve ser dada de modo transparente, para que consentimento, autorização e anuência do paciente-consumidor reflitam em sua autonomia, estando a fundamentação desta última dentro do direito fundamental à liberdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição. Além disso, tendo em vista que essa autonomia em decidir pelos rumos terapêuticos de seu tratamento poderá passar por uma reflexão moral, religiosa e de vivência do paciente, destaque-se na relação o direito do paciente à intimidade¹⁸².

A autonomia da vontade, como já delineado neste trabalho, deriva do princípio da liberdade consagrado pelo *caput* do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. No campo do direito à saúde e da Bioética, como explicam Débora Gozzo e Wilson Ligeira¹⁸³, ela se manifesta precisamente pela autodeterminação do paciente, que, como sujeito de direitos e obrigações, detém a faculdade de suas decisões e de exercer sua liberdade de escolha, nas questões que envolvem seu corpo e vida. Os profissionais da saúde possuem informações técnicas que não são de conhecimentos das pessoas em geral, portanto, na relação há uma desigualdade presumida no que diz respeito ao tratamento médico. Sendo assim, o equilíbrio da relação somente pode ser alcançado por meio do consentimento informado:

¹⁸⁰ MORENO, Jonathan D. Consensus, role and authority of. In: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 1, p. 521-522.

¹⁸¹ O Direito à informação é previsto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) no art. 4º, inciso IV, ao destacar que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos, dentre outros princípios, o da "educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo". Do mesmo modo, esse direito é previsto no Art. 6º, inciso III, da mesma lei que coloca dentre o rol dos direitos básicos do consumidor "[...] a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 20 dez. 2018).

¹⁸² GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 95.

Disso decorre que, qualquer que seja a natureza da relação no caso concreto, sempre haverá a necessidade de se atuar de acordo com a vontade do paciente. Outrossim, mesmo em casos de atendimento em hospitais públicos, ou quando o profissional não é livremente escolhido pelo enfermo, estará presente a necessidade de se obter o consentimento informado, visto que este se assenta na proteção dos direitos à integridade física e psíquica do indivíduo e tem proteção constitucional, como direito fundamental do ser humano (CF, art. 5º, *caput*: direito à liberdade). Portanto, ainda que possa variar a estrutura jurídica em que se executa o ato médico, essa diversidade não terá qualquer influência sobre a necessidade de obtenção do consentimento informado, que sempre estará presente.¹⁸⁴

Assim, é perceptível que o consentimento informado se tornou uma regra tão basilar na relação médico-paciente que é condição para o tratamento e dever lateral do atendimento. Não há como falar nesse relacionamento sem o seu atrelamento à autonomia da vontade do paciente; sobretudo, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que se configura como expressão do princípio da liberdade, um dos mais importantes direitos da personalidade com assento constitucional, oriundo da própria dignidade humana, fundamento da República.

Sobre o assunto, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Quarta Turma, proferiu decisão¹⁸⁵ que explicita o entendimento da Jurisprudência Nacional¹⁸⁶. A Turma entendeu que o dever de informação é obrigação que o médico tem de esclarecer o paciente acerca dos riscos do tratamento, vantagens e desvantagens, as técnicas possíveis de aplicação na terapêutica, bem como a revelação sobre prognósticos, quadros

¹⁸⁴ “*Informed consent is not an ancient concept with a rich medical tradition. The term informed consent first appeared in 1957, and serious discussion of the concept began only around 1972. As the idea of informed consent evolved, discussion of appropriate guidelines moved increasingly from a narrow focus on the physician’s or researcher’s obligation to disclose information to the quality of a patient’s or subject’s understanding of information and right to authorize or refuse a biomedical intervention.*” (BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. Informed consent. In: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 3, p. 1271).

¹⁸⁵ STJ, REsp 1.540.580/DF (2015/015174-9), Relator: Min. Lázaro Guimarães, Relator p/Acórdão: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

¹⁸⁶ “1.1. Falta de prova de a médica/apelante haver informado à paciente os riscos da operação. Inexistência de consentimento informado, impossibilitando à enferma, ciente dos riscos e através da autonomia da vontade, optar por realizar ou não a intervenção cirúrgica. Ausente alerta quanto à possibilidade de retirada de ovário ou qualquer outro órgão através do procedimento Laparotomia Exploradora. Responsabilidade civil do médico reconhecida. 1.2. Dano moral ocorrente por presunção, *in re ipsa*. Retirada do ovário esquerdo da autora. Violação ao dever de consentimento informado”. (TJPA, ApCp. 2017.02776553-33, 177.621, Rel. Des. Leonardo de Noronha Tavares, 1ª Turma de Direito Privado, j. 26/06/2017). “A responsabilidade do médico decorre da falta de cientificação adequada ao paciente, caracterizando a culpa no aspecto negligência” (TJSP, ApCv 136.164.4/0-00, Rel. Des. Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 28/08/2003). “Aliás, atualmente, encontra-se em voga a discussão sobre a inobservância do dever de informação como modalidade de responsabilização médica. Modernamente, além dos deveres de cuidado e sigilo, vem se exigindo da classe médica que oriente e informe objetivamente os pacientes a respeito de toda a terapêutica ou cirurgia indicada, bem como sobre os riscos e prováveis resultados. Ainda, o médico também precisa obter indispensavelmente o consentimento do próprio paciente ou de seu responsável na hipótese de procedimento arriscado” (TJRS, ApCp 70009997982, rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira, 9ª Câmara Cível, j. em 30-5-2005).

clínicos e cirúrgicos. Caso a informação afete psicologicamente o paciente, ela deve ser dada ao seu representante legal. Somente haverá efetivo cumprimento desse dever, caso a informação seja relacionada especificamente ao caso do paciente.

Entendeu a Turma que o consentimento do paciente na validação dessa informação não pode ser genérico (*blanket consent*), devendo necessariamente ser individualizado (o princípio da autonomia da vontade, com assentamento constitucional e internacional, é fonte do dever de informação e do direito ao consentimento livre e informado do paciente, preconiza a valorização do sujeito, enfatizando a sua capacidade de se governar). Por ser a relação médico-paciente uma prestação de serviços especial, que engloba deveres de suma importância, o dever de informar é conduta decorrente da boa-fé objetiva, cuja inobservância caracteriza o inadimplemento contratual e a responsabilidade civil.

Percebe-se, por sua vez, que o Poder Judiciário brasileiro passou a aplicar a doutrina em curso sobre o assunto. A jurisprudência pátria atual denota uma tendência do reconhecimento de responsabilização civil do médico, em razão da ausência ou deficiência de informação prestada pelo paciente e/ou a falta de obtenção de seu consentimento, ainda que o profissional não tenha cometido falhas técnicas nos procedimentos utilizados. Embora não haja uma estrita normatização sobre o assunto, aufere-se é que tanto a doutrina como a jurisprudência proferem seus julgados levando em conta o respeito ao direito do paciente de ser claramente informado sobre a sua doença e todas as possibilidades de tratamento, sendo o seu consentimento imprescindível para a sua validação¹⁸⁷.

3.2.2 Reflexos bioéticos da autonomia da vontade na obstinação terapêutica: as medidas paliativas na manutenção da vida

Conclui-se de tudo o que foi exposto que os avanços biotecnológicos representam nada mais do que a obstinação humana pelo prolongamento da vida. O receio da morte e do desconhecimento das doenças fez com que os seres humanos não meçam esforços na busca da ampliação de seus conhecimentos acerca das enfermidades e de todas as possibilidades terapêuticas de cura. Não há dúvidas de que essas evoluções representaram significativas mudanças positivas para a raça humana. Por envolver questões éticas sensíveis sobre temas da vida, entretanto, ocasionando reflexões em ultrapasse à área médica, o avanço tecnológico

¹⁸⁷ GOZZO; LIGIERA, 2012, p. 99.

também representou a necessidade da criação de uma disciplina que pudesse abarcar todos os questionamentos sensíveis de suas repercussões, emoldurando os limites desses avanços.

Apesar de o conhecimento médico se haver ampliado consideravelmente, ainda há enfermidades que não possuem propedêuticas ou tratamento de cura. O envelhecimento populacional e o aumento de doenças crônicas não transmissíveis fazem com que as Ciências Médicas deparem, inevitavelmente, o processo de morte dos pacientes¹⁸⁸. Alguns pacientes admitidos a unidades de terapia intensiva, por exemplo, enfrentam condições de doenças terminais que levam à morte. Esses pacientes requestam uma monitoração diária, pois as introduções de medicamentos podem ou não ser benéficas para eles¹⁸⁹. Percebe, portanto, é que, para parte dos doentes, a perspectiva de cura já não é viável, mas a qualidade de seus últimos dias sim.

O fim da vida tornou-se um polo de convergências e desafios éticos em todos os locais do mundo contemporâneo. O ponto reflexivo que o avanço da tecnologia médica proporciona é a perpetuação de uma vida sem possibilidade de cura, como nos casos dos pacientes submetidos a procedimentos invasivos de alta tecnologia, que, por vezes, não são necessários (nesse quadro, estão, principalmente, os idosos com doenças oncológicas, quadros demenciais e sequelas neurológicas de natureza grave). Nessas situações, o sofrimento da pessoa mantida no leito, por meio do controle artificial da respiração, com escaras pelo corpo, dores intensas, com prejuízos para a qualidade de vida do doente e de seus familiares, não é considerado¹⁹⁰.

Isso ocorre porque a modalidade do tratamento dá-se pela ética da cura, em detrimento da ética de atenção à pessoa, está na base é o cuidado e na dignidade humana. Assim, os cuidados paliativos detêm como preceitos éticos a compreensão da morte como processo natural, de respeito à vida e à dignidade humana, princípios essenciais para atuação dos profissionais da saúde¹⁹¹. De acordo com a Organização Mundial da Saúde¹⁹², os cuidados

¹⁸⁸ COMBINATO, Denise Stefanoni; MARTIN, Sueli Terezinha Ferrero. Necessidades da vida na morte. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 21, n. 63, p. 869-880, dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1807-57622016.0649>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/icse/v21n63/1807-5762-icse-1807-576220160649.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁸⁹ COELHO, Cristina Bueno Terzi; YANKASKAS, James R. Novos conceitos em cuidados paliativos na unidade de terapia intensiva. **Rev. bras. ter. intensiva**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 222-230, jun. 2017. p. 222. DOI: <http://dx.doi.org/10.5935/0103-507x.20170031>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbti/v29n2/0103-507X-rbti-29-02-0222.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁹⁰ SILVA, Lízia Fabíola Almeida; LIMA, Maria da Glória; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Conflitos bioéticos: atendimento fisioterapêutico domiciliar a pacientes em condição de terminalidade. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 148-157, Apr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251176>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n1/1983-8042-bioet-25-01-0148.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁹¹ SILVA; LIMA; SEIDL, *loc. cit.*

paliativos são uma abordagem que melhoram a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias ante o problema associado à doença com risco de vida. Esses cuidados previnem ou aliviam a dor, bem como os problemas psicossociais e espirituais.

Em síntese, conforme destaca a OMS, os cuidados paliativos: proporcionam alívio da dor e outros sintomas angustiantes; afirmam a vida e a morte como um processo natural; não pretendem apressar ou adiar a morte; integram os aspectos psicológicos e espirituais do atendimento ao paciente; oferecem um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viverem o mais ativamente possível até a morte; oferecem um sistema de apoio para ajudar a família a lidar com a doença do paciente e em seu próprio luto; usam uma abordagem de equipe para atender às famílias, incluindo o aconselhamento de luto, se indicado; melhoram a qualidade de vida, e também podem influenciar positivamente o curso da doença.

O conceito de Kant, no qual os seres humanos devem ser vistos como um fim em si mesmo, deve ser visto também sob a perspectiva de não se ser tratado como objeto pelos iguais e de se ter a integridade de autonomia e dignidade respeitados por todos. Logo, esses fatores dependem constitutivamente do reconhecimento intersubjetivo, ou seja, do reconhecimento e aprovação de outras pessoas. A integridade do sujeito, uma vez que pode ser maculada por ofensa e desprezo, dependerá da aprovação e apreciação de outra pessoa¹⁹³.

Assim, o modo como as pessoas se compreendem está ligado às modalidades como são tratados em sociedade, daí por que, nas relações sociais cotidianas, estão expectativas de se relacionarem positivamente com os outros (autoconfiança, autorrespeito e autoestima). Entender a dignidade dessa modo leva a se compreender que todos são pessoas, unidas umas às outras com elos constitutivos. Quando se reconhece o outro como similar, não se fica indiferente ao sofrimento de outro ser humano¹⁹⁴, e é nessa perspectiva que se desenvolveram as medidas paliativas.

Essas medidas de cuidado no alento da dor e da terminalidade da vida são aplicáveis desde o início do curso da doença, em conjunto com outras terapias que se destinam a prolongar a vida, como quimioterapia ou radioterapia, e incluem as investigações necessárias para melhor entender e gerenciar complicações clínicas angustiantes. A origem

¹⁹² WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Definition of Palliative Care**. Geneva: WHO, [201-]. Disponível em: <https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em: 26 dez. 2018.

¹⁹³ HONNETH, Axel. Integridad y desprecio: motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento. **ISEGORÍA**, n. 5, p. 78-92, 1992. Disponível em: isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/339/340. Acesso em: 22 dez. 2018.

¹⁹⁴ FASCIOLI, Ana. Los cuidados paliativos al final de la vida: expresión del reconocimiento del otro. **Enfermería**, Montevideo, v. 5, n. 2, p. 46-53, dic. 2016. p. 48-49. DOI: <http://dx.doi.org/10.22235/ech.v5i2.1288>. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/ech/v5n2/v5n2a07.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2018.

dos cuidados paliativos não é novidade. Nem sempre, como bem se sabe, a humanidade deteve todas as respostas terapêuticas ou curas das enfermidades.

Sendo assim, havia na Era Medieval os chamados “Hospices”, albergues para peregrinos, que serviam como um ponto de descanso para aqueles que estavam exaustos de longas viagens, assim como para cuidados de pessoas pobres ou doentes¹⁹⁵.

Esses cuidados eram ligados à religião, tinham a premissa do Evangelho, ao ressaltar que os pobres e doentes deveriam ser tratados como “o próprio Senhor”. Esses cuidados foram sistematizados e organizados por São Vicente de Paulo (1581-1660), que fundou a Ordem das Irmãs da Caridade ou das Misericórdias, com Louise de Marillac, em Paris no final do século XVI. Com suporte no seu entendimento cristão, Vicente de Paulo, junto com suas *Filles de la Charité*, cuidou para que condições dignas para a vida e para a morte fossem aplicadas para os necessitados. Nos *Hôtels de Dieu* ou “Albergues de Deus”, os mais pobres eram recebidos e cuidados¹⁹⁶.

Várias outros “Hospices” foram surgindo na Europa, onde as pessoas poderiam encontrar um local para receber os melhores cuidados¹⁹⁷. Foi, porém, na Inglaterra, somente em 1967, com o primeiro hospital moderno inaugurado: o St. Christopher’s, ainda hoje conhecido como “a mãe de todos os hospícios”, que a ideia se espalhou rapidamente para outros países, começando nos EUA em 1974, com a fundação da Equipe de Apoio do Hospital St. Louis, em Nova York. Outras fundações seguiram na Austrália, Nova Zelândia, Escandinávia, Suíça, França, Japão, Polônia e Rússia. Na maioria desses países, cadeiras para Medicina paliativa foram montadas e uma especialização em Medicina paliativa foi reconhecida¹⁹⁸.

¹⁹⁵ KRÄNZLE, Susanne. Historische Entwicklung. In: KRÄNZLE, Susanne; SCHMID, Ulrike; SEEGER, Christa (ed.). **Palliative Care**: Handbuch für Pflege und Begleitung. 2. Aufl. Heidelberg: Springer Medizin Verlag, 2007, p. 2.

¹⁹⁶ KRÄNZLE, *loc. cit.*

¹⁹⁷ Mary Akinhead fez de sua casa em Dublin o primeiro hospício “moderno”. Ela foi a fundadora da Ordem das Irmãs Irlandesas da Caridade. Uma das tarefas dessa ordem de caridade social era o cuidado dos moribundos. A casa deveria ser um lugar onde as pessoas pudessem encontrar o que precisavam para a seção final de sua peregrinação de suas vidas. Em 1905, algumas de suas irmãs abriram uma casa semelhante em Londres, *St. Joseph’s Hospice*. Na mesma época, mais dois hospícios foram abertos por membros de outras ordens religiosas. Embora o surgimento desses hospícios precoces tenha se espalhado gradualmente por toda a Europa, a necessidade de tais instalações especiais também foi reconhecida na América. A dominicana Rose Hawthorne e suas co-irmãs dedicaram-se ao cuidado de pessoas com doenças terminais. Seu primeiro de um total de sete hospices abriu em Nova York em 1899. Um grupo de assistentes sociais de Nova York fundou a *Cancer Care Inc.* na década de 1950 para ajudar as pessoas a morrerem em casa. Quase paralelamente a isso, estava a fundação da Fundação Marie Curie, que tratava das consequências das doenças malignas (KRÄNZLE, Susanne. Historische Entwicklung. In: KRÄNZLE, Susanne; SCHMID, Ulrike; SEEGER, Christa (ed.). **Palliative Care**: Handbuch für Pflege und Begleitung. 2. Aufl. Heidelberg: Springer Medizin Verlag, 2007, p. 2).

¹⁹⁸ KRÄNZLE, *loc. cit.*

Os *Hospices* são, a bem da verdade, uma filosofia de cuidado, sob a perspectiva de aceitação da morte como a fase final da vida. Seu objetivo é permitir que os pacientes continuem uma vida sem dor e com os sintomas de sua doença controlados, para que possa passar seus últimos dias com dignidade e qualidade, envolto com seus membros familiares e entes queridos. O *Hospice*, por meio dos cuidados paliativos, afirma a vida e não apressa ou adia a morte. Trata a pessoa em vez da doença, centrando-se na qualidade e não no tempo de vida, e também proporcionam cuidados centrados na família, envolvendo-a junto ao paciente nas tomadas de decisões.¹⁹⁹

Notório é o fato de que os cuidados paliativos se traduzem em benefícios para os doentes e suas famílias, pois facilitam a gestão de sinais e sintomas, regime terapêutico, apoio espiritual, além de confortarem os familiares e diminuïrem sua sobrecarga. Esses cuidados permitem a diminuição da internação hospitalar, reinternamentos, futilidades terapêuticas, custos com serviços de urgência e cuidados intensivos²⁰⁰. Conforme ressaltado pela Organização Mundial de Saúde²⁰¹, os cuidados configuram-se como um direito humano, pois, ainda que não estejam expressamente elencados, eles estariam contemplados no direito à saúde, que inclui uma série de obrigações fundamentais²⁰² das ações signatárias do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (1966).

Não há dúvidas de que os pacientes que detêm uma doença limitadora da vida possuem o direito ao acesso a cuidados médicos apropriados, medicamentos básicos para o controle dos sintomas e cuidados terminais, bem como a inclusão desses nas políticas nacionais de saúde. Os cuidados paliativos são um componente essencial à saúde. A avaliação da necessidade de cuidados paliativos é uma questão humanitária e urgente, para diminuir o sofrimento do enfermo e sua família; contudo, ainda que se configure como direito essencial, sua implementação ainda não ocorre em grande escala no mundo.

De acordo com a OMS, estima-se que 20 milhões de pessoas necessitam de cuidados paliativos. Desses, 69% são compostos por adultos de mais de 60 anos e apenas 6%

¹⁹⁹ SAUNDERS, Dame Cicely. What is hospice care? **American Cancer Society**, Atlanta, GA, 28 Apr. 2016. Disponível em: <https://www.cancer.org/treatment/finding-and-paying-for-treatment/choosing-your-treatment-team/hospice-care/what-is-hospice-care.html>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁰⁰ ABREU, Wilson Correia de. Cuidados paliativos para utentes com demência avançada: reflexões sobre a sua implementação. **Revista Portuguesa de Enfermagem de Saúde Mental**, Porto, n. 16, p. 6-10, dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.19131/rpesm.0151>. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/rpesm/n16/n16a01.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁰¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, [201-], *online*.

²⁰² Dentre essas obrigações, estão o acesso a instalações, bens e serviços de saúde de forma não discriminatória; o fornecimento de medicamentos essenciais, conforme definido pela OMS; e a adoção e implementação de uma estratégia de saúde pública. (WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Definition of Palliative Care**. Geneva: WHO, [201-]. Disponível em: <https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em: 26 dez. 2018).

são crianças. A proporção mais alta (78%) de adultos que necessitam de cuidados paliativos no final da vida vive em países de baixa e média renda, mas as taxas mais altas são encontradas nos grupos de renda mais elevada. Aqueles que morrem de doenças não transmissíveis representam cerca de 90% do quantitativo. No Brasil, embora os cuidados paliativos tenham avançado, a realidade ainda é aquém das perspectivas mundiais, e não se demonstram suficientes. Isto porque, menos de 10% dos hospitais brasileiros têm equipe de cuidados paliativos.

Além disso, nos índices sobre cuidados paliativos, o Brasil é um dos últimos países da América. Em 2015, a Revista *The Economist* emitiu o “*The 2015 Quality of Death Index: Ranking Palliative Care Across The World*”, ranque com a avaliação da disponibilidade, acessibilidade e qualidade dos cuidados paliativos disponíveis para adultos em 80 países. O ranque avaliou os países, em cinco categorias, entre elas, o ambiente paliativo e de cuidados de saúde (abrangendo o quadro paliativo geral e de cuidados de saúde). Avaliou também os recursos humanos, em que mediu a disponibilidade e o treinamento de profissionais de assistência médica e equipe de apoio; acessibilidade dos cuidados, em que foram avaliados a disponibilidade de financiamento público e o encargo financeiro para os pacientes; qualidade de assistência, em que se avaliou as diretrizes de monitoramento, disponibilidade de opioides e o quanto os profissionais de saúde e pacientes são parceiros no cuidado; e, por último, o envolvimento da comunidade, em que foram mensurados a disponibilidade de voluntários e a conscientização pública sobre cuidados paliativos.

Comprova-se é que os cuidados paliativos são uma realidade na humanidade, que tende a aumentar cada vez mais. Esse cuidados se configuram como um direito da pessoa humana. Ainda que seu aumento seja gradual, ele já é uma realidade brasileira. A literatura pesquisada, todavia, ressalta a dificuldade dos profissionais de variadas áreas da saúde de cuidar e promover a dignidade de pacientes sem possibilidade de cura e em terminalidade da vida²⁰³. Isto porque, ainda hoje, a regra é a ideia de que a morte é um mal a ser impedido a todo custo, daí por que, a intensidade nas pesquisas de prolongamento da vida e o uso excessivo (e, por vezes, agressivo) de terapias artificiais de manutenção da vida (suportes vitais em geral, como tubos de alimentação ou máquinas de respiração)²⁰⁴.

À medida que as tecnologias e conhecimento evoluíram, se tornou usual impedir que um paciente com risco iminente de vida ficasse sem a aplicação de recursos artificiais para evitar o momento da morte. À medida, porém, que essas situações aconteceram,

²⁰³ SILVA; LIMA; SEIDL, 2017, p. 148-157.

²⁰⁴ JONSEN, Albert R. **The birth of bioethics**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 234.

discussões acadêmicas, sociais e jurídicas se desenvolveram com relação à essas obstinações terapêuticas dos profissionais médicos e seus limites. Assim, novas práticas baseadas na autonomia buscaram aumentar a autodeterminação dos enfermos, no intuito de protegê-los dos abusos excessivos do zelo médico, que eram programados desde a sua formação a postergarem o momento do óbito de seus pacientes²⁰⁵.

Para isso, várias práticas se desenvolveram, como: a implementação formal do planejamento de cuidados antecipados (execução de diretivas antecipadas); discussão explícita quanto a tomada de decisão sobre ressuscitações; discussão ampla do diagnóstico e prognóstico, bem como quanto a tomada de decisão sobre a retirada ou não das intervenções para cura do paciente; e, por fim, a transição do paciente para cuidados paliativos. Todas essas práticas exigem um compromisso de abertura e divulgação completa de informações sobre a morte e discussões detalhadas sobre como se deseja morrer, por parte dos profissionais. Além disso, precisa que se entenda e assuma que o paciente está em pleno controle de seu destino²⁰⁶.

3.3 Interrupção terapêutica, métodos paliativos e a autonomia da vontade: surgimento dos documentos de diretivas antecipadas

Como dito, a possibilidade do prolongamento da vida humana, por meio de avanços científicos e tecnológicos, resulta por impor, muitas vezes, que os enfermos sejam direcionados a tratamentos desgastantes e penosos, sem qualquer perspectiva de cura da sua enfermidade. Isso decorre, principalmente, da dificuldade que tanto o profissional da área da saúde como familiares possuem em aceitar o processo natural do ciclo da vida: a morte. Em muitas situações, o processo de falecimento se torna lento e sofrido. Em outras condições (em casos, por exemplo, de morte cerebral), o suporte da manutenção da vida por meios artificiais interrompe o processo natural da morte (máquinas mantêm a respiração e os batimentos cardíacos; tubos alimentares dão comida e água; cateteres eliminam resíduos do corpo)²⁰⁷. Essas circunstâncias ensejam reflexões do limiar dessas intervenções clínicas e da própria autonomia da vontade do paciente.

²⁰⁵ KOENIG, Barbara A.; MARSHALL, Patricia A. Death. In: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 2, p. 550.

²⁰⁶ KOENIG; MARSHALL, *loc. cit.*

²⁰⁷ MOONEY, 2009, p. 40.

Nesse escopo, pode-se dizer que o Consentimento Informado, originário da autonomia da vontade do paciente, representa dois direitos fundamentais das pessoas: um diz respeito à saúde e o outro à autodeterminação. A intervenção sobre o paciente, portanto, somente pode ser realizada se houver o consentimento do último. Logo, o consentimento não atua como um fator de discriminação de uma conduta tipificada, mas sim no pressuposto de que não há legalidade do tratamento médico que pode acontecer contra a vontade da pessoa que está sofrendo. O consentimento deve ser proferido pela pessoa legitimada, ou seja, o próprio paciente, ou por seu representante legal, e deve ocorrer no momento da intervenção, com a possibilidade de ser revogado até o tratamento ser concretamente iniciado²⁰⁸.

O consentimento não está adstrito a capacidade de proferi-lo; contudo, há situações em que a pessoa fica impossibilitada de fazê-lo (inconsciência em razão da enfermidade, por exemplo). Sendo assim, a necessidade de se ter certeza da escolha do paciente (em respeito a sua autonomia), quanto à sua oposição à obstinação terapêutica (que pode retirar das pessoas a possibilidade de terem um processo de falecimento digno) ou da sua preferência pelas medidas e cuidados de conforto de sua dor e de seus familiares, proporcionou o surgimento dos chamados documentos de Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV)²⁰⁹, resultado da reflexão quanto ao desenvolvimento de tratamentos que visam a prolongar a vida do enfermo.

Pode-se entender que as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs), também conhecidas como *Advance directives*, são as afirmações que cada pessoa declara, de modo escrito ou oral, acerca do tratamento que prefere ou escolhe, nas situações em que elas perdem a capacidade de decisão. As diretivas possibilitam que o paciente se previna de receber tratamentos indesejados e onerosos, quando acometidos por doenças terminais, inconsciência permanente ou profunda desestabilidade mental. São apenas uma parte do processo de planejamento de cuidados antecipados, no qual cada paciente, após consulta com médicos e

²⁰⁸ CAPUTO, Alice. Il consenso informato: i mutevoli rilievi penali della sua assenza nei trattamenti medici arbitrari e della sua presenza in caso di disposizioni anticipate di trattamento. **Rev Bio y Der.**, Barcelona, n. 44, p. 89-102, 2018. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n44/1886-5887-bioetica-44-00089.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

²⁰⁹ COGO, Silvana Bastos; LUNARDI, Valéria Lerch; QUINTANA, Alberto Manuel; GIRARDON-PERLINI, Nara Marilene Oliveira; SILVEIRA, Rosemary Silva da. Desafios da implementação das diretivas antecipadas de vontade à prática hospitalar. **Rev. Bras. Enferm.**, Brasília, v. 69, n. 6, p. 1031-1038, dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7167-2016-0085>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v69n6/0034-7167-reben-69-06-1031.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2018.

seus entes queridos, e de modo ponderado e reflexivo, destaca os cuidados médicos que almeja, em caso de incapacidade futura²¹⁰.

A modalidade original das diretivas antecipadas de vontade ocorreu pelo chamado *Living Will* (testamento vital). A expressão foi proposta pelo advogado de direitos humanos no Estado de Illinois, nos Estados Unidos, Luis Kutner. Em 1969, ocorreu por meio de um artigo intitulado “*Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*”, no qual destacou que, em regra, a lei prevê que o paciente não pode ser submetido a tratamento sem o seu consentimento. Há, no entanto, situações em que o paciente está inconsciente ou não está em posição para dar o seu consentimento. Nesses casos, a lei assume que o consentimento que seria dado pelo paciente seria para a realização de todos os tratamentos necessários para salvar a vida do enfermo (como exemplo, operações e intervenções cirúrgicas intermináveis). Surge, contudo, a questão de o quão longe o médico pode ir para preservar a vida do paciente²¹¹.

Assim, como poderia o paciente reter o direito ao seu corpo e ter sua autonomia reservada? Luis Kutner sugeriu (seguindo o modelo do testamento que possui as instruções a serem seguidas em caso após a morte da pessoa) que as preferências de uma pessoa em relação ao tratamento médico a lhe ser ministrado poderiam ser registradas em caso de perda de capacidade de seu consentimento. Por meio do documento, em que sugeriu que poderia ser denominado como “*a living will*”, “*a declaration determining the termination of life*”, “*testament permitting death*”, “*declaration for bodily autonomy*”, “*declaration for ending treatment*” e “*body trust*”, o enfermo poderia discriminar, em caso de estar em estágio completamente vegetativo, sendo certo de que ele não pode recuperar suas capacidades mentais e físicas, a interrupção ou não de seu tratamento²¹².

Para o documento ser reconhecido, sugeriu que este fosse registrado em cartório, e atestado por pelo menos duas testemunhas, afirmassem ser a pessoa a confeccionar o documento detentora de sua plena faculdade mental e estar agindo em sua livre vontade. A pessoa poderia levar o documento consigo, em todos os momentos de sua vida, e alguém de sua confiança (como seu cônjuge, médico pessoal, um advogado ou amigo próximo) ter uma cópia. A Comissão ou o Conselho de Administração do Hospital avaliariam as circunstâncias em que o documento foi emitido para determinar a intenção do paciente e se a condição do

²¹⁰ FISCHER, Gary S.; TULSKY, James A.; ARNOLD, Robert M. Advance directives and advance care planning. In: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003, v. 1, p. 74.

²¹¹ KUTNER, 1969, p. 551.

²¹² KUTNER, *loc. cit.*

paciente chegou na situação em que ele discriminou que não queria mais o tratamento²¹³. Acerca das escolhas dos pacientes quanto aos tratamentos que querem que lhe sejam ministrados quando não puderem expressar a suas vontades, três casos foram paradigmáticos sobre o assunto.

O primeiro ocorreu os anos de 1970, quando uma paciente chamada Karen Ann Quinlan, de 21 anos de idade, deu entrada na emergência do Newton Memorial Hospital em Newton, New Jersey, inconsciente após ter bebido álcool sob o efeito do tranquilizante “Valium”. Por duas ocasiões, a paciente parou de respirar, o que lhe ocasionou sérios danos cerebrais, fazendo com que os médicos lhe colocassem em um respirador. Semanas depois, foi transferida para o S. Claire’s Hospital, em Denville, onde continuou sem recobrar a consciência, sendo mantida viva por meio de respiradores e tubos de alimentação. Quando seus pais se deram conta de que sua situação era irreversível, solicitaram que o hospital retirasse as máquinas de suporte vital de sua filha. O que seus pais queriam não era matar a própria filha, mas remover a tecnologia para que ela permanecesse em seu estágio natural²¹⁴.

O médico, entretanto, após consultar a administração e o jurídico do Hospital, recusou o pedido. A recusa fez com que o pai de Karen ingressasse com um pedido na Corte de Nova Jersey, solicitando ser nomeado como guardião de Karen, para que pudesse ter a autoridade de escolher em seu nome, pela retirada dos equipamentos de suporte vital. O caso gerou debates no país em apoio ou contra o pedido. A família de Karen estava convicta de que não eram os médicos ou a Corte que deveriam decidir por ela. A Suprema Corte de Nova Jersey deferiu o pedido do pai de Karen e seus aparelhos foram retirados. Karen continuou viva por anos, até vir a falecer de pneumonia em 1985²¹⁵. O Caso de Quilan impulsionou a discussão sobre o suporte artificial da vida²¹⁶.

Outro caso que contribuiu para essa discussão ocorreu em 1983. Nancy Cruzan perdeu o controle de seu carro e por colidir o veículo. Antes que os paramédicos restaurassem seus batimentos cardíacos e respiração, Nancy ficou sem oxigênio por vários minutos. Como ficou inconsciente, os médicos inseriram tubos de suporte vital com o consentimento da família. Após anos, a família enfrentou a realidade de que ela nunca mais melhoraria. Após essa aceitação, a família pediu para o hospital remover seu tubo vital, entretanto, o hospital se

²¹³ KUTNER, 1969, p. 551.

²¹⁴ JONSEN, 2003, p. 254.

²¹⁵ JONSEN, *loc. cit.*

²¹⁶ “*The New Jersey Supreme Court’s reasoning became precedent for the state of New Jersey and came into the ken of other courts that found themselves faced with similar cases. Four months after Quinlan was decided, the Massachusetts Supreme Judicial Court heard arguments in the case Superintendent of Belchertown State School v Joseph Saikewicz.*” (JONSEN, Albert R. **The birth of bioethics**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 267).

recusou, advertindo a família de que eles deveriam ingressar com uma ação para que isso fosse possível²¹⁷.

O caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, que decidiu negar os pedidos da família, mas deixou a possibilidade para um novo julgamento, caso houvesse evidências da vontade de Nancy, antes do acidente. Por meio do testemunho de três amigos, que tiveram conversas com a enferma sobre o suporte artificial da vida, a família ingressou com um novo pedido judicial, que foi acatado pela Corte de Julgamento de Missouri. Desta vez, não houve apelação e, em 1990, os tubos foram removidos. Cruzan faleceu 12 dias depois. Após o caso, o Congresso aprovou o *Patient Self Determination Act* (PSDA), com vigência a partir de 1991, no qual hospitais, instituições de longa permanência etc ficariam sob a obrigação legal de desenvolver diretrizes escritas em relação a essas situações e teriam que educar os profissionais sobre o assunto. Além disso, teriam que perguntar ao paciente que ingressa na instituição se já possui uma Diretiva Antecipada de Vontade ou informá-la de que detém a possibilidade de fazê-lo²¹⁸.

Terri Schiavo, uma jovem de 26 anos, sofreu um colapso em sua casa, tendo um ataque do coração. Os paramédicos que a atenderam realizaram os procedimentos de ressuscitação, porém, meses depois, Schiavo permanecia inconsciente. Em decorrência de sua condição, os médicos acreditavam que seu cérebro, em razão da parada cardíaca, sofreu severos danos, embora seu coração continuasse a bater e ela pudesse permanecer respirando sem a ajuda de aparelho. Terri ingressou, segundo os médicos, em estágio vegetativo permanente. Por vários anos, ela permaneceu inconsciente, sendo alimentada e seus fluidos retirados por meio artificial²¹⁹. Em 1998, seu marido, Michael Schiavo, ingressou com um pedido na Corte da Flórida, solicitando autorização para remover o tubo de suporte vital de Terri²²⁰.

De acordo com o marido, ele estaria tomando a decisão baseado no que Terri queria. Os pais de Terri, contudo, se recusaram a desistir da recuperação da filha, em razão dos sinais que eles dela presenciaram. Assim, eles ingressaram na Corte contra o pedido do genro, sob o argumento de que Terri queria viver. A batalha judicial se prolongou por sete anos, ocasionando debates e opiniões por todo o País. Em 2005, a Corte determinou que o

²¹⁷ MOONEY, 2009, p. 41.

²¹⁸ NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. *Rev. Bioét.*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 241-251, ago. 2014. p. 242. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014222005>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 fev. 2019.

²¹⁹ MOONEY, *op. cit.*, p. 41.

²²⁰ DOUKAS, David John; REICHEL, William. **Planning for uncertainty**: living wills and other advance directives for you and your family. 2nd. ed. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 2007, p. 3.

marido era o guardião de Terri, deferindo seu pedido para remover seus suportes vitais²²¹. Treze dias após a retirada dos tubos, Terri veio a falecer. A autópsia revelou que Schiavo tinha sofrido sérios danos cerebrais e que o diagnóstico do estágio vegetativo permanente estava correto²²².

Os casos implicaram em severas discussões no meio público e político, e inspiraram as famílias a dialogarem abertamente sobre seus desejos de tratamento no final da vida, tornando a prática das diretivas mais comuns. As pessoas sentiram a necessidade de deixar por escrito as instruções específicas quanto aos cuidados que deveriam ter no final de suas vidas. A maior repercussão foi a de que passou a ser considerada como essencial para que a vontade do paciente fosse respeitada a formulação de diretivas antecipadas, em conjunto com o diálogo familiar (para que estes saibam a vontade do paciente no caso de precisar representá-los). O planejamento antecipado quanto às diretrizes nas situações em que o paciente não possa falar por si, se mostra necessário, para: evitar conflitos (entre hospital e a família do enfermo, em casos em que esta queira interromper a obstinação terapêutica, por exemplo), preservar o desejo do enfermo; e proteger a dignidade humana do paciente²²³.

Nessa perspectiva, é preciso entender que a DAV é o gênero, de onde derivam duas espécies. A primeira diz respeito às especificações propriamente ditas dos tratamentos médicos a que o paciente quer ou não ser submetido, quando incapacitado de expressar sua vontade. Nesse caso, a DAV é comumente conhecida como testamento vital (*Living Will*). Por sua vez, a segunda espécie diz respeito à indicação por parte do paciente, de um representante legal para decidir em seu nome, quando não puder fazê-lo. Nessa situação, a DAV é chamada de mandado duradouro (*Durable Power of Attorney*)²²⁴.

Deve-se ter em mente é que, independentemente do tipo, a DAV surgiu ante a necessidade de se humanizar o fim da vida e em possibilitar que o paciente possa exercer sua autonomia. As manifestações das decisões autônomas, que antecedem períodos de incapacidade, devem ser consideradas válidas e obrigatórias quando as pessoas não puderem expressar a sua vontade. A DAV é o meio pelo qual se preservam, em qualquer ocasião, a autonomia da vontade do paciente, o direito a sua liberdade individual de vontade e do direito à disposição de próprio corpo e comportamento. Além disso, as Diretivas são benéficas não

²²¹ DOUKAS; REICHEL, 2007, p. 3.

²²² MOONEY, 2009, p. 41.

²²³ DOUKAS; REICHEL, *op. cit.*, p. 3.

²²⁴ COGO *et al.*, 2016.

apenas ao direito individual do paciente, mas também aos familiares e aos profissionais de saúde que estariam respaldados em sua vontade²²⁵.

3.3.1 Diferenças entre diretivas antecipadas de vontade e a ortotanásia, eutanásia, suicídio assistido e distanásia

O respeito pelo paciente é o centro da ética médica. Esse objetivo só é possível mediante a preservação da autonomia da vontade do paciente. Autonomia é aceitar que o enfermo é o principal orientador de sua vontade. Representa a proteção e respeito aos desejos da pessoa em relação ao tratamento que recebem, sob a premissa do princípio do consentimento informado. Nesse contexto, a DAV ocorre quando o agente não for capaz de manifestar sua vontade livre, não podendo expressar o seu consentimento pelo tratamento ou não²²⁶. Representa, portanto, o meio pelo qual o enfermo deixará registrado de modo expresso a sua intenção de continuar ou não com o tratamento, escolher ou não uma propedêutica, impedir ou não o avanço de sua enfermidade.

Configura, pois, o planejamento dos cuidados de saúde do paciente, a serem observados quando ele não puder se manifestar por si. O processo pode envolver familiares, profissionais da saúde e advogados, e ajudará a tomada de decisão quando o paciente estiver incapaz de fazê-lo, pois os envolvidos saberão seus valores e intenções. O paciente utiliza o processo para clarear seus sentimentos e valores sobre o final da vida e aprender mais sobre as várias opções à disposição para a sua manutenção (desde tratamentos que impeçam a morte até cuidados paliativos). Esse processo dá a certeza ao paciente de que, no final da vida, terá todos os tratamentos que queria, dando a ele a certeza de que, caso seja preciso, seus familiares farão a escolha de acordo com os valores do paciente.

A DAV pode ser formalizada por meio de documentos escritos, destinando um responsável para dizer a sua vontade, ou pode ser instrutiva, direcionando as opções que intenta²²⁷. Não obstante sua forma, o conteúdo da DAV diz respeito às diretrizes quanto à possibilidade ou não de se ministrar um tratamento. Sendo assim, algumas questões precisam ser delineadas em relação ao conteúdo do documento e alguns institutos bioéticos. Isto porque certos questionamentos se originam deste paralelo, como a recusa do tratamento pode ser considerada um suicídio assistido ou até mesmo eutanásia? De início, faz-se necessário

²²⁵ COGO *et al.*, 2016.

²²⁶ ATKINSON, Jacqueline M. **Advance directives in mental health: theory, practice and ethics**. London: Jessica Kingsley, 2007, p. 81.

²²⁷ FISCHER; TULSKY; ARNOLD, 2003, p. 75.

destacar esses institutos bioéticos e suas definições, a fim de que se possa entender a dimensão de sua perspectiva e finalidade. Assim, três conceitos precisam ser delineados nesse momento. O primeiro diz respeito à eutanásia (também conhecida por eutanásia ativa).

A eutanásia ativa pode ser compreendida como a interrupção da vida do paciente, com a ajuda de terceiros, por meio de medicamentos. A terceira pessoa é quem o faz, a pedido do próprio paciente. O terceiro administra agente letal no enfermo, com a intenção de acabar com seu sofrimento. No caso da eutanásia passiva, a morte intencional do paciente é causada por omissão nos cuidados de tratamentos que estão indicados e são proporcionais²²⁸. Alguns países autorizam e regulamentam a prática, como é o caso da Holanda e Canadá, em que há previsão normativa dos dois institutos²²⁹. Seu objetivo é abreviar o sofrimento do enfermo. O termo “eutanásia” vem do grego e significa “boa morte”, e existe na humanidade há séculos. Tanto na Grécia como na Roma antiga a prática era comum²³⁰.

A prática, entretanto, era condenada por líderes judeus e cristãos, que tinham a crença de que apenas Deus poderia ceifar a vida de alguém, e também por alguns médicos, que entendiam que sua prática ia de encontro ao ato de Hipócrates. Em uma concepção mais atual, a eutanásia pode ser entendida como emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito do paciente incurável, para livrá-lo dos extremos sofrimentos que lhe são imputados pela enfermidade²³¹. Decerto, a percepção do tema tornou-se mais obscura na Segunda Guerra Mundial, em que o regime nazista, objetivando criar uma raça pura (ariana), eliminou aqueles considerados indignos de viver²³².

Importante é destacar o fato de que, por muitas vezes a eutanásia é confundida com chamado suicídio assistido pelo fato de haver uma similaridade entre os dois, quanto ao objetivo (abreviar o sofrimento do enfermo). Há, porém, uma diferença substancial entre os dois institutos, justamente no fator participação dos agentes envolvidos. Como dito, a eutanásia se configura como o fato de terceiro dá fim à vida do paciente, por meio da

²²⁸ GUERRA, Yolanda M. Ley, jurisprudencia y eutanasia: introducción al estudio de la normatividad comparada a la luz del caso colombiano. **Revista Latinoamericana Bioética**, Bogotá, v. 13, n. 2, p. 70-85, dic. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v13n2/v13n2a07.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

²²⁹ BRANDALISE, Victor Bastos; REMOR, Aline Pertile; CARVALHO, Diego de; BONAMIGO, Elcio Luiz. Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva dos profissionais e acadêmicos de um hospital universitário. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 26, n. 2, p. 217-227, abr./jun. 2018. p. 218. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v26n2/1983-8042-bioet-26-02-0217.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²³⁰ MOONEY, 2009, p. 46.

²³¹ CASTRO, Mariana Parreiras Reis de; ANTUNES, Guilherme Cafure; MARCON, Lívia Maria Pacelli; ANDRADE, Lucas Silva; RÜCKL, Sarah; ANDRADE, Vera Lúcia Ângela. Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 24, n. 2, p. 355-367, 2016. p. 356. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242136>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/1983-8034-bioet-24-2-0355.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

²³² MOONEY, *op. cit.*, p. 47.

administração de medicamentos para tanto, por exemplo. Já no caso do suicídio assistido, o terceiro provisiona os meios para que o paciente encerre sua vida. Isto é, na eutanásia, o terceiro participa ativamente, movido por motivos de cunho moral, enquanto no suicídio ele apenas fornece os meios para que o próprio paciente acabe com o seu sofrimento²³³.

A base de ambos os institutos se encontra no princípio bioético da autonomia, pelo qual o paciente tem o direito de decidir quando e onde morrer. É obrigação primordial dos profissionais de saúde, aliviar o sofrimento de seus pacientes, assim como respeitar a sua autonomia. O tema, contudo, não se restringe apenas ao campo bioético, pois também existem questões morais e religiosas envolvidas, sob o argumento de não ser eticamente correto ajudar alguém a morrer²³⁴.

Os defensores da eutanásia fundamentam a possibilidade do instituto no direito que cada um tem de dispor sobre a sua vida; direito a uma morte digna; evitar o sofrimento do enfermo; evitar o sofrimento dos familiares; poupar recursos. As críticas a esses posicionamentos residem no fato de que na eutanásia não há uma autodisposição da vida, mas sim uma ação executada por outra pessoa. Morrer com dignidade seria morrer com atenção médica, com os recursos para aliviar os sintomas, não há aceleração do processo normal da morte. Em algumas ocasiões, a morte inesperada de um familiar é mais traumática e sofrível, do que uma morte lenta. E, por fim, fundamentar sob a perspectiva de se poupar recursos é considerar os pacientes como um estorvo, e não como um ser humano.²³⁵

No Brasil, assim como em outros países²³⁶, a eutanásia é proibida. Quando provocada por terceiro configura-se como homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal, no tipo “matar alguém”²³⁷. No caso da omissão, poderá enquadrar-se em omissão de socorro, prevista no art. 135, do Código Penal, configurando-se como “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança

²³³ WILLIAMS, Glenys. **Intention and causation in medical non-killing**: the impact of criminal Law concepts on euthanasia and assisted suicide. London: Routledge-Cavendish, 2007, p. 155.

²³⁴ BRANDALISE *et al.*, 2018, p. 218.

²³⁵ PADOVANI CANTON, Antonio Manuel; CLEMENTE RODRIGUEZ, María Elisa. Eutanasia y legislación. **Rev Ciencias Médicas**, Pinar del Río, v. 12, n. 2, p. 139-149, dic. 2008. Disponível em: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-31942008000200016&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 23 dez. 2018.

²³⁶ Os países onde a eutanásia é legal são: Holanda, Suíça, Bélgica, Luxemburgo, Alemanha, Colômbia, Canadá, os Estados de Washington, Oregon, Vermont, Novo México, Montana e Califórnia localizados nos Estados Unidos da América (WATSON, Leonor Paiva. Saiba que países já permitem a eutanásia. **JN Direito**, Lisboa, 1 fev. 2017. Disponível em: <https://www.jn.pt/nacional/interior/a-eutanasia-no-resto-do-mundo-5641675.html>. Acesso em: 28 dez. 2018). No México, a legalização varia segundo a região, e nos demais países, a prática é totalmente proibida (GUERRA, Yolanda M. Ley, jurisprudencia y eutanasia: introducción al estudio de la normatividad comparada a la luz del caso colombiano. **Revista Latinoamericana Bioética**, Bogotá, v. 13, n. 2, p. 70-85, dic. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v13n2/v13n2a07.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018).

²³⁷ BRASIL, 1940, *online*.

abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”²³⁸. Do mesmo modo, o suicídio assistido pode configurar induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, tipo previsto no art. 122 do Código Penal, que diz que há pena no caso de “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”²³⁹.

A distanásia, por outro lado, diz respeito à obstinação terapêutica. Tem como fator principal a manutenção da vida a todo custo. Com os avanços tanto tecnológicos como científicos, assim como a descoberta bem-sucedida do tratamento de tantas doenças e deficiências, foi possibilitada uma fixação ainda maior na cura de enfermidades, pondo em segundo plano as preocupações quanto aos cuidados do enfermo. O grande inimigo a ser derrotado se tornou a morte, e o maior obstáculo a ser combatido a ausência de saúde. Tornou-se essencial o prolongamento ao máximo da duração da vida humana. A qualidade desta vida, por sua vez, ficou em segundo plano. A questão técnica é prolongar os sinais vitais de uma pessoa em estágio final de uma doença a todo custo, independentemente se esse tratamento será inútil ou vai causar os maiores transtornos ao paciente²⁴⁰.

Como uma medida intermediária nos extremos dos conceitos trabalhados até o momento tem-se a ortotanásia. O conceito de ortotanásia refere-se à possibilidade de assistência mais adequada aos pacientes com doenças terminais que expressem sofrimento físico e psíquico, alinhado às práticas humanitárias. A doença tomará seu curso natural de vida e morte, e serão aplicadas aos pacientes as medidas necessárias para o alívio e conforto de seu sofrimento, por meio de cuidados paliativos. Na ortotanásia, evita-se que o enfermo seja submetido a intervenções terapêuticas desnecessárias, que só agravarão e prolongarão o seu sofrimento e o de sua família.²⁴¹ Em resumo, a ortotanásia é a morte em seu processo natural, em que o paciente recebe os tratamentos necessários para minimizar ou até eliminar suas dores enquanto esse processo acontece.²⁴²

²³⁸ BRASIL, 1940, *online*.

²³⁹ BRASIL, *loc. cit.*

²⁴⁰ PESSINI, Léo. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 12, n 1, p. 39-60, 2004. p. 49. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/120/125. Acesso em: 26 dez. 2018.

²⁴¹ SILVA, Rudval Sousa da; EVANGELISTA, Cássia Luiza de Souza; SANTOS, Rodrigo Duarte dos; PAIXÃO, Gilvânia Patrícia do Nascimento; MARINHO, Christielle Lidianne Alencar; LIRA, Gerlene Grudka. Percepção de enfermeiras intensivistas de hospital regional sobre distanásia, eutanásia e ortotanásia. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 24, n. 3, p. 579-589, 2016. p. 581. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016243157>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0579.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

²⁴² SILVA, José Antônio Cordeiro da; SOUZA, Luis Eduardo Almeida de; SILVA, Luisa Carvalho; TEIXEIRA, Renan Kleber Costa. Distanásia e Ortotanásia: práticas médicas sob a visão de um hospital particular. **Rev.**

A finalidade terapêutica passa a ser o conforto do paciente, com a finalidade de minimizar o sofrimento da pessoa no processo natural da morte. Em consequência, a ortotanásia intensifica os cuidados paliativos, por meio do desenvolvimento de práticas para o cuidado ativo e total das pessoas cuja doença não tem perspectiva de cura. Importante é destacar o fato de que os cuidados paliativos vão além do conceito da própria ortotanásia, e se baseiam em princípios que buscam o conforto, alívio e qualidade de vida até os fins do dia do paciente²⁴³. Contrapõem-se, portanto, à busca pelo prolongamento da vida em pacientes sem condições de cura, utilizando-se de métodos fúteis, sem a qualidade de vida, e sem respeitar a opinião do paciente²⁴⁴. Impõe-se evidenciar que a ortotanásia se diferencia da eutanásia ativa, pois, no caso desta última, a morte não é certa, pelo contrário, há uma estabilidade no quadro do paciente e sua perspectiva é de viver, enquanto na ortotanásia a morte é iminente (não há dúvidas de que ela irá ocorrer).

Evidencia-se que, a Carta Encíclica *Evangelium Vitae*²⁴⁵, do Papa João Paulo II, embora conclua que a eutanásia é algo reprovável, considera a ortotanásia, plenamente, aceita. Nos seus argumentos, o Sumo Pontífice destacou que não seria reprovável a renúncia de tratamentos médicos, nos casos em que a morte se anuncia como iminente e inevitável (ou seja, quando há a certeza da morte). Em outras palavras, o Religioso afirmou que os excessos terapêuticos seriam inadequados ao doente nessa situação, pois, os tratamentos só dariam um prolongamento precário e penoso na sua. Nesse caso, os cuidados paliativos devem ser ministrados. Percebe-se, entretanto, é que a vontade do paciente, na perspectiva católica, possui validade.

As DAV garantem que os valores e desejos do paciente sejam observados, no momento da tomada de decisões sobre os tratamentos a lhe serem ministrados quando não poder expressar sua escolha. É instrumento que ajuda a dirimir eventuais conflitos que possam haver sobre a opção do enfermo no fim de sua vida. Além disso, indicam um meio de oposição à distanásia, garantindo a dignidade do paciente, de uma terapia inútil ou que cause mais dores e sofrimento, levando a cuidados agressivos ou indesejados, reduzindo a qualidade de vida dos cuidados prestados; ou, ainda, que todos os métodos terapêuticos sejam utilizados,

Bioét., Brasília, v. 22, n. 2, p. 358-366, 2014. p. 580. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014222017>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/18.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

²⁴³ SILVA *et al.*, 2016, p. 581.

²⁴⁴ SILVA *et al.*, 2014, p. 580.

²⁴⁵ JOÃO PAULO II, 1995.

considerando sua vontade e sua autonomia, sem que essa escolha fique nas mãos de quem não conhece os valores e opiniões do enfermo sobre as questões do fim da vida.²⁴⁶

Qualquer que seja o conteúdo das diretivas (eutanásia, distanásia ou ortotanásia), deve-se compreender é que a DAV fornece um amparo a todos os profissionais da saúde e assegura a escolha do próprio paciente. Além disso, é o meio que proporcionará ao profissional médico ficar isento de responsabilizações éticas, uma vez que, pelas normas de conduta, os profissionais são obrigados a respeitar e registrar no prontuário as ações de tratamento escolhidas pelo paciente no prontuário (que podem ser ações restritivas de tratamento ao doente terminal ou obstinações terapêuticas).²⁴⁷

²⁴⁶ COGO *et al.*, 2016.

²⁴⁷ COGO *et al.*, *loc. cit.*

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Após os estudos dos fundamentos motivacionais da existência das diretivas antecipadas de vontade, neste capítulo, cuida-se da sua validação e aplicabilidade perante o sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que a previsibilidade das diretivas antecipadas de vontade no Brasil foi realizada por uma norma deontológica emitida pelo Conselho Federal de Medicina. Para tanto, no primeiro subtópico, reporta-se à posição que essas normas possuem no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, referenciar a Resolução que permitiu a ortotanásia (conteúdo das diretivas) sem consequências éticas para o profissional médico, bem como a sua validade jurídica reconhecida.

Em seguida, abordar-se a Resolução do CFM, que previu as diretivas, com enfoque na decisão que concluiu pela sua legalidade. Adiante, destaca-se a experiência portuguesa e a legislação vigente no País, frisando que não é objeto deste trabalho um estudo comparativo de legislações alienígenas, mas apenas se intenta exemplificar o modelo do País-Irmão promulgado no mesmo ano em que a Resolução do CFM brasileiro e que serviu como uma das inspirações desta²⁴⁸. A seguir, evidenciam-se a Resolução que trata sobre as unidades de terapia intensiva, local em que se encontram os maiores quantitativos de pacientes terminais no País, e o poder de escolha previsto na norma, a fim de se averiguar se esta regra é um óbice para as diretivas antecipadas. Por fim, após exame das diretivas como direito fundamental e de personalidade, procede-se a um estudo da necessidade ou não de um normativo jurídico das diretivas.

4.1 As normas deontológicas médicas e o ordenamento jurídico brasileiro

Como visto, apesar de os avanços biotecnológicos terem proporcionado uma nova perspectiva curativa, também possibilitaram a prática de métodos, até então, não vislumbrados. Por um lado, essas novidades trouxeram a possibilidade de extensão da sobrevivência humana, mas, de outra sorte, propiciaram reflexões sobre diversos temas. São problemas que, até então, não eram objeto de profunda consideração das Ciências Médicas, e que passaram a fazer parte desse contexto científico. Isso ocorre em razão das novas práticas e descobertas repercutirem na vida humana.

²⁴⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida. **Portal CFM**, Brasília, 30 ago. 2012a. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida. Acesso em: 9 fev. 2019.

Ainda que entrelaçadas aos novos avanços médicos-científicos, esses pontos abrangem assuntos que exorbitam a objetividade do conhecimento médico. Por isso, foi necessária a busca por subsídios, reflexões e respostas de outras matérias. Por tal razão, se evidencia a importância do colóquio da Medicina com as diversas áreas do conhecimento e, principalmente, sua confluência com assuntos éticos e jurídicos. Tanto a regulação das novas práticas como a discussão dos avanços biotecnológicos por outros campos científicos, se fizeram fundamentais para o desenvolvimento da própria área médica. Além disso, a evolução por que a relação médico-paciente passou, e ainda passa, necessita agora de contornos regulatórios concisos.

Nessa esteira, é que se desenvolve a importância dos regramentos éticos no exercício dessa profissão. Os regulamentos elaborados (em especial, o Código de Ética), não se expressem apenas como repositórios normativos ou um compilado de textos por artigos, mas representam a essência e a natureza da conduta médica em prol da sociedade e, especificamente, do ser humano. Confirma, pois, a concepção do humanismo solidário. Por isso, os próprios profissionais reconhecem a importância e a necessidade da contribuição social em temas em que as diretrizes e valores da sociedade estão envolvidos. Os deveres do paciente não decorrem de sua condição de doente, mas sim de ser humano²⁴⁹.

No caminho da história, a humanidade vivencia distintos regramentos da profissão médica, desde as primeiras regras deontológicas, que surgiram no formato de juramentos e invocações com a influência religiosa (mantida até hoje), passando pelos influxos filosóficos, até a absorção dos direitos humanos em suas premissas. Essa evolução é resultado do progresso da Medicina. Os profissionais passaram a ser obrigados ao ofício da cura. Por esse pretexto, enfrentaram novas situações, incluindo conflitos com ingerências hipocráticas. Isto porque as inovações médicas ensejaram a necessidade da criação de limites de sua abrangência por meio de regras éticas. Como ressaltado por Genival Veloso de França, “[...] de um lado, a necessidade de se propiciar condições de vida e de saúde cada vez melhor; de outro, a preocupação de não se descuidar da dignidade humana”²⁵⁰.

O autor destaca a evolução no trato ético, pois, sendo a saúde e a doença fenômenos sociais, exigiram, e ainda exigem, soluções políticas. Exige-se, então, do médico uma busca constante por conscientização crítica. O médico teve de reduzir seu poder sobre a pessoa, e estender sua capacidade de intervenção no meio. As novas regras éticas, mesmo que

²⁴⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010, p. 1.

²⁵⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. Deontologia médica e bioética. In: CLOTET, Joaquim (org.). **Bioética**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001, p. 60.

não distantes de sua base hipocrática, tiveram a incorporação de novas ideias originadas de reflexões e vasta confluência multidisciplinar. Por muito tempo, o trato da Medicina foi influenciado pela religião e pelos rigores tradicionalistas. Sua essencial modificação apenas ocorreu em meados do século XVII e no século XVIII, pela influência do pensamento ético, por meio das obras filosóficas, dentre elas, as de Kant e Hume.

Os regramentos eram ordenados no *corpus hipocraticum*, elenco de normas morais impostas pelos mestres de Cós, e tinha a virtude e a prudência como pilares. Esse modelo consistia numa avaliação de determinada conduta. Suas opções, entretanto, eram limitadas, pois o regramento principal estava em acatar as regras inflexíveis do juramento hipocrático. Apesar de a Filosofia ter dado novos contornos para o exercício da profissão, essa influência hipocrática se caracterizou nas normas médicas até o fim dos anos de 1960.

A modificação apenas ocorreu desde os anos de 1960, com a emergência da filosofia moral, das decisões dos Tribunais, das especializações profissionais e da despersonalização da relação médico-paciente. Logo em seguida, a ética médica tradicional abriu espaço para a Teoria de Princípios, que preconizava a beneficência, não-maleficência, respeito à autonomia e a justiça²⁵¹, sob a ideia de que só há consequência boa no ato que é eticamente recomendável²⁵².

Segundo o autor, o momento atual é o chamado antiprincípiolista, pois os princípios listados no parágrafo imediatamente anterior não são suficientes para satisfazer os assuntos protagonizados pela Medicina na atualidade. Várias particularidades são consideradas na relação, e, em razão disso, os princípios passaram a ser distantes dos caminhos que a ética enfrentava. Esse período foi substituído pelo da virtude, do cuidado solícito e da casuística (alguns chamam de período da ética do cuidado), que se preocupa com uma pauta confiável de tomada de decisões morais específicas, com suporte em casos concretos e singulares. Ainda que se a doença e a cura sejam fenômenos universalizados, a generalização de um sistema de normas que ampare a ética do médico não é fácil ante a heterogeneidade cultural da moralidade.

²⁵¹ No que diz respeito ao princípio da beneficência, formulado com base da ética utilitarista, que pode ser encontrada no filósofo inglês John Stuart Mill (1806-1873), preconiza que o profissional deve agir em prol de fazer o bem aos outros, agir em prol deles. Pelo princípio da não-maleficência o profissional da saúde se não pode fazer o bem curando um paciente, ao menos deve evitar causar mal. Enquanto que, o respeito à autonomia, tem sua formulação influenciada pela filosofia Kantiana, e deve ser entendido o respeito a capacidade da pessoa de escolher e decidir e, ao mesmo tempo, tratá-la como um fim em si mesmo. Por fim, o princípio da Justiça deve ser entendido por dois aspectos: o de justiça formal que exige que se não há outras considerações justificadas, os recursos devem ser distribuídos de forma igualitária; e o de justiça material que, em suma, se traduz em que deve ser distribuído os bens segundos as necessidades. (DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. *E-book*).

²⁵² FRANÇA, 2001, p. 60.

Nesse contexto, se desenvolveu uma das mais importantes normas éticas da Medicina: o Código de Ética. Este compilado normativo caracteriza-se como um conjunto sistemático dos padrões de conduta moralmente aceitos pelo grupo social que o elabora, de acordo com o momento histórico. O Código detém, entre as suas funções, a de manter, promover, preservar o profissional e a união, garantir padrões de práticas e estabelecer valores e deveres decorrentes da atuação profissional²⁵³. Portanto, o principal compilado normativo norteador das práticas médicas é o Código de Ética, que envolve todos os elementos e valores decorrentes da prática profissional.

Os padrões éticos foram planejados para aqueles que realizam experimentos médicos envolvendo seres humanos, administradores, pacientes e outros leigos que participam das decisões de saúde. Esses padrões foram delineados por profissionais relevantes, mas, também, por outras pessoas da sociedade, como organizações religiosas, culturais, nacionais e internacionais. Embora considerados como compilado essencial dessas diretrizes, vários princípios e regras foram formulados por orações, juramentos, credos, direcionamentos profissionais e declarações, em que cada formato denota um imperativo moral, tanto para aplicação pela pessoa como por organizações profissionais, comunidades religiosas ou órgãos governamentais²⁵⁴.

Isto ocorre, porque as virtudes de cada um interferem no agir do cotidiano. Todos são movidos por convicções pessoais, que nem sempre serão na direção de aceitação do outro, ou englobarão justiça, solidariedade, responsabilidade e autenticidade e igualdade. Sendo assim, para evitar vícios que maculem a atividade profissional, as matrizes deontológicas da profissão registram e estabelecem como dever as virtudes inerentes ao ofício. O tratado ético-médico, portanto, previne a isonomia dos cuidados de saúde e a ética uníssona da profissão. Não devem se afigurar como questões imutáveis, pelo fato de refletirem a maturidade corporativa profissional, o diálogo com os conhecimentos das humanidades com bases democráticas e os valores sociais²⁵⁵.

²⁵³ VIANNA, Jayme Augusto Rocha; ROCHA, Lys Esther. Comparação do Código de Ética Médica do Brasil. **Revista Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 52, n. 6, p. 435-440, dez. 2006. p. 435. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302006000600025>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ramb/v52n6/a25v52n6.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

²⁵⁴ WIKLER, Daniel; BEAUCHAMP, Dan E. Lifestyles and public health. *In*: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 3, p. 1408.

²⁵⁵ SOARES, Francisco José Passos; SHIMIZU, Helena Eri; GARRAFA, Volnei. Código de Ética Médica brasileiro: limites deontológicos e bioéticos. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 244-254, 2017. p. 246. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017252184>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/1983-8042-bioet-25-02-0244.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

Nota-se, com efeito, é que o Código de Ética Médica tem como premissa a ideia de que o profissional realize sua atividade da melhor forma possível. Para isso, deve levar em conta todos os parâmetros essenciais ali estabelecidos. Como seres humanos, os profissionais médicos possuem acepções, conclusões ou crenças, e podem não enxergar, quando no exercício de seu ofício, parâmetros além dos seus. Os valores intrínsecos da sociedade, relatados anteriormente (igualdade, justiça, solidariedade, responsabilidade etc.), devem fazer parte e ser observados no exercício do ato médico. Quer dizer, o profissional médico deve praticar sua atividade seguindo esses valores.

Embora o Código seja o principal regramento ético do médico, outros instrumentos que exercem a mesma função podem ser formulados e farão parte desse Código. Logo, esta norma estabelece os princípios, regras gerais e específicas da ação que regem a atividade profissional. Os preceitos no *codex*, ao contrário das regras específicas, não se modificam frequentemente, mas as suas interpretações sim²⁵⁶. Portanto, qualquer normativo ético elaborado deve se nortear pelas diretrizes centrais estabelecidas no Código, e, constantemente, a forma de interpretação dos fundamentos nele estabelecidos deve ser debatida e estar em constante atualização.

Na América Latina, o modelo da Bioética, além de incorporar a ética biomédica versada nos modelos anglo-saxão (principalista) e no humanista-europeu (conduzido pelos direitos e deveres inerentes à pessoa humana), amplia seu horizonte além das questões próprias das relações entre profissionais e pacientes²⁵⁷. Destaca Pessini²⁵⁸ que a realidade da bioética latino-americana ainda enfrenta, em sua maioria, mortes precoces e em situações injustas. Essa realidade é contrária à dos países centrais, onde a regra é que as pessoas morram após viverem por muito tempo. Os desafios mais cadentes são relacionados com a justiça, equidade e alocação de recursos na área da saúde.

Com o advento da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH)²⁵⁹, que confirma o caráter multidisciplinar e pluralista da Bioética, a temática dessa matéria se ampliou. Foram unificadas e universalizadas distintas teorias bioéticas não

²⁵⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Muito barulho por nada? Uma análise crítica do novo Código de Ética Médica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 189-204, Mar./Jul. 2011. p. 191. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v12i1p189-204>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13242/15058>. Acesso em: 22 dez. 2018.

²⁵⁷ SOARES; SHIMIZU; GARRAFA, 2017, p. 248.

²⁵⁸ PESSINI, Leo. Bioética na América Latina: algumas questões desafiantes para o presente e futuro. **Bioethikos**, São Paulo v. 2, n. 1, p. 42-49, 2008. p. 45-46. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/60/04.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

²⁵⁹ UNESCO, United Nations Educational and Cultural Organization. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Digital Library. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 16 nov. 2018.

principialistas, tendo como pano de fundo a dignidade humana e o fundamento ético-normativo de proteção à pessoa²⁶⁰. Logo, as normas éticas latino-americanas ganham contornos amplos. No caso do Brasil, a normatização se dá por meio do Código de Ética Médica emitido pelo órgão regulador da atividade, o Conselho Federal de Medicina.

A Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, dispõe que o Conselho Federal e os conselhos regionais de Medicina constituem, em seu conjunto, uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de Direito público, com autonomia administrativa e financeira.²⁶¹ Nesse contexto, é preciso destacar o conceito legal de Autarquia é disposto no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, ao preceituar em seu art. 5º, inciso I, que este órgão é o:

[...] serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.²⁶²

Por sua vez, em seu art. 41, inciso IV, o Código Civil²⁶³ elenca as autarquias como sendo pessoas jurídicas de Direito público interno. Por serem pessoas jurídicas, esses órgãos são titulares de direitos e obrigações próprios, distintas do Estado. Por serem públicas, estão submetidas ao regime jurídico de Direito público em sua criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios, sujeições. Quanto a sua autonomia, explica Di Pietro, que esta não diz respeito à criação do próprio direito por parte delas, mas apenas à capacidade de se administrar em respeito das matérias específicas que lhes foram destinadas pelo Estado.²⁶⁴ Sendo assim, a posição da autarquia perante a Administração Pública centralizada é de que ela dispõe de direitos e obrigações, tendo o direito de desempenhar os seus serviços nos limites definidos em lei. Do mesmo modo, essa entidade torna-se responsável pela prestação do serviço.

Esse duplo aspecto de direito e obrigação, segundo a autora, dá margem à independência (que configura a na capacidade de autoadministração e é exercida nos limites

²⁶⁰ SOARES; SHIMIZU; GARRAFA, 2017, p. 249.

²⁶¹ BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 1 out. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

²⁶² BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

²⁶³ BRASIL, 2002, *online*.

²⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

da lei), e no controle (em que os atos não podem ultrapassar os limites legais). Perante os particulares, ela aparece como se fosse a própria Administração Pública com todas as prerrogativas e restrições²⁶⁵. Embora tenha essas prerrogativas, estão sob o controle do Estado. Nessa esteira, Celso Antonio Bandeira de Mello²⁶⁶ destaca que o controle é de legitimidade ou de mérito. No primeiro, é quando à lei haja habilitado ao controlador a examinar a conformidade do comportamento autárquico com a lei vigente. No segundo, é quando a lei estabelece que o controlador deva apreciá-la sob o âmbito de conveniência e oportunidade.

Não obstante os tipos de controle, este deverá ser exercido de acordo com os limites impostos pela legislação. Além disso, os atos praticados pelas autarquias são atos administrativos, revestidos de presunção de legitimidade, exigibilidade e executoriedade, nos mesmos termos e condições que assistiriam a quaisquer atos administrativos que possuem esses atributos. Dessa feita, significa dizer que seus atos devem ser obedecidos pelos particulares, mesmo contra a vontade deles²⁶⁷. Para se tornar perfeito, o ato administrativo deve ser revestido de eficácia, ou seja, satisfazer todos os requisitos para sua existência válida (que no caso do ato administrativo se trata da competência, finalidade, forma, motivo e objeto²⁶⁸); e deve ser exequível, isto é, o ato capaz de produzir todos os efeitos jurídicos²⁶⁹. Sendo ato jurídico perfeito, a lei não pode prejudicá-lo²⁷⁰.

²⁶⁵ DI PIETRO, 2018. *E-book*.

²⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 169.

²⁶⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

²⁶⁸ De acordo com Hely Lopes Meireles, os requisitos do ato administrativo constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão. O primeiro requisito abordado pelo autor é a Competência, que se entende como sendo o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. Ela resulta da lei, e por ela é delimitada. O segundo é a finalidade, que concerne no objetivo de interesse público a atingir. A finalidade do ato é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. O terceiro requisito é a forma, que seria o revestimento exteriorizador do ato administrativo. A vontade da Administração exige procedimentos e forma legal. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. O quarto requisito elencado é o motivo. Trata-se da situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. Pode vim expresso na lei como pode ser deixado a critério do administrador. No primeiro caso, será vinculado, no segundo, será discricionário quanto à sua existência e valoração. O quinto e último requisito é o objeto, que se identifica com o conteúdo do ato, pelo qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta situações pré-existentes (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 173-179).

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 199.

²⁷⁰ A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXVI, dispõe que “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 dez. 2018). No mesmo sentido, o art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro destaca que a “Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm. Acesso em: 21 dez. 2018).

Além disso, a Autarquia, como pessoa de direito público, detém poderes que são inerentes à Administração Pública, caso contrário, sem esses poderes ela não conseguiria sobrepor a vontade da lei à vontade individual. Logo, se conclui é que, por serem Autarquias, estes Conselhos desenvolvem atividades típicas de Estado e gozam de liberdade administrativa no âmbito dos limites impostos pela legislação vigente²⁷¹. Dentre estes, está a regulamentação deontológica da profissão médica, conforme estabelecido pelo art. 5º, alínea d, da Lei nº 3.268/1957, de observância obrigatória por todos os profissionais médicos.

O Código se organiza em capítulos e artigos, tendo como documentos auxiliares as resoluções emitidas pelo próprio Conselho ou suas divisões estaduais (conselhos estaduais), que podem versar desde questões burocráticas²⁷², administrativas²⁷³ ou até questões éticas²⁷⁴ envolvidas da profissão. Como explica Genival Veloso de França²⁷⁵, a inserção dos Códigos de Ética Médica no cenário brasileiro tem sua inspiração no Juramento Hipocrático, qualquer que seja a sua versão²⁷⁶.

O Código de Ética de Médica, ainda em vigor, foi promulgado por meio da Resolução CFM nº 1931/09, no intuito de se firmar como um novo paradigma normativo da regulação do exercício da atividade médica. O intuito da resolução, segundo firmado em seu preâmbulo, era aprender “[...] com o passado para melhorar com o futuro”²⁷⁷. Daí por que, a utilização da imagem de Janus, deus romano dos portais, dos começos e dos fins, para

²⁷¹ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156-157.

²⁷² Cita-se, para exemplificar, a Resolução CFM nº 2.085/14, publicada no DOU de 29 de setembro de 2014, que homologa a eleição realizada no dia 25 de agosto de 2014 no Estádio do Ceará, para Conselheiro Efetivo e Suplente do CFM; a Resolução CFM nº 2213/2018, publicada no DOU de 03 de outubro de 2018, que institui as comendas a serem concedidas às personalidades médicas; e a Resolução CFM nº 2185/2018, publicada no DOU de 30 de agosto de 2018, que fixa os valores das anuidades e taxas para o exercício de 2019, regras para inscrição e execução dos créditos na dívida ativa e recuperação de crédito e dá outras providências.

²⁷³ A Resolução CFM nº 2152/2016, publicada no DOU de 20 de novembro de 2016, que estabelece normas de organização, funcionamento, eleição e competência das Comissões de Ética Médica dos estabelecimentos de saúde; e a Resolução nº 1621/2001, publicada no DOU de 06 de junho de 2001, retificada no DOU de 24 de janeiro de 2002, cujo objeto é o reconhecimento da Cirurgia Plástica como especialidade única, indivisível a ser exercida por médicos devidamente qualificados, são exemplos de Resoluções vigentes emitidas pelo Conselho com o viés administrativo.

²⁷⁴ Como exemplos de normas vigentes: a Resolução CFM nº 2168/2017, publicada no DOU em 10 de novembro de 2017, que trata das normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida; A Resolução CFM nº 1665/2003, que dispõe sobre a responsabilidade ética das instituições e profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento dos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS) e soropositivos; a Resolução CFM nº 1986/2012, publicada no DOU de 02 de maio de 2012, que reconhece a Estimulação Magnética Transcraniana (EMT) superficial como ato médico privativo e cientificamente válido para utilização na prática médica nacional, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas nas esquizofrenias e planejamento de neurocirurgia; e a Resolução CFM nº 1955/2010, publicada no DOU de 3 de setembro de 2010, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo.

²⁷⁵ FRANÇA, 2010, p. 1.

²⁷⁶ VIANNA; ROCHA, 2006, p. 436.

²⁷⁷ BRASIL, 2009b, *online*.

simbolizar essa ligação entre passado, presente e futuro²⁷⁸. Isto é, a resolução buscava imergir no cenário nacional as discussões éticas em meados do século XXI, ocasionadas pelas mudanças tecnológicas, científicas e das relações sociais.

Portanto, o então Código de Ética teve como objetivo impulsionar as relações do trato médico para as novas discussões que surgiram oriundas dos avanços biotecnológicos e da evolução científica. Para tanto, centrou-se em reforçar seus preceitos, tomando por base a autonomia do paciente. Seu intuito era retirar do imaginário geral a visão histórica do papel paternalista e autoritário do médico, fazendo com que a relação médico-paciente passasse a se caracterizar pela cooperação²⁷⁹. O paciente passou a ser o agente mais importante. Por tal pretexto, a abordagem profissional sempre seria regida a assegurar o interesse do paciente.

Atualmente, encontra-se publicado no Diário Oficial da União, do dia 01 de novembro de 2018, a Resolução CFM nº 2217/2018²⁸⁰, que trata do novo Código de Ética Médica, cuja vigência se iniciará em maio de 2019. Nas exposições de motivos, o novo código reforça e acrescenta princípios basilares da Medicina, atualizando conceitos em vigor e criando outros que se tornaram necessários após a edição do de 2009 (em vigor). Foram inseridos textos enfatizando que o médico deve estar continuamente atualizado, visando a melhores resultados, sem desprezar seu lado humano. Além disso, destacou a solidariedade e a isonomia aos profissionais com deficiência. A exposição de motivos do novo projeto ressalta que dispositivos do anterior tiveram sua redação melhorada e atualizada.

Quanto à inovação, esta foi no sentido da utilização das mídias sociais e instrumentos correlatos, observando as normas éticas. Além dessas, destaca como inovações: que o sumário de alta pode ser dado ao representante legal quando o paciente tiver impossibilitado; a possibilidade da entrega de cópia do prontuário pelo médico para atender a ordem judicial (tão somente o juiz requisitante) ou, para sua defesa, quando autorizado por escrito pelo paciente; possibilidade de o médico ter acesso ao prontuário para questões de estudo. Sobretudo, a exposição de motivos relata que o novo código busca se adaptar às recentes resoluções do Conselho e à legislação vigente do País.

²⁷⁸ BRASIL, 2009b, *online*.

²⁷⁹ Até a Resolução CFM nº 1931/09 entrar em vigor, não havia modificações nas normas de ética médica brasileira desde a edição do último Código, aprovado pela Resolução CFM nº 1246, publicada no Diário Oficial da União em 26 de janeiro de 1988 (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.246/88. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jan. 1988a. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1988/1246>. Acesso em: 22 dez. 2018).

²⁸⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 nov. 2018c. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Os limites éticos do progresso científico confluem com a sua licitude, que tem como pano de fundo a exigência ética mínima de se estabelecer normas para convivência social. Assim, embora a norma ética trouxesse consideráveis modificações e diversas inovações, ela não deixou de ser subordinada aos preceitos da Constituição Federal tampouco da legislação brasileira, o que demonstra o seu imperativo em se tornar um regulamento estritamente válido e aplicável. A Constituição trouxe os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. O Direito se ocupa de todos os temas relacionados à vida humana (nascer, morrer, filiação, relações patrimoniais etc), portanto, ao se falar em direito, se está falando de pessoas e as relações das pessoas com as coisas, bem materiais e imateriais²⁸¹.

O holocausto do século XX, os regimes totalitários, e a ameaça estatal econômica e científica tiveram como contrapartida a afirmação do valor da pessoa como titular da própria esfera de personalidade, fundamentado no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana, e a ideia da existência da proteção jurídica dessa dignidade, que se liga frontalmente à Biomedicina²⁸². Assim, o entendimento da proporção da dignidade e de sua execução e o afrontamento jurídico sobre os aspectos que a Bioética aponta como sendo suas questões centrais²⁸³ (inclusive na relação entre médico e paciente), fazem parte do cenário humano atual, e ensejaram na re-requacionalização, por parte dos tribunais, sobre os casos de responsabilidade médica²⁸⁴.

O princípio da dignidade (reconhecido implícita ou explícita nas constituições), que denomina a dignidade como valor-fonte, conduz a uma interpretação de todas as normas sob sua égide, inclusive as de bioéticas. Observa-se que, ante essa confluência, as normas éticas privilegiam pontos que se tornam necessários no manejo cotidiano do cuidado do paciente. Esses manejos, no entanto, evoluem rapidamente, e muitas vezes ainda carecem de ampla discussão jurídica.

Percebe-se, pois, do exposto até o momento, é que as normas deontológicas médicas (editadas pelo Conselho Federal de Medicina e seccionais) norteiam a relação médico-paciente quanto às questões morais e profissionais dos avanços biotecnológicos. Pela própria multidisciplinaridade envolvida nas questões inerentes a essa relação, contudo, os

²⁸¹ COSTA-MARTINS, Judith. As interfaces entre a bioética e o direito. In: CLOTET, Joaquim (org.). **Bioética**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001, p. 73.

²⁸² *Ibid.*, p. 75.

²⁸³ Reprodução humana assistida e as questões relacionadas com as falhas na segurança a respeito do material genético doado, desde a transmissão de disformidades genéticas até a guarda do material doado (COSTA-MARTINS, Judith. As interfaces entre a bioética e o direito. In: CLOTET, Joaquim (org.). **Bioética**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001, p. 74).

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 75.

progressos tecnológicos biomédicos não repercutem apenas na seara moral, mas, também, em outros campos, como o Direito.

Ocorre que, como expresso, o Direito, especificamente as normas jurídicas, não acompanham, na mesma velocidade das normas deontológicas, as modificações sociais e também morais que esses avanços proporcionam nessa relação, situação em que, por vezes, a norma ética regulamenta algo necessário, mas que não é previsto especificamente na Lei. Tal situação leva a se questionar e a debater a validade e a repercussão jurídica de alguns regulamentos éticos e institutos por eles previstos, como é o caso das diretivas antecipadas de vontade e seu conteúdo (como a ortotanásia).

4.2 A Resolução CFM nº 1.805/06 e a ortotanásia no Brasil

Como já exposto, as normas éticas auferiram contextos além de uma relação paternalista, e estão agora centradas no paciente. Privilegiou, assim, pontos profissionais que envolvem temas relacionados ao trato médico e, conseqüentemente, sobre a vida. Em sua grande parte, as temáticas são sensíveis no debate social. Ainda que tratem de aspectos peculiares, centram-se nos contornos constitucionais, em especial, a dignidade, fundamento da República Federativa brasileira. Um dos temas abordados pelas normas trata-se, tão somente, da ortotanásia.

A vida sempre foi vista na história da humanidade em uma posição de sacralidade. Essa visão é resultante de uma óptica religiosa. Não importa como, nem o porquê, a vida deve ser preservada a todo custo. Por isso, o conhecimento na área médica sempre foi direcionado para a manutenção da vida. A biotecnologia e a Medicina avançaram no sentido de tornar possível que os seres humanos pudessem ter a maior longevidade possível. Ao passo que esses avanços possibilitaram essa expectativa de vida, também resultam em questionamentos sobre o limite dela e em que circunstâncias. Daí, por que, surgiu o debate acerca de eutanásia, ortotanásia, suicídio assistido e distanásia, tratados no capítulo imediatamente anterior.

Na seara jurídica, a vida possui especial proteção. O direito à vida, por ser um direito que protege a existência humana, é inerente ao ser humano. Em razão de sua importância, é um direito humano, protegido pela ordem internacional. Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro, assim como em outros, constitui-se como um direito fundamental. No Brasil, isto ocorre, pois esse direito está positivado no Texto Constitucional de 1988, no rol de direitos fundamentais do art. 5, da Carta Magna. Embora se trate de um direito de extrema importância, não configura um direito absoluto, assim como os demais

direitos fundamentais. É nesse contexto que se traz a problemática sobre deixar morrer (ortotanásia) do matar (eutanásia) e sua diferenciação.

No campo ético, a ideia de preservação da vida a todo o custo, independentemente da circunstância (também conhecida como teoria vitalista), já não é mais uma verdade imutável. Outras duas visões éticas se exprimem. A primeira é a de sacralidade da vida, em que o valor da vida não estaria no fator de estar vivo, mas sim no fator de poder ter uma vida plena, cheia de realizações enquanto se está vivo, como ler, formar amizades, comer etc. Essas experiências que se tem quando se está vivo é que são valiosas, e não somente o fato de estar vivo. A segunda é da santidade da vida. Nessa teoria, a vida é vista como um bem básico ou inerente, mas não absoluto. Por tal razão, não deve ser tirada intencionalmente; entretanto, não deve ser prolongada a todo o custo.²⁸⁵

Os que tomam essa posição defendem o ponto de vista de que deve ser verificado se o tratamento vale a pena. Por esta visão, pode-se concluir que há, sim, um direito à vida, que deve ser protegido como direito fundamental, no qual um terceiro não pode ceifá-la, mas não há um dever de se viver pelo titular desse direito. Essas perspectivas, portanto, refletem a visão de final da vida; principalmente, relacionada ao deixar morrer e empreender meios para que a pessoa morra, no caso em que tiver alguma enfermidade grave. De início, cumpre destacar que deixar morrer (ortotanásia) e matar (eutanásia) são duas coisas distintas.²⁸⁶

A primeira perspectiva de diferenciação seria no binômio omissão/ação. Por essa premissa, assassinatos são moralmente proibidos, porque eles são o resultado de uma ação. Deixar morrer, entretanto, não é moralmente reprovável. Isto porque, todos são mais responsáveis pelas ações cometidas, do que as que se deixa de fazer. Matar é moralmente proibido na maioria das circunstâncias, mas deixar alguém morrer, não é. O ser humano se vê mais responsável por aquilo que faz do que aquilo que deixa de fazer.²⁸⁷

Por exemplo, em geral, a sociedade não acha moralmente reprovável deixar de enviar uma quantia de dinheiro para a caridade que, por sua vez, poderia salvar a vida de certa quantidade de pessoas desfavorecidas. Se, porém em vez de enviar dinheiro, alguém enviar veneno que mata a mesma quantidade de pessoas, essa atitude é considerada moralmente ruim. À primeira vista, pode parecer razoável diferenciar por esse binômio ação/omissão, mas essa diferenciação nem sempre é tão simples.²⁸⁸

²⁸⁵ SMITH, Stephen W. **End-of-life decisions medical care**: principles and polices for regulating the dying process. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012, p. 50 e ss.

²⁸⁶ SMITH, *loc. cit.*

²⁸⁷ SMITH, *loc. cit.*

²⁸⁸ SMITH, *loc. cit.*

James Rachels²⁸⁹, para demonstrar a falibilidade entre ação e omissão como condutas moralmente reprováveis para diferenciação entre morrer e deixar morrer, expõe dois exemplos. No primeiro exemplo, um homem chamado Smith receberá uma grande herança se algo acontecer com seu primo de seis anos. Em uma noite, enquanto a criança toma banho, Smith entra no banheiro, afoga a criança e ajeita o local para aparentar que foi um acidente. Smith, por sua vez, recebe a herança. No segundo exemplo, uma pessoa chamada Jones também receberá uma grande herança se seu sobrinho de seis anos falecer.

Do mesmo modo, enquanto a criança toma banho à noite, Jones planeja afogar a criança, como ocorreu com Smith no primeiro exemplo. Quando, porém, Jones entra no banheiro, ele vê a criança escorregar, bater a cabeça e cair com a face na água. Jones, satisfeito, está na espreita para empurrar a cabeça da criança para acelerar o processo, porém, não é necessário. A criança acabou afogando sozinha, no tempo em que a criança passou com a cabeça dentro da água, acidentalmente, enquanto Jones assistia à cena e não fazia nada. Do mesmo modo, Jones recebe a herança.

Na situação, a visão de que a diferença entre deixar morrer e morrer estaria no fato de que a ação é mais reprovável, enquanto a omissão de conduta não é os exemplos demonstram conclusão totalmente adversa. Primeiro, nos dois casos do exemplo, as duas condutas foram empreendidas ao mesmo fim, que foi matar a criança. Segundo, o resultado da conduta de ambos foi o mesmo: os agentes receberam a herança em razão da morte do sobrinho. Terceiro, mesmo no segundo exemplo em que Jones não agiu diretamente para matar a criança, sua conduta de deixá-la morrer foi moralmente reprovável como a de Smith que a matou.²⁹⁰

Nota-se, portanto, é que a diferença entre omissão e ação não é capaz de fundamentar, por si, a diferença em deixar morrer e matar. Nem todas as ações são ainda mais moralmente reprováveis do que os atos omissos. Não se pode olvidar que essa distinção entre ação e omissão pode ofertar contornos distintivos para alguns casos, no entanto, essa diferenciação não é absoluta, ou seja, não é aplicável em todos os casos, não sendo, assim, suficiente para, por si, fundamentar uma distinção, ainda que moral, entre deixar morrer e matar.²⁹¹

²⁸⁹ RACHELS, James. **The end of life: euthanasia and morality**. New York: Oxford University Press, 1990, p. 112 e ss.

²⁹⁰ RACHELS, *loc. cit.*

²⁹¹ SMITH, 2012, p. 50 e ss.

Outro aspecto utilizado para distinguir o deixar morrer do matar alguém em relação a intenção e previsibilidade. Para diferenciar os institutos, Stephen Smith²⁹² destaca um exemplo: suponha que alguém decida, em uma noite, sair com os amigos e beber bebidas alcoólicas em excesso. Essa pessoa tem a intenção de beber e se divertir com os amigos, pode até pretender ficar bêbado, porém, não intenta ficar de ressaca na manhã seguinte, apesar dos resultados de suas ações serem previsíveis para essa conclusão. Assim, a embriaguez pode ser intencional, mas a ressaca resultante não, sendo ela apenas previsível.

Embora o exemplo demonstre a diferença entre intenção e previsão, ela também exprime a problemática dessa diferenciação. Não é certo concluir que a previsão de um evento não resulte em uma conduta moralmente reprovável. No caso exposto, a pessoa não planejou ficar de ressaca, mas não é assertivo dizer que esta isenta de responsabilidade moral por ela. Por exemplo, se a ressaca fizesse essa pessoa perder uma reunião de trabalho na manhã seguinte, a culpa não seria da “ressaca”, mas sim do indivíduo que se embriagou e teve a ressaca. Isto porque cada um é responsável pelos resultados razoáveis de suas ações, mesmo que sejam apenas previsíveis e não intencionais.

A situação torna-se mais complexa quando relaciona à questão da saúde. Por exemplo, dois médicos acreditam que um tratamento deve ser retirado de um paciente. O primeiro quer a retirada porque a manutenção do tratamento somente só irá levar mais sofrimento. O segundo quer a interrupção do tratamento com a intenção de que o enfermo faleça. Caso se ponha sob a distinção intenção/previsibilidade, apesar de os dois médicos realizarem a mesma ação, a atitude do primeiro médico é considerada moralmente aceitável, enquanto a do segundo não.

Nota-se é que o binômio intenção/previsão não é suficiente para fundamentar a distinção entre deixar morrer e matar. As intenções não são fáceis de determinar, nem tão simplórias. Ademais, há situações em que a previsão poderá ser suficiente para resultar em uma responsabilidade moral para o agente. Além disso, há contextos no âmbito dos cuidados de saúde em que esse binômio não é satisfatório para fundamentar a moralidade de certas ações. Percebe-se a diferenciação ética na consequência de matar ou deixar morrer não envolve uma só perspectiva. É preciso considerar todos os valores éticos envolvidos para determinar se uma conduta é moralmente boa ou ruim.

No pensamento ético ocidental, portanto, na distinção para definir o deixar morrer e matar, não há uma diferença hermética e perfeita do que seria o permitido e o que seria

²⁹² SMITH, 2012, p. 79.

proibido. Para compreender o que seria permitido e o que não seria nos países ocidentais em que a eutanásia é tida como proibida²⁹³, é preciso usar todos os modos de diferenciação. O que seria proibido, em princípio, seria apenas a morte intencional e ativa dos pacientes²⁹⁴. Tendo em vista esse contexto ético, em que o deixar morrer seria possível, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1805/2006.

No dia 28 de novembro de 2006, foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução CFM nº 1805/2006²⁹⁵, que dispõe sobre a permissibilidade de o médico limitar ou suspender procedimento e tratamentos que prolonguem a vida do doente, nos casos de fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, garantindo os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

A Resolução trata da possibilidade da realização da ortotanásia pelo médico no Brasil, sem qualquer implicação ética. O normativo permite que o médico limite ou suspenda os procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do enfermo em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade do doente ou de seu representante legal. O médico tem por obrigação esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

A decisão deve ser registrada no prontuário, sendo assegurada ao paciente a busca pela segunda opção. Serão ministrados todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam o sofrimento ao enfermo (medidas paliativas), sendo-lhe assegurados a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive, tendo o direito a alta hospitalar, no caso em que queira ter os referidos cuidados em casa. A Resolução inseriu uma orientação terapêutica, que são os cuidados paliativos; diferentemente do Código que vigorou de 1988 a 2010, pois previa apenas a possibilidade de mitigação do sofrimento.

Com a norma, houve a indicação específica de uma especialidade médica dirigida a patologias crônicas incuráveis, sem possibilidades terapêuticas de cura. Trata, portanto, não apenas da ortotanásia, mas também da previsibilidade de especialidade direcionada para o

²⁹³ Como visto no capítulo anterior, o Brasil se enquadra como um dos países onde a eutanásia é proibida, uma vez que se encontra contemplada no art. 121 do Código Penal brasileiro.

²⁹⁴ TÄNNSJÖ, Torbjörn. The sanctity of life and the active/passive distinction: a final reflection. In: TÄNNSJÖ, Torbjörn (ed.). **Terminal sedation: euthanasia in disguise?**. New York: Springer Science+Business Media Dordrecht, 2004, p. 139.

²⁹⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 23 dez. 2018.

último período de vida do enfermo, sob a fundamentação de que a atuação do médico busca a prevenção e o alívio do sofrimento, por meio do reconhecimento precoce e avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor, e de outros sintomas.²⁹⁶

Em consonância com a Resolução, o parágrafo do art. 41, do atual Código de Ética dispõe em seu texto que, nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico “[...] oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”²⁹⁷.

A propósito, a mudança propiciada pela Resolução está no novo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2217/2018, publicada no Diário Oficial da União, de 01 de novembro de 2018), com vigência desde de maio de 2019. O novo Código destaca em seu Capítulo I, que trata dos Princípios Fundamentais, as medidas paliativas e a ortotanásia. Previu o enxerto normativo que, “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”²⁹⁸.

É importante ressaltar que, nos casos em que a evolução do paciente é desfavorável, e que a manutenção dos sinais vitais se torna apenas o insuportável prolongamento do processo de morte em um quadro clínico de natureza grave, irreversível e incurável, é necessário avaliar os limites de suporte de vida. A prática dos cuidados paliativos no fim da vida já é bem estabelecida em outros países. Nos Estados Unidos e Europa, existem ações bem delineadas de assistência paliativa dentro das UTIs, como: estratégia de controle de sintomas, habilidades de comunicação com o paciente/família, suporte espiritual para as famílias, inclusive apoio emocional para todos os envolvidos no processo²⁹⁹.

Importante destacar que a família possui um papel essencial na terminalidade da vida, e nas escolhas realizadas nesse período, em especial na fase terminal. A rotina familiar é alterada para que o paciente tenha total amparo. Os transtornos e preocupações com o ente e sua saúde, passam a fazer parte com frequência do cotidiano dos familiares. As necessidades

²⁹⁶ MENEZES, Rachel Aisengart; GOMES, Edlaine de Campos. Uma “morte suave”: valores religiosos e laicos nos discursos sobre ortotanásia. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 2, p. 81-100, 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-85872012000200005>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rs/v32n2/05.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

²⁹⁷ BRASIL, 2018c, *online*.

²⁹⁸ BRASIL, *loc. cit.*

²⁹⁹ SANTOS, Maria Fernanda Gonçalves dos; BASSITT, Débora Pastore. Terminalidade da vida em terapia intensiva: posicionamento dos familiares sobre ortotanásia. **Rev. bras. ter. intensiva**, São Paulo, v. 23, n. 4, p. 448-454, dez. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-507X2011000400009>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbti/v23n4/a09v23n4.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

da família variam desde o princípio da doença até muito depois da morte. Os entes familiares passam por um processo de compreensão em que a razão fundamental PE a compreensão das necessidades do paciente, e ajudá-lo no que for preciso³⁰⁰.

No âmbito social, pode-se concluir é que, no Brasil, a prática é aceita pelos membros familiares. O posicionamento da família de pacientes em fase de final da vida quanto à ortotanásia³⁰¹, é o de que a maioria é a favor da ortotanásia. Constatou-se que há um desejo dos familiares na participação da limitação de suporte de vida e percepção da gravidade do estágio clínico e psíquico e conhecimento da preferência do desejo do pacientes sobre a qualidade final de vida. A família toma a consciência de que a ortotanásia é uma conduta escolhida em benefício do paciente, sendo, portanto, aceitável.

Os familiares passam a questionar a necessidade da manutenção do suporte vital de seus familiares enfermos, quando constatarem o prolongamento do sofrimento do paciente em situações irreversíveis. Apesar de nem todos os familiares estarem prontos para tomar decisões quanto à qualidade sobre o final da vida, para grande parte, a morte, nesse caso, é encarada como alívio, descanso que livra o familiar doente da dor, fome, sede, desamparo. A satisfação da família, ao ser retirado o suporte de vida, é de que, além de amenizar o sofrimento do enfermo, preserva a sua dignidade³⁰².

Sob a perspectiva jurídica, apesar de ser pragmática, a Resolução passou por uma Ação Civil Pública. Ajuizada pelo Ministério Público Federal na Justiça Federal Seção Distrito Federal (com distribuição para a 14ª Vara), a Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014908-3 (Processo nº 0014718-75.2007.4.01.3400)³⁰³, teve como objeto o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM nº 1805/2006, e, alternativamente, sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia. Os fundamentos do autor da Ação centram-se no fato de que o CFM não teria como regulamentar uma conduta ética tipificada como crime, tendo em vista que o direito à vida é indisponível,

³⁰⁰ KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**: o que os doentes têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. (Tradução Paulo Menezes) 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 172 e ss.

³⁰¹ Alguns estudos feitos em outros países demonstram que não é só no Brasil a vertente familiar pela aceitação da ortotanásia, vide: MEEKER, Mary Ann; JEZEWSKI, Mary Ann. Family decision making at end of life. **Palliat Support Care.**, Cambridge, UK, v. 3, n. 2, p. 131-142, June 2005. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1478951505050212>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/palliative-and-supportive-care/article/family-decision-making-at-end-of-life/B098D6A8C6B3E6F852CA5067F243EE53>. Acesso em: 28 dez. 2018; e GRIES, Cynthia J.; CURTIS, J. Randall; WALL, Richard J.; ENGELBERG, Ruth A. Family member satisfaction with end-of-life decision making in the ICU. **Chest.**, Chicago, v. 133, n. 3, p. 704-712, Mar. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1378/chest.07-1773>. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2744978/pdf/nihms103750.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

³⁰² SANTOS; BASSITT, 2011.

³⁰³ BRASIL, Tribunal Federal Regional da Primeira Região. **Consulta Processual/DF**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php#>. Acesso em: 20 dez 2018.

de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito (ou seja, o CFM teria ultrapassado suas competências).

Além disso, de acordo com o MPF, considerando o contexto socioeconômico brasileiro, a ortotanásia poderia ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do Sistema Único de Saúde e da iniciativa privada. Em defesa, o Conselho ressaltou que a Resolução não tratava de eutanásia, tampouco da distanásia, mas sim ortotanásia. Explicou o Conselho que a ortotanásia é a situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médico mundial denominado Medicina Paliativa, que representa a possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna.

Ressaltou o Conselho que a ortotanásia não é considerada crime e, o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata. Na decisão³⁰⁴, o juiz federal substituto Roberto Luis Luchi Demo, entendeu que a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimento e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis não ofende o ordenamento jurídico em vigor. O julgador se alinhou à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo, e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais. Nas alegações finais da Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, posta na sentença, ficou destacado que o tema é polêmico e encerra dilemas não apenas de ordem jurídica, mas também, de cunho religioso, social e cultural. A Procuradora discordou, entretanto, dos apontamentos do signatário da inicial. Em suma, a Procuradora entendeu que o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, pois esta não versa sobre Direito Penal e, sim, acerca de ética médica e consequências disciplinares, pois a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretando o Código Penal à luz da Constituição Federal.

Além disso, uma vez editada, a edição da Resolução não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; a Resolução deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever em exatidão os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, possibilitando maior transparência e maior controle da atividade médica; e os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal

³⁰⁴ TRIBUNAL FEDERAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Seção Judiciária do Distrito Federal. **Sentença da Ação Civil processo nº 2007.34.00.014809-3**. Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo. Brasília: TRF-1, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2018.

não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis às providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

Alguns apontamentos devem ser ressaltados da decisão. A ortotanásia não foi considerada como crime disciplinado pelo Código Penal, e não pode ser confundida com a eutanásia, instituto inserido no art. 121 do Código Penal como destacado no capítulo anterior. Isto porque, ficou consignado no decisório que a extensão do conceito de tipo penal que cabe a dimensão formal-objetiva (que seria a conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); a dimensão material-normativa (que configura no somatório do desvalor da conduta, desvalor do resultado jurídico e imputação objetiva desse resultado) e a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos), a ortotanásia, também conhecida como morte digna, elimina a dimensão material normativa do tipo, visto que, nesse caso, a morte não é arbitrária, nem desarrazoada.

Não obstante o exposto, na sentença, entendeu o julgador que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, sob a égide dos princípios como o da dignidade humana e o da liberdade, em que este último envolve a autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de outra pessoa. Pelo princípio da dignidade humana, estaria compreendido não só o direito à vida, mas, também, o direito à morte digna. Sendo assim, não há dúvidas de que a ortotanásia seria legítima. Concluiu, portanto, pela atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado.

Quanto ao fato de poder configurar omissão de socorro, a decisão conclui que esta configuração é impossível. O art. 135 do Código Penal disciplina que o crime de omissão de socorro é deixar de prestar assistência à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo. O artigo, entretanto, não é aplicável à ortotanásia, porquanto, no caso, os pacientes terminais estão em processo inexorável de morte e não há como salvar suas vidas. Prestar assistência na forma de atenções para o bem-estar físico, social, mental e espiritual do paciente, com todo o apoio e informações necessários, não seria “deixar de prestar assistência”.

Assim, na decisão, entendeu-se que há quebra de nexos causal entre a ação do médico e o resultado (morte inevitável), tanto no caso da omissão de socorro, como no de homicídio. Portanto, é plenamente possível afirmar que, do ponto de vista constitucional, há uma atipicidade da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal. Outros pontos destacados na decisão estão em: trata-se da disciplina ética, e de que a decisão prevê a

possibilidade de visões de vários profissionais quanto à terminalidade da vida, o que daria mais certeza do prognóstico a ser ministrado.

Avizinhou a decisão, portanto, a percepção de que a ortotanásia não se caracteriza crime, à luz do ordenamento jurídico vigente, em especial, da Constituição Federal. O conteúdo da norma ética é constitucional e também legal. O próprio Ministério Público Federal, autor da ação, por fim, entendeu dessa maneira. Além disso, a Resolução afigura-se como norma ética, com o intuito de disciplinar a prática do médico com o seu paciente, a não ter qualquer responsabilização profissional. Ademais, a Resolução possibilita que a certeza de um diagnóstico de terminalidade possa ser dada por vários profissionais, o que não ilegítima o prognóstico do fim iminente.

Destarte, vale ressaltar o fato que, poucos dias após o julgamento da ação, a Comissão de Seguridade Social e Família aprovou a proposta que regulamenta a ortotanásia³⁰⁵. O texto aprovado foi um substitutivo (emenda que altera a proposta inicial em seu conjunto, substancial ou formalmente, e acaba por substituir o projeto original). O Projeto de Lei está sob o nº 6715/09, e tem como objeto a alteração do Código Penal, para excluir de ilicitude a ortotanásia. O texto aprovado estabelece a exigência de autorização expressa do paciente, de sua família ou de seu representante legal para a realização da ortotanásia.

De igual modo, a proposta também assegura os cuidados paliativos ao paciente e expressa que os pacientes em fase terminal são as pessoas portadoras de enfermidade avançada, progressiva e incurável, em que tenha sido dado o prognóstico de morte iminente e inevitável, sem que seja possível qualquer melhora em seu quadro clínico. O projeto está sob o regime de tramitação prioritária, nos termos do art. 151, inciso II, RICD. A sua última movimentação, entretanto, ocorreu ainda em 2010, quando a proposição foi sujeita à apreciação do Plenário. Atualmente, o projeto encontra-se esperando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.³⁰⁶

³⁰⁵ LIMA, Marúcia. Comissão aprova proposta que regulamenta a ortotanásia. **Agência Câmara Notícias**, Brasília, 8 dez. 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/151903-COMISSAO-APROVA-PROPOSTA-QUE-REGULAMENTA-A-ORTOTANASIA.html>. Acesso em: 30 dez. 2018.

³⁰⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.715, de 2009 (Do Senado Federal)**. Altera o Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Brasília: Senado Federal, 2009a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=674B08C0DA7EEAC93BE378F7EB5D758D.node2?codteor=731681&filename=Avulso+-PL+6715/2009. Acesso em: 30 dez. 2018.

João Paulo Martinelli³⁰⁷ destaca que, em tese, não haveria necessidade de qualquer alteração na legislação, pois, a dignidade humana e a liberdade são direitos previstos na Constituição Federal, e devem ser aplicados na interpretação do Código Penal. A previsibilidade expressa em lei da ortotanásia como fato atípico, porém, encerraria eventuais discussões sobre a matéria.

Por fim, evidencia-se é que a Resolução está centrada num direito à morte digna, sob a premissa de que o paciente tem o direito à autonomia de escolha nos tratamentos que lhe serão ministrados, inclusive reconhecendo que as medidas paliativas são o tipo de tratamento dessa boa morte. Vale destacar, inclusive, rememorar que o pensamento católico no tema, permite a renúncia do excesso terapêutico quando estes não serão mais benéficos aos enfermos.

4.3 A Resolução CFM nº 1.995/2012 e a previsão das diretivas antecipadas no País

Como visto, dentre as normas emitidas pelo CFM está à previsão da realização da ortotanásia, sem que esta escolha resulte em prejuízos éticos ao médico. O paciente que estiver em situação de enfermidade irreversível e terminal poderá escolher pela não realização de procedimentos terapêuticos desnecessários, e optar para que lhe seja ministrado todos os cuidados paliativos para aliviar o seu sofrimento e a dor. Portanto, há a possibilidade do paciente optar pela chamada boa morte.

Além disso, como restou evidenciado há pouco, não há penalidade normativa no caso de o paciente escolher a ortotanásia. Isto porque a interpretação do Código Penal à luz da Constituição, conforme restou vislumbrado na sentença que concluiu pela regularidade da Resolução, não prevê a ortotanásia como um tipo penal. Logo, ficaram constatadas a legalidade do normativo ético e a falta de proibição por parte do ordenamento jurídico brasileiro da realização da ortotanásia.

O tema não se esgota, contudo, nessa conclusão. A situação quanto a optar pela continuidade ou não de tratamentos fúteis, nos casos em que o enfermo é terminal ou sua doença é irreversível, pode ser conclusiva no que diz respeito ao paciente com discernimento para fazer essa escolha, porém, uma questão é suscitada sobre o tema: como se dará a

³⁰⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, [2010]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/10507-A-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 30 dez. 2018.

manifestação da vontade do paciente nos casos em que o enfermo não puder manifestar a sua escolha? É nesse questionamento que se enquadram as diretivas antecipadas de vontade.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina³⁰⁸, um aspecto relevante decorre do contexto do vital da vida do paciente: as decisões médicas cruciais ao seu respeito quando o paciente está incapacitado de comunicação (situação que afeta 95% dos enfermos). Sobre a situação, vários países disciplinam em seus códigos éticos as diretivas antecipadas de vontade do paciente, tanto de modo simplificada como verbal. No Brasil, a recepção das diretivas antecipadas se mostrou elevada entre os médicos e os pacientes.

A Resolução CFM nº 1995/2012, publicada no Diário Oficial da União, no dia 31 de agosto de 2012³⁰⁹, dispõe sobre as diretivas de vontade antecipada dos pacientes. Dentre os fundamentos para a formulação da Resolução se encontram: a necessidade de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira; necessidade de disciplinar a conduta do médico; a relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente. Assim, também, a interface das diretivas antecipadas na relação médico paciente; a possibilidade de enfrentamento da questão pelos profissionais médicos; e as questões dos novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prorroguem, sem qualquer benefício, o sofrimento do paciente em estágio terminal, podendo essas medidas ser rejeitadas pelo paciente.

De acordo com a Resolução, a definição de diretivas antecipadas de vontade é o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, acerca dos cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Isto nas situações em que o paciente está incapaz de expressar de maneira livre e autônoma, a sua vontade.

No caso, a Resolução prevê a possibilidade de ser designado, pelo paciente, um representante para tal fim; suas informações serão consideradas pelo médico. O profissional somente não levará em consideração as diretivas de vontade do paciente ou seu representante nomeado, nas situações que estiverem sem acordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. Destaca que as diretivas prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos membros familiares.

Segundo a Resolução, o médico poderá registrar, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade do paciente que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. Caso não sejam conhecidas as diretivas, nem havendo representante designado, familiares

³⁰⁸ BRASIL, 2012c, *online*.

³⁰⁹ BRASIL, *loc. cit.*

disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, se este existir. No caso de sua falta, a Comissão de Ética Médica do hospital ou o Conselho Regional e Federal de Medicina poderão fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender em esta medida necessária e conveniente.

Assim que entrou em vigor, a legalidade da Resolução foi questionada na justiça. O Ministério Público Federal, assim como na Resolução sobre a ortotanásia, ingressou com Ação Civil Pública, protocolizada sob o nº 1039-86.2013.4.01.3500/7100, na Justiça Federal na Seção do Estado de Goiás (primeira vara), em face do Conselho Federal de Medicina, visando à suspensão da Resolução CFM nº 1995/2012. Os fundamentos do MPF para ingressar com a Ação foram: incidência de inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução constatada pelo inquérito civil público nº 1.18.000.001881/2012-38; em vez de facultar ao paciente a designação de um representante legal, instituiu as diretivas antecipadas de vontade.³¹⁰

A Resolução, segundo o MPF, extrapolou os poderes conferidos pela Lei nº 3268/57, pois regulamentou tema que possui repercussões familiares, sociais e nos direitos de personalidade; somente a União, por meio do Congresso Nacional, poderia dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, nos termos do art. 22, incisos I, XVI e XXIII, da Constituição Federal; a Resolução omitiu-se em pontos essenciais, como, a exigência de capacidade civil do paciente, limite temporal de sua validade e formas de revogação, o que viola a segurança jurídica.

Além disso, não teria sido previsto o direito de a família influenciar na formação da vontade e fiscalizar seu cumprimento, sem consonância com o art. 226, *caput*, da Constituição Federal; o prontuário médico é instrumento inidôneo para o registro das diretivas, pois seu caráter sigiloso impede o controle da atuação do médico. Na Ação, o Ministério Público Federal solicitou a antecipação da tutela quanto ao reconhecimento da inconstitucionalidade, suspensão de sua aplicação em âmbito nacional, e para proibir o órgão de emitir Resoluções como esta.

O CFM, em sua defesa, argumentou que o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 1820/2009, manifestou-se no sentido de que, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), os pacientes devem ter seus valores, culturas e direitos respeitados, assim como

³¹⁰ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Primeira Vara. **Decisão da Ação Civil Pública Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500**. Goiânia: Justiça Federal, 2013. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=6834321d3dbe4fa0387f2a4e9bc1e4ad&trf1_captcha=st83&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO. Acesso em: 30 dez. 2018.

direito ao sigilo, confidencialidade, consentimento livre, voluntário e esclarecido e livre escolha de que será o responsável por tomar decisões na situação de sua incapacidade; não há ilegalidade, pois a competência outorgada aos conselhos de Medicina é para tratar do exercício técnico e também moral da profissão.

Ademais, a Resolução, de acordo com o CFM, não introduz no ordenamento jurídico a possibilidade de ortotanásia, mas sim informa ao médico que a conduta ética da profissão exige o respeito dos desejos e vontades previamente expressados pelo paciente sobre os tratamentos ou não a que intenta se submeter; a capacidade de manifestação de vontade é prevista, nos arts. 1º a 5º, do Código Civil; não haveria, portanto, necessidade da Resolução normatizar; o ato de vontade não caduca pelo decurso do tempo, sendo assim, o paciente é livre para não mais se valer das diretivas, bem como para revogá-las, em consonância com o princípio da simetria das formas.

A família será consultada, quando não houver diretivas; o normativo não criou forma especial, visto que os pacientes podem expressar a vontade por qualquer meio idôneo e de validade jurídica, sendo determinado pela Resolução apenas que cabe ao médico registrar as diretivas no prontuário; e que vários países já adotaram o instituto em suas normas éticas. Em análise preliminar sobre a antecipação de tutela³¹¹, o juiz federal Crisóstomo de Almeida entendeu que o CFM não havia extrapolado seus poderes normativos, pois, a Resolução em tela apenas regulamentou conduta médica ética ante situação fática, ainda, que a Resolução estaria compatível com o princípio da dignidade humana, haja vista que assegura ao paciente em estágio terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem que ele seja submetido a tratamento doloroso e fútil. Em sede de sentença, o juiz federal substituto Eduardo Pereira da Silva entendeu pela improcedência dos pedidos do MPF e que os efeitos da decisão alcançava todo território nacional. Ressalta, de início, que a Resolução não regulamenta apenas as diretivas de pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia.

A Resolução trata, segundo a decisão, das diretivas para qualquer paciente que fique incapacitado para expressar vontade. Embora reconheça que a matéria não é tratada pela legislação, e que seria desejável que tal questão viesse a ser tratada pelo legislador, o julgador entende que, dado o vazio legislativo, as diretivas não encontram vedação no ordenamento jurídico. Ademais, o CFM não extrapolou os poderes normativos que lhe foram outorgados.

³¹¹ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Primeira Vara. **Decisão da Ação Civil Pública Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500**. Goiânia: Justiça Federal, 2013. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=6834321d3dbe4fa0387f2a4e9bc1e4ad&trf1_captcha=st83&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO. Acesso em: 30 dez. 2018.

Destaca que a Resolução apenas regulamenta conduta médica perante situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos tratamentos que quer ou não receber quando não puder exprimir a sua vontade. A Resolução tem efeito, portanto, apenas na relação ético-disciplinar, não tendo o condão de criar direito ou obrigações, sobretudo nas esferas cível e penal. Assim, a família e o poder público não estarão impedidos de buscar tutela judicial caso se oponham a diretivas antecipadas do paciente, tampouco a responsabilização dos profissionais de saúde por eventual ilícito.

Dessa feita, de acordo com a decisão, não há extrapolação do poder regulamentar ou regulamentação de direitos de personalidade, de competência do Congresso Nacional. Ressaltou que a Resolução é compatível com a autonomia da vontade, princípio da dignidade humana, e a proibição de submissão a tratamento desumano e degradante, conforme estabelecido nos arts. 1º, inciso, III e art. 5º, inciso III, da Constituição Federal. Ademais, a própria lei civil disciplina no art. 107, do Código Civil, que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Na sentença ficou ressaltado que, detendo o enfermo capacidade civil, poderá fazer declaração de vontade. A Resolução não previu modalidade especial, mas, tão-somente, que o médico deve registrar a vontade no prontuário, fato que não contraria qualquer lei em vigo. Isto é, o prontuário não foi eleito como instrumento de manifestação de vontade. O registro não é conduta indispensável de validade das diretivas, assim como a temporalidade, visto que o paciente é livre para se manifestar a qualquer tempo e por qualquer forma.

Destarte, quanto ao alijamento das famílias das decisões, a Resolução permitiu, inclusive, a designação de um representante para tal fim, e que a vontade do paciente deve prevalecer sob a decisão da família, encontrando amparo nos dispositivos anteriormente citados. Este fato não retira da família a possibilidade do acesso à informação dos tratamentos ministrados, e da busca por tutela contra ato que viole lei civil ou penal. Da decisão, nota-se é que as diretivas antecipadas de vontade são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, restou configurado pelo decisório que não houve criação, por parte do Conselho, de um instituto jurídico não vigente na norma jurídica, mas sim a constatação do respaldo legal das diretivas no ordenamento jurídico, o que será tratado adiante.

4.4 A experiência de Portugal

No mesmo ano em que o CFM emitiu no Brasil a Resolução sobre diretivas antecipadas de vontade, Portugal promulgou sua Lei sobre o assunto. Um longo caminho,

entretanto, foi percorrido em terras lusitanas até a formulação da atual legislação sobre diretivas antecipadas. Embora Portugal seja uma nação europeia pioneira na defesa da vida, tendo em vista que aboliu a pena de morte de seu arcabouço normativo ainda em 1867³¹², não foi igualmente precursor quando se trata da defesa da liberdade de escolha e autodeterminação das pessoas. A questão foi resultado de longos estudos e debates sociais antes de se tornar um projeto de lei e uma lei propriamente dita.

Como ocorreu em outros países, a repercussão da profunda alteração na relação entre Medicina e sociedade em virtude do emprego excessivo de tecnologia sofisticada, que resultou na desumanização progressiva da prestação de cuidados de saúde, também foi colocada em pauta de discussões em Portugal. Logo, a utilização desproporcional de meios de tratamento em doentes terminais, ou, em outras palavras, da distanásia, foi um assunto discutido no País. Isto porque a Medicina, sendo uma profissão regulada por padrões éticos estritos (deontologia profissional), não impediu a tendência abusiva da utilização das novas tecnologias biomédicas.³¹³

Uma atitude paternalista tradicional da MEDICINA não era mais aceitável numa democracia tão plural. A decisão clínica é progressivamente partilhada entre o doente e sua família. No que diz respeito aos pacientes terminais, a intervenção médica é cada vez mais o paradigma de atuação, por isso, a necessidade da existência de normas no ordenamento jurídico português que permitissem uma interpretação adequada da vontade das pessoas. O que se exprimiu no centro da discussão foi a colisão de valores que refletiam distintas multidivisões sobre a autonomia da pessoa. No âmbito dos cuidados de saúde, a questão central foi saber se o doente deve ou não poder ser livre para se determinar, e fazer suas escolhas livres, esclarecidas e informadas.³¹⁴

As reflexões que originaram a possibilidade de legalizar o Testamento Vital em Portugal foram realizadas na perspectiva do consentimento informado, e na existência do debate social sobre a licitude da suspensão ou abstenção de meios desproporcionados de tratamento. A evolução da Medicina, além de permitir a sobrevivência de doentes com uma variedade de patologias agudas ou crônicas previamente letais, desenvolveu técnicas de

³¹² O Artigo 24, 2, da Constituição da República de Portugal destaca que “[...] em caso algum haverá pena de morte” (PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/201902122004/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 8 fev. 2019).

³¹³ NUNES, Rui. **Estudo N.º E/17/APB/10 – Testamento Vital**. Porto: Associação Portuguesa de Bioética, 2010. Disponível em: http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf. Acesso em: 8 fev. 2019.

³¹⁴ NUNES, *loc. cit.*

reanimação e tratamentos considerados fúteis, extraordinários ou desproporcionais, trazendo a questão de se determinar se é ou não adequada a utilização desses recursos nessas situações.³¹⁵

A própria ética médica questionou a utilização desses tratamentos em doentes terminais, por simplesmente estarem disponíveis para utilização. Nesse contexto, diversas propostas surgiram para estabelecer um padrão consensual de boas práticas, sob os valores predominantes das sociedades pluralistas. A Convenção de Direito do Homem e da Biomedicina, por exemplo, previu a figura do consentimento informado. As ordens de não reanimar, que são uma clara representação desse consentimento livre e informado, foram um *standard* da boa prática médica, tendo sido plenamente incorporadas na legislação da profissão médica. Essa tendência também ocorreu em Portugal, em que um conjunto de diretrizes de aplicação universal foi proposto no sistema de saúde português quanto à suspensão ou abstenção de tratamento de doentes terminais.³¹⁶

Importante é destacar o fato de que o Direito português já fundamentava o consentimento livre informado em seu arcabouço legislativo. Os artigos 25º e 26º do Constituição da República Portuguesa³¹⁷ previam o consentimento livre informado como consequência da dignidade e fundamento de autodeterminação do paciente. Enquanto isso, o Código Penal³¹⁸ reconhecia o consentimento informado ao tratar dos crimes contra a liberdade. O debate social e da classe médica, no entanto, sobre a licitude da suspensão ou abstenção de meios desproporcionados de tratamento, era contaminado por outros debates, também importantes, mas de ordem diferente, como a prática da eutanásia, ainda que se trate de conceito distinto, fazendo com que os debates sobre a possibilidade de legislar as diretivas antecipadas fossem mais acirrados.³¹⁹

Sendo assim, em Portugal, a primeira proposta legislativa ocorreu em 2006. A Associação Portuguesa de Bioética efetuou uma proposta à Assembleia da República de

³¹⁵ NUNES, *loc. cit.*

³¹⁶ NUNES, 2010.

³¹⁷ O Artigo 25, 2, da Constituição da República diz que “Ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”. Por sua vez, o artigo 26, 2, destaca que “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”. (PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/201902122004/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 8 fev. 2019).

³¹⁸ O Artigo 153.º, 1, do Código Penal português, por exemplo, destaca como tipo penal a ameaça da liberdade pessoal (PORTUGAL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Aprova o Código Penal. **Diário da República**, Lisboa, 1.ª Série-A, n.º 63, 15 mar. 1995. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/185720>. Acesso em: 8 fev. 2019).

³¹⁹ NUNES, *op. cit.*

legalização da possibilidade de uma pessoa manifestar sua vontade sobre os tratamentos que quer ou não para si própria na fase de incapacidade para decidir. Apesar de não ter sido aprovada, essa proposta suscitou um debate nacional sobre a importância e a legitimidade do Testamento Vital. Em maio de 2009, o Grupo Parlamentar do Partido Socialista efetuou uma proposta de lei alternativa, que foi aprovada em sua generalidade, contudo, foi retirada em razão das circunstâncias sociais e políticas existentes à época.³²⁰

Em 2010, os grupos parlamentares do Bloco de Esquerda (Partido Social Democrata e Partido Popular) apresentaram projetos de lei sobre a matéria. As propostas, entretanto, caducaram. Em 2011, os grupos parlamentares apresentaram novos projetos que resultaram na Lei atualmente vigente em Portugal sobre diretivas antecipadas: a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Importante evidenciar que, um dos estudos que contribuíram no conteúdo da criação de uma legislação que preservasse a autonomia da pessoa com relação às decisões a serem tomadas no fim da vida foi o do Professor Doutor Rui Nunes, Catedrático de Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto.³²¹

Assim, ao estudar sobre a viabilidade da formulação dessa legislação, alguns princípios foram destacados pelo Professor para a legalização do Testamento Vital e que foram importantes para delimitar o conteúdo da legislação³²². Os princípios citados pelo catedrático foram: a limitação a pessoas capazes, competentes, maiores de idade e não inibidas por anomalia psíquica; informação e esclarecimento adequados, por intermédio de um médico com formação técnica apropriada; efeito compulsivo na decisão médica e não meramente indiciário; existência de um formulário-tipo com o objetivo de padronizar procedimentos; possibilidade de revogação a qualquer momento e sem qualquer formalidade; renovação periódica da manifestação de vontade; certificação perante um notário para garantir a autenticidade e evitar influências indevidas na esfera da decisão pessoal; criação no âmbito do sistema de saúde de um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENDAV), para agilizar o acesso ao Testamento Vital por parte dos profissionais de saúde.

Nesse viés, a legislação de Portugal³²³ deixa claro, ainda no primeiro artigo, o objeto da lei. O legislador português regulou tanto o testamento vital (designação utilizada

³²⁰ RAIMUNDO, Diana Sara Lopes. O procurador de cuidados de saúde na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. **e-Pública**, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 488-517, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n2/v1n2a17.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

³²¹ RAIMUNDO, 2014, p. 488-517

³²² NUNES, 2010.

³²³ PORTUGAL. Assembleia da República. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). **Diário da República**, Lisboa, 1.ª Série, n.º 136, 16 jul. 2012. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/133762>. Acesso em: 8 fev. 2019.

expressamente pela lei para designar as diretivas antecipadas de vontade) como a nomeação de um procurador de cuidados de saúde (conhecido na doutrina sobre o assunto como mandado duradouro). A lei destaca que as diretivas antecipadas de vontade constituem um documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio interessado (ou paciente), pelo qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que almeja receber, ou não, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a vontade pessoal e autônoma.

Percebe-se do texto normativo é a divisão clara do conteúdo do documento: o testamento vital que seria para dispor a vontade do interessado sobre os tratamentos que quer ou não que lhe sejam ministrado no fim da vida, e o mandado duradouro, que concerne na indicação de alguém para decidir pelo paciente nessa situação de impossibilidade de sua manifestação. No conteúdo do documento está a possibilidade de não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais; não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem a retardar o processo natural de morte; a possibilidade de optar por receber os cuidados paliativos adequados em respeito ao direito do enfermo em ter uma intervenção global no sofrimento ocasionado por doença grave ou irreversível em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada; não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental; e autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos. A norma destaca que as diretivas compõem um documento escrito, que deve ter as seguintes formalidades: a identificação completa do outorgante, o lugar, data e hora da sua assinatura, as situações clínicas em que as diretivas antecipadas da vontade produzem efeitos, as opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante quer ou não receber, e as declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas de vontade.

Existe, também, a possibilidade de o médico elaborar as diretivas de vontade, situação em que a identificação e a assinatura do médico podem constar nos documentos, caso seja a opção do outorgante e do médico. O Ministério com a tutela da área de saúde poderá formular um modelo de utilização facultativa pelo outorgante³²⁴. Além disso, a lei prevê que

³²⁴ O modelo encontra-se aprovado atualmente por meio da Portaria n.º 104/2014 (PORTUGAL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 104/2014, de 15 de maio. Aprova o modelo de diretiva antecipada de vontade. **Diário da**

podem outorgar os maiores de idade, que não estejam em situação de acompanhamento, e que se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido. Também destaca os conteúdos que, caso postos no documento, o tornam juridicamente inexistente, não produzindo qualquer efeito, sendo eles: o que seja contrário à lei e, a ordem pública, o que seja contrário às boas práticas, aquele cujo cumprimento poderá provocar deliberadamente a morte não natural e tipificada na legislação Penal Portuguesa, e no caso do outorgante não ter expressado clara e inequívoca a sua vontade.

A legislação estabelece, ainda, as situações nas quais o documento será eficaz, o prazo dessa eficácia cinco anos a contar da sua assinatura, podendo ser renovável mediante declaração de confirmação disposta no documentos de diretivas) e as possibilidades em que o documento poderá ser modificado ou revogado. A lei também dedica um capítulo para as diretrizes na indicação do Procurador e procuração de cuidados de saúde. A definição dada pela norma para a procuração é de que se trata de um documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntaria e gratuitamente, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde. Delimita os efeitos da representação e sua a extinção.

O fato de que, qualquer pessoa poderá nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe os poderes representativos para decidir sobre os cuidados que venha a receber, ou não receber quando estiver incapaz de fazê-lo. Indica o normativo, ainda, as pessoas que não podem ser nomeadas, como os funcionários do Registro, proprietários e gestores do que administram ou prestam cuidados de saúde. Alguns aspectos merecem ser destacados da legislação portuguesa. O primeiro é a possibilidade da objeção de consciência por parte dos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante, quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento das diretivas antecipadas. O outro é a previsão expressa da não discriminação, em que ninguém poderá ser discriminado no acesso a cuidados de saúde, em virtude de ter ou não outorgado um documento de diretivas antecipadas de vontade.

Por fim, a norma prevê o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), a ser criado pelo Ministério com a tutela na área da saúde, cuja finalidade é recepcionar, registrar, organizar e manter atualizada a informação e documentação relativas aos documentos de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde. O Registro é responsável por manter as diretivas antecipadas das pessoas e pode ser acessado

em qualquer instituição de saúde pela equipe responsável, sendo um verdadeiro avanço no que diz respeito à preservação da autonomia da vontade do paciente.

O que se percebeu ao longo dos anos em Portugal, após a promulgação da legislação, é uma grande aceitação popular do normativo e o Testamento Vital, a ponto de parte significativa da população, ter elaborado suas diretivas antecipadas de saúde. Esse aumento do interesse dos portugueses, contudo, ocorreu, em especial, no ano de 2017, quando mais de 12 mil portugueses elaboraram o documento expressando suas vontades antecipadas. Até 2016, apenas seis mil testamentos foram elaborados em Portugal. Isso ocorreu, em razão das campanhas informativas sobre o testamento vital, e acerca do debate no País a respeito da despenalização da morte assistida³²⁵. Não é de se estranhar esse aumento, já que, recentemente, a Organização Mundial de Saúde constatou, após pesquisa realizada com 58 países, que Portugal é um dos cinco países que pior trata seus idosos³²⁶ (população que em alguns anos representará 40% da população portuguesa³²⁷), onde grande parte vive em estágio de solidão.³²⁸

Percebe-se experiência portuguesa é que, a aprovação do documento não se deu rapidamente, mas sim após muito debate, tentativas de aprovação de vários projetos de leis, e estudos informativos sobre o tema. O projeto aprovado, ainda que tenha utilizado equivocadamente a expressão Testamento Vital como sinônimo de diretivas antecipadas, definiu bem o que é o testamento, prevendo também, de modo separado, o mandado duradouro, que denomina de Procuração de Saúde. Nota-se é que a legislação de Portugal trata de todos os pontos essenciais na formulação dos documentos e que a informação sobre o que tratam se demonstrou essencial para a adesão de sua elaboração.

4.5 Resolução CFM nº 2.156/2016: um óbice às diretivas antecipadas de vontade?

As diretivas antecipadas de vontade, como destacado, constituem a da manifestação prévia dos pacientes acerca dos tratamentos que querem que lhes sejam ou não

³²⁵ LUSA. Perto de 20 mil portugueses têm o testamento vital registrado. **Diário de Notícias**, Lisboa, 23 mar. 2018b. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/perto-de-20-mil-portugueses-tem-o-seu-testamento-vital-registado-9182986.html>. Acesso em: 8 jan. 2019.

³²⁶ DN/LUSA. OMS. Portugal é um dos cinco países da Europa que pior trata os idosos. **Diário de Notícias**, Lisboa, 23 fev. 2018a. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/portugal-esta-nos-cinco-paises-da-europa-que-pior-trata-os-idosos-estudo-9139937.html>. Acesso em: 9 fev. 2019.

³²⁷ NATIONAL GEOGRAPHIC (Portugal). Envelhecer em Portugal: o Estado do País. **National Geographic**, Lisboa, 18 abr. 2018. Disponível em: <https://www.natgeo.pt/ciencia/2018/04/envelhecer-em-portugal-o-estado-do-pais>. Acesso em: 9 fev. 2019.

³²⁸ PORTUGAL. Guarda Nacional Republicana. **Operação Censos Sénior 2017 – Resultados**. Lisboa: GNR, [2017]. Disponível em: <http://www.gnr.pt/comunicado.aspx?linha=4206>. Acesso em: 9 fev. 2019.

ministrados, incluindo os de suporte vital, quando a enfermidade não tiver propedêutica de cura. O instituto representa, tão-somente, o respeito à autonomia da vontade do paciente, em todas as situações, incluindo aquelas em que não puder manifestar diretamente a sua vontade. A previsão das diretivas nas normas éticas demonstra a evolução da relação médico-paciente, e de como o Conselho Federal de Medicina está em consonância com essa mudança.

A necessidade de observância pelos profissionais médicos dessa autonomia do enfermo, em qualquer que seja a situação, está em consonância com a própria legislação (dignidade humana e autonomia da vontade). Como explanado no curso de todo este trabalho, entretanto, os avanços tecnológicos possibilitam novas opções e caminhos para a cura e o aumento da expectativa de vida para aqueles que são assistidos. Essas inovações permitem o prolongamento excessivo da vida de doentes fora de possibilidades terapêuticas. Um local em que essa realidade se faz presente é, principalmente, a Unidade de Terapia Intensiva (UTI)³²⁹.

As unidades de terapias intensivas (UTIs)³³⁰ são setores de alta complexidade, destinadas ao atendimento de doentes graves ou em risco de morte, que exigem equipamentos e assistência médica e de enfermagem de modo ininterrupto e especializado. As unidades utilizam recursos tecnológicos e medicamentos potentes de suporte vital (como monitoramento da pressão arterial, ventilação pulmonar mecânica, tratamentos dialíticos e reanimação cardiorrespiratória).³³¹

Com os novos equipamentos e metodologias para controlar as variáveis vitais, as unidades de terapia intensiva tornam possível e auxiliam o médico a prolongar a vida dos pacientes, adiando o momento da morte de maneira indefinida. O médico aprende os recursos tecnológicos de manutenção da vida, porém, em regra, não é preparado para o sentido metafísico da vida e da morte. Por esta razão, em sua maioria, praticam uma medicina que subestimam o conforto do paciente terminal, que poderá impor a ele uma longa e sofrida agonia. Por tal razão, a ortotanásia é uma contraposição à possibilidade do prolongamento da

³²⁹ DUTRA, Bianca Santana; SANTANA, Júlio César Batista; DUARTE, Adriana Souza; BATISTA, Clarissa Barbosa Wardi; ATTONI, Jamile de Mendonça; GUIMARÃES, Rejanne Jessyca Pires. Dysthanasia: ethical reflections on the limits of therapeutic efforts in intensive care units. **Revista de Pesquisa: Cuidado é Fundamental Online**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1617-1627, Jan./Mar. 2011. p. 1618. Disponível em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/cuidadofundamental/article/view/1275>. Acesso em: 20 dez. 2018.

³³⁰ São unidades hospitalares destinadas ao atendimento de pacientes graves ou de risco que dispõem de assistência médica e de enfermagem ininterruptas, com equipamentos específicos próprios, recursos humanos especializados e que tenham acesso a outras tecnologias destinadas a diagnósticos e terapêutica. (BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.432, de 12 de agosto de 1998. Estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo – UTI. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 ago. 1998. Disponível em: http://bvsm.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3432_12_08_1998.html. Acesso em: 4 jan. 2019).

³³¹ DUTRA *et al.*, *op. cit.*, p. 1618.

vida de pacientes terminais, ao respeitar o tempo de sobrevivência destes ao ser retirado qualquer método que mantenham artificialmente a vida, permitindo que esta siga o seu curso natural.³³²

No Brasil, a oferta de UTI em estabelecimentos públicos ou conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS) está disponível em somente 505 dos 5.570 municípios brasileiros, de acordo com o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES). O resultado é originado do estudo realizado em meados de 2016 pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que mapeou a distribuição dos leitos de UTI entre os Estados e as capitais, além da oferta nas redes pública e privada, para tentar compreender a realidade do brasileira: hospitais com alas vermelhas superlotadas, repletas de pacientes improvisadamente entubados e à espera de infraestrutura apropriada para cuidados mais intensivos³³³.

Ao todo, segundo a pesquisa, o País possui apenas 41 mil leitos de UTI, sendo metade distribuída na rede pública e a outra metade é reservada à saúde privada (que hoje atende 25% da população). O quantitativo, entretanto, ainda é reduzido para a necessidade brasileira. A distribuição também é desigual comparando as regiões (o Sudeste possui 54% das UTIs no Brasil, enquanto o Norte possui apenas 5%). Em 19 estados, o índice de UTI por habitante na rede pública é inferior ao determinado pelo Ministério da Saúde. Em razão de precariedade das Unidades, onde não há leitos suficientes, o CFM editou uma Resolução estabelecendo os critérios para internação³³⁴.

A Resolução CFM nº 2.156/2016, publicada no Diário Oficial da União de 17 de novembro de 2016, estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. A Resolução trata das admissões em UTI, que devem ser baseadas em diagnósticos e necessidades do paciente, serviços médicos disponíveis na instituição, priorização de acordo com a condição do paciente; disponibilidade de leitos; potencial benefício para o paciente com as intervenções terapêuticas e prognóstico.

Segundo o Conselho Federal de Medicina³³⁵, o objetivo da norma ética é oferecer parâmetros baseados em critérios clínicos, científicos e éticos para que os profissionais

³³² VANE, Matheus Fachini; POSSO, Irimar de Paula. Perception of physicians of Intensive Care Units of the Clinicas Hospital Complex about orthothanasia. **Revista Dor**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 39-45, Jan./Mar. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-00132011000100009>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdor/v12n1/v12n1a09.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

³³³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. 5065 municípios brasileiros não possuem leitos de UTI, aponta estudo do CFM. **Portal CFM**, Brasília, 16 maio 2016a. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/leitoutiporcapitais.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

³³⁴ BRASIL, *loc. cit.*

³³⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.156/2016. Conselho define critérios para melhorar fluxo de atendimento médico em UTIs. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 nov. 2016c. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>. Acesso em: 30 dez. 2018.

possam lidar com os desafios do cotidiano de oferecer o melhor atendimento à população. A norma tem como meta contribuir para a melhora do fluxo de acolhimento de pacientes em situação de instabilidade clínica, ante a oferta insuficiente de leitos de UTI, em especial, na rede pública, e a má distribuições das unidades em todo o País.

A norma ética estabelece os critérios da admissão na UTI, ou seja, em quais situações o enfermo restará configurada a necessidade de suporte para as disfunções orgânicas e monitoração intensiva (sendo elas distribuídas em níveis de prioridades), a não discriminação da admissão à Unidade, além dos critérios de alta (como paciente com quadro clínico controlado e no caso esgotado todo o arsenal terapêutico curativo/restaurativo e que possa permanecer no ambiente hospitalar fora da UTI de maneira digna e, se possível, junto com sua família).

Essa resolução merece especial atenção pelos seguintes motivos: a admissão e a alta em UTI são de atribuição e competência do médico intensivista, levando em consideração a indicação médica. Percebe na Resolução, portanto, é o feito de que ela prevê que a decisão para a internação dos enfermos nas UTIs será do médico, sem fazer qualquer ressalva sobre quanto a decisão do paciente nos casos em que não quiser dar seguimento ao tratamento, quando ele estiver em condição irreversível de morte certa. Isto resulta na seguinte pergunta: esta resolução estaria contraditória com as anteriores? Seria uma forma do médico não respeitar a vontade do paciente?

A questão é relevante, porquanto que o País apresenta 40% de seus leitos hospitalares ocupados por pacientes terminais. Cada vez mais os pacientes questionam acerca do real valor das terapias que buscam postergar a morte, sem, contudo, a promoção da qualidade de vida do enfermo. Além disso, embora 81% dos pacientes de UTI manifestem sua opinião, apenas aproximadamente 21,8% dos profissionais que trabalham na Unidade possuem o conhecimento da Resolução CFM nº 1.995/2012.³³⁶

Por muito tempo, o paternalismo é dividido como a conduta do profissional que tem por intenção beneficiar o paciente, por meio de ações e procedimentos terapêuticos, independentemente do seu consentimento. Nesse tipo de relação, o médico se utiliza de todo o seu conhecimento técnico e científico com o objetivo de preservar a vida do paciente, mesmo contra a vontade deste. Como já demonstrado, entretanto, esse tipo de moralidade do paternalismo médico foi questionado, com a ênfase na autonomia da vontade do paciente³³⁷.

³³⁶ CHEHUEN NETO *et al.*, 2015, p. 574.

³³⁷ HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos**: clonagem humana. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147 e ss.

Isto ocorreu em razão dos abusos e manipulações que já não encontravam amparo nas justificativas médicas, tendo-se a consciência de que o ser humano é sujeito e não mero objeto. O princípio da autonomia impõe o respeito pela pessoa moral. A cultura contemporânea tem sido mais influenciada pelo princípio da autonomia. Sendo assim, alguns pontos merecem ser destacados da Resolução: a decisão da internação do médico, sem ter sido estabelecida qualquer ressalva em contrário; as causas que fundamentam a internação são várias, ou seja, não apenas em casos de pacientes terminais ou de doenças sem cura.

O primeiro ponto, ao que tudo indica, vai de frente com a premissa das diretivas antecipadas. Isto porque as diretivas preconizam justamente que a escolha pela realização do tratamento ou não é do paciente. A escolha do médico, por outro lado, reside apenas nas decisões dos tipos de tratamento a serem ministrados. Como expresso, a relação médico-paciente é uma relação contratual, evoluída do modo paternalista para o modelo baseado no respeito à autonomia e no consentimento livre e informado. Caso assim não o fosse, haveria infringência aos preceitos constitucionais (dignidade humana e autonomia privada).

No caso da Resolução em foco, a não previsão da possibilidade de escolha do paciente pode levar à conclusão de que o normativo em tela está contrário a essas premissas, e recobre um modelo paternalista da relação já ultrapassado pelos Códigos de 2010 e de 2018 e pelas resoluções vigentes. No caso da segunda questão, o fato de a internação na UTI ser em situações de necessidade de suporte vital, por meio da aparelhagem das unidades, reforça a visão paternalista.

A bem da verdade, contudo, o sistema normativo ético deve ser interpretado no todo. Assim, embora a Resolução não faça ressalvas ao consentimento do paciente, toda a legislação ética faz, devendo, ser respeitadas, assim, as demais premissas. A Resolução deve ser entendida, portanto, como um suporte de parâmetros para o médico na escolha propedêutica das UTIs, mas não como permissivo para que profissional resgate a característica paternalista da relação.

4.6 Diretivas antecipadas no Brasil: direito fundamental e direito de personalidade

A descoberta de novas terapêuticas de cura, como antibióticos e quimioterapia, assim como o desenvolvimento das técnicas e intervenções médicas, como a ventilação mecânica, nutrição artificial, entre outras, proporcionou que a Medicina aumentasse a capacidade de sustentar a vida humana, mesmo em condições difíceis. Nem sempre, entretanto, esses avanços são benéficos ao paciente. Para alguns, em determinadas situações,

essas técnicas apenas prolongam o sofrimento e a morte.³³⁸ Há situações em que as medidas terapêuticas são essenciais para salvar a vida de um paciente. Um mesmo recurso terapêutico, por exemplo, pode ser considerado necessário e ordinário em um caso e extraordinário e heroico em outro.³³⁹

Em outras situações, todavia, a obstinação terapêutica, que está no excesso de medidas terapêuticas, pode proporcionar uma morte lenta, impondo sofrimento e dor à pessoa doente. Assim, um conjunto de medidas terapêuticas pode ser considerado necessário e desejável para algumas pessoas, mas excessivo e agressivo para outras. Poderá ocorrer, por exemplo, de pacientes que, mesmo diante de situações irreversíveis e letais, queiram fazer uso de todos os recursos terapêuticos disponíveis para permanecerem vivos. Já outras pessoas, na mesma situação, podem considerar que há um limite para o uso da “medicalização”, tendo parâmetros que nem sempre estarão de acordo com o que os profissionais da saúde consideram como conduta médica adequada ou recomendada.³⁴⁰

A obstinação terapêutica resulta de um hábito irrefletido nas carreiras biomédicas. Os profissionais da saúde são inseridos em um costume que associa a morte ao fracasso. O paradoxo dessa premissa reside na questão de que, por um lado, os profissionais de saúde são os que efetivamente mais lidam com a morte, por outro, são os que mais resistem para que ela aconteça. Essa dualidade reside no fato de se considerar a vida humana como sagrada, conceito originado de uma percepção religiosa que impera no pensamento social. Por outro lado, o ordenamento jurídico expressa a sacralidade da vida, que assegura o valor moral da existência humana e fundamenta distintos mecanismos sociais que garantem o direito de estar vivo.³⁴¹

Por muito tempo, os médicos decidiam o tratamento do paciente, considerando os princípios da beneficência e não maleficência. O respeito pela autonomia do paciente tinha apenas um papel subordinado. A tradição ética era de que os códigos de ética não se referissem à possibilidade do desejo do paciente. Isso mudou, no entanto, radicalmente após a significativa desigualdade de valores que ocorreu no mundo na metade do século XX (cujo estopim foi a Segunda Guerra Mundial). A autodeterminação do paciente tornou-se cada vez

³³⁸ SIMON, Alfred. Historical review of advance directives. *In*: LACK, Peter; BILLER-ANDORNO, Nikola; BRAUER, Susanne (ed.). **Advance directives**. London: Springer, 2014, p. 3.

³³⁹ DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295 e ss.

³⁴⁰ DINIZ, 2007, p. 295 e ss.

³⁴¹ DINIZ, *loc. cit.*

mais importante; o que tornou possível que as decisões legais e a ética moderna enfatizassem que a autonomia do paciente se sobrepõe a do médico.³⁴²

Dworkin exprime que “[...] as concepções das pessoas a respeito de como viver dão cor as suas convicções sobre quando morrer”³⁴³, a influência dessa premissa se torna mais forte quando se pensa que a morte é importante. A maioria das pessoas atribui ao modo de morrer uma importância especial e simbólica, pois querem que sua morte expresse os valores que acreditam serem os mais importantes para suas vidas. O modo como se morre (quer seja num campo de batalha, quer seja por doença terminal), não esgota a ideia de uma morte boa, e inclui a escolha de um momento ideal. Um paciente terminal, por exemplo, pode escolher prolongar a vida, ainda que em condições sofríveis, para ver o nascimento de um neto, ou acontecimento outro que ache importante.

As razões que motivam o objetivo de viver confirmam a importância crítica dos valores com os quais o paciente se identifica e que é o sentido de sua identidade. Muitas pessoas podem ter razão para preferir a morte se tudo que lhes restar for uma vida inconsciente e vegetativa. Para uns, trata-se da forma como serão lembradas. Para a maioria, o que está em jogo é a preocupação mais abstrata com o fato de sua morte: expressar sua convicção de que a vida foi valiosa devido ao que permitiu sentir e fazer. Dworkin afirma que “[...] nenhum de nós quer terminar a sua vida em desacordo com os parâmetros que sempre a nortearam”³⁴⁴. Daí, porque, é importante a autonomia do paciente nas decisões quanto aos tratamentos que seguir.

Cada um tem uma percepção diferente acerca dos momentos e da forma como vive a vida. O paciente tem o direito de consentir ou recusar tratamento médico, mesmo quando essas terapias são sustentáveis. A recusa do tratamento médico pode, naturalmente, levar o paciente a ter um longo sofrimento ou ao óbito, mas se o paciente foi informado e entendeu a situação em que se encontra, qualquer decisão que ele venha a tomar deve ser respeitada³⁴⁵. Trata-se, pois, do consentimento livre informado ou consentimento informado.

O consentimento informado passou a ser reconhecido na ética médica. No Brasil, esse padrão veio a ser efetivamente considerado nas normas éticas baseadas no Código de Ética Médica de 2010 (vigente durante a elaboração deste trabalho), em que ficou registrada a importância do consentimento livre informado, da autonomia do paciente e da necessária

³⁴² DINIZ, *loc. cit.*

³⁴³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 298.

³⁴⁴ DWORKIN, 2009, p. 301.

³⁴⁵ SAUDERS, John. Medical futility: CPR. In: LEE, Robert; MORGAN, Derek (ed.). **Death rites**: law and ethics at the end of live. London: Routledge, 1994, p. 80.

observância por parte do profissional médico desses preceitos. Essa vertente permanece no Código recém-publicado (2018). Isto possibilitou e demonstrou que as normas médicas éticas brasileiras estavam em consonância com as novas tendências da relação (que deixara de ser paternalista e passou a ser centrada na autonomia do paciente). É nesse contexto que a DAV se enquadra.

O instituto diz respeito à decisão voluntária realizada por pessoa autônoma e capaz, após um processo deliberativo, visando à aceitação de tratamento específico ou não, desde que ciente da natureza de sua situação, das consequências e dos riscos na escolha que está fazendo. Constitui-se como prerrogativa do paciente e está incluída nos direitos de personalidade³⁴⁶. De acordo com Carlos Alberto Bittar³⁴⁷, estes direitos são aqueles previstos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, e é previsto no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do ser humano.

Conforme evidencia Bittar, alguns desses direitos, quando enfocados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivo, recebem o nome de direitos fundamentais. A tese prevalecente quanto à natureza desses direitos é a de que eles são ínsitos à pessoa, em função de sua estrutura física, mental e também moral. São dotados de características singulares, quais sejam, intransmissibilidade e irrenunciabilidade, que se impõem como limites à própria atuação do titular (que não pode eliminá-los), contudo, deles, em certo aspectos, pode dispor (como permitir o uso da imagem).

Como destaca o autor, esse consentimento não desnatura o direito, apenas representa o exercício de faculdade inerente ao titular, e que lhe é privativa, não comportando, portanto, o uso por terceiro sem expressa autorização do titular. Sua fundamentação decorre da própria dignidade humana. Sob uma concepção positivista, configura direito originado do ordenamento jurídico. Sob uma concepção naturalista, se relaciona com os atributos inatos à pessoa humana, e existe antes e independentemente do Direito positivo, como inerente ao próprio homem. É compreendido como em dois grupos: os próprios da pessoa (ou originários) e os de projeção para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social).

Logo, no ordenamento jurídico, se constitui tanto como direito de personalidade como direito fundamental. No primeiro caso, ela está regida na norma infraconstitucional, no art. 15 do Código Civil, ao que estabelecer que “[...] ninguém poderá ser constrangido a

³⁴⁶ PONTES, Hamilton Valvo Cordeiro; PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. Não consentimento livre e esclarecido e suas implicações jurídicas. In: TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro (org.). **Estudos avançados de biodireito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 74.

³⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30 e ss.

submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”³⁴⁸. Apesar de o artigo ressaltar que somente poderá haver recusa em caso de risco de vida, toda produção jurídica em matéria de responsabilidade médica, como se destacou há pouco, é no sentido de que o consentimento do paciente deve prevalecer, em qualquer tipo de tratamento.

Isto é, o que prevalece no entendimento jurídico atualmente é de que a relação médico-paciente tem como principal premissa o consentimento do paciente. Já como o segundo, ele está instituído na Constituição Federal de 1988, no Título II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, especificamente no art. 5, inciso III, ao versar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantido tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, pela qual “[...] ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”³⁴⁹.

Anderson Sherbie³⁵⁰ explica que o consentimento não se restringe apenas a uma autorização genérica para a realização de procedimentos médicos, mas no consentimento informado com relação a cada etapa da terapia. É direcionada a toda informação que abranja tudo o que possa envolver a saúde da pessoa. A despeito do que sugere o Código Civil, compelir pessoa consciente a se submeter, contra a vontade, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, é conduta vedada no ordenamento jurídico. O tratamento compulsório somente é admitido, excepcionalmente, nas hipóteses que envolvam fundada ameaça ao interesse coletivo, à saúde ou à segurança.

Explica o autor que a opção pela interrupção de tratamento voltado à conservação artificial da vida deve ser respeitada, por ser uma expressão da dignidade humana, valor tutelado pela Constituição Federal. A vida é um direito do paciente, não um dever, inexistindo sucedâneo jurídico que seja capaz de impedir a escolha do paciente pela interrupção do tratamento que prolongue dolorosamente sua vida em casos terminais. A dignidade humana determina, não somente, uma vida digna, mas, igualmente, uma morte digna. Além disso, outro direito soma-se à premissa da escolha do paciente: o direito à disposição ao próprio corpo.

Este constitui outro direito de defesa da personalidade humana, ao reconhecer que o corpo é o instrumento pelo qual a pessoa pode viver. Por ser esse elemento natural, essencial para a existência humana, deve-se obedecer a vontade do titular e observar sua

³⁴⁸ BRASIL, 2002, *online*.

³⁴⁹ BRASIL, 1988b, *online*.

³⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

proteção.³⁵¹ Esse direito encontra-se previsto no art. 13, do Código Civil, ao dispor que, “[...] salvo exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou contraria os bons costumes”³⁵². Apesar de o artigo impor em seu texto limitações à disposição do próprio corpo, ele deve ser interpretado sob algumas premissas, em especial, a da exigência médica o que interessa a este ensaio acadêmico *stricto sensu*.

Da leitura do texto, é possível concluir que o legislador autorizou a disposição ao próprio corpo no caso de disposição terapêutica. Embora o legislador não tenha listado todas as hipóteses em que seria possível a disposição ao próprio corpo, ele previu os critérios de admissibilidade em sentido amplo, que devem ser analisados sob os parâmetros impostos no texto (diminuição permanente da integridade física ou contraria aos bons costumes), e sob o fundamento da própria Constituição.³⁵³ A tutela constitucional da dignidade humana impõe que cada aspecto da personalidade humana seja sopesado em busca da solução que permita o máximo desenvolvimento de sua personalidade.³⁵⁴

O direito ao próprio corpo deve ser protegido não como uma exigência social e de ordem e segurança, mas como instrumento de realização da própria pessoa. Por isso, deve levar em conta o tempo e espaço de interpretação, como já destacado³⁵⁵. A essencialidade do corpo na expressão de personalidade do sujeito e de suas escolhas existenciais impõe a vontade da pessoa como elemento central imprescindível. Por tal razão, o consentimento deve ser livre e informado. O corpo há de ser visto como espaço de autonomia e, a liberdade de dispor do próprio corpo deve ser a regra; enquanto suas limitações são à exceção.³⁵⁶

Nessa esteira, como explica Nelson Rosenvald, se o paciente estiver consciente, poderá fazer uso do consentimento livre informado para expressar suas intenções e crenças sobre o decesso que reflita o seu estilo de vida no ideal de boa morte. A escolha pela suspensão dos métodos terapêuticos de manutenção da vida, e a opção pelos cuidados paliativos, fazem parte do rol de possibilidades propedêutico que a pessoa pode escolher como tratamento, a fim de humanizar o fim da vida (ortotanásia). Nem sempre, contudo, essa escolha é possível, pois, o doente incurável nem sempre poderá se manifestar, porquanto,

³⁵¹ BITTAR, 2015, p. 139-140.

³⁵² BRASIL, 2002, *online*.

³⁵³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 297-298.

³⁵⁴ SCHREIBER, 2014, p. 44 e ss.

³⁵⁵ SCHREIBER DINIZ, *loc. cit.*

³⁵⁶ TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 297-298.

poderá estar privado de sua consciência (estádio vegetativo permanente, por exemplo). Daí o mérito das diretivas antecipadas de vontade.³⁵⁷

As diretivas possibilitam que seja assegurada a vontade do paciente, e de que ela possa ser respeitada quando for preciso. As diretivas são o termo geral que contém as instruções acerca dos futuros cuidados médicos que uma pessoa queira receber em caso de estar incapaz de expressar essa vontade por si mesma. Quando expressa pela própria pessoa é chamada de testamento vital, e, quando se outorga um representante para dizê-la, é tido como mandado duradouro³⁵⁸. Em qualquer das situações, as diretivas representam a autonomia do paciente, insertas em tudo o que se delineou até o momento.

Portanto, as bases para a validade ética das diretivas são o direito à autonomia ou autodeterminação do paciente, bem assim e o consentimento livre informado, que são previstos tanto como direito de personalidade como direito fundamental. As diretivas antecipadas são originárias do direito de autonomia do paciente, e da disposição ao próprio corpo, e são aplicáveis em caso de situações futuras. As diretivas antecipadas implicam um dever de terceiro não interferir na autonomia do paciente em qualquer situação que seja.³⁵⁹ As medidas paliativas crescem à proporção que a doença progride e o tratamento de cura não se torna razoável. Na fase final da vida, compreendida como aquela em que o processo de morte se desenrola, de modo irreversível, e o prognóstico de vida pode ser definido por dias de vida, meses ou anos, os cuidados paliativos se tornam imprescindíveis.³⁶⁰

A abordagem legal com relação ao problema de como uma determinada pessoa e classe de pessoas devem ser tratadas quando em uma posição em que não podem expressar pontos de vista, é dar meios para que possam se manifestar ou ter alguém que decida em seu lugar, em razão de seu melhor interesse. Com efeito, a decisão do nomeado pode ser considerada como endossada pela pessoa que não pode se manifestar naquele momento, assim como sua manifestação prévia. Por óbvio, perguntar o interesse do paciente é um procedimento mais adequando, inclusive com relação a aliviar os sentimentos de responsabilidade de quem está decidindo, ou melhor, de quem irá decidir o que fazer.³⁶¹

No atual Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal possui um catálogo aberto de direitos fundamentais para que todos possam livremente os exercer. Pode a

³⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 92.

³⁵⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. **Testamento Vital y voluntad del paciente**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 27-28.

³⁵⁹ KING, Nancy. Making sense of advance directives. **Critical Medical Ethics**. Vol. 2. Springer-Science+Business Media, B.V., 1991, p. 3.

³⁶⁰ MACIEL, Maria Goretti Sales. Definições e princípio. In: OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (coord.). **Cuidado paliativo**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2008, p 16 e ss.

³⁶¹ ALLDRIDGE, Peter. Who wants to live forever? In: LEE, Robert; MORGAN, Derek (ed.). **Death rites: law and ethics at the end of live**. London: Routledge, 1994, p. 13 e ss.

pessoa agir de acordo com o que entende ser melhor para si, principalmente, nas decisões que dizem respeito à sua pessoa, ao seu corpo, à sua individualidade, desde que de maneira responsável, com a plena informação e consciência dos efeitos dos seus atos. A possibilidade de se fazer escolhas autorreferentes deriva, potencialmente, da tutela da privacidade e da vida privada. Em questões de maior intimidade, o fio norteador exclusivo deve ser a autonomia da vontade.³⁶²

A autonomia constitui-se por meio da privacidade, pois, nesse aspecto, existe legitimidade constitucional para ações autônomas, já que este é o ambiente propício para a realização dos direitos de personalidade ao estilo de vida eleito por determinada pessoa. Sendo assim, a individualização no estabelecimento da esfera privada de cada um, possibilita a realização de atos acráticos no ordenamento jurídico pátrio. Nessa esteira, dispor do próprio corpo, renuncia a tratamentos médicos ou ao ato de fumar, por exemplo, podem ser considerados atos acráticos, mas que se baseiam em uma escolha consciente, responsável, legitimada pelo próprio agente, já que se refere ao espaço de privacidade.³⁶³

A atuação da liberdade pessoal nos tratamentos médicos depende da compreensão de que a questão está inserida no âmbito do consentimento livre informado. Logo, a saúde configura-se em uma situação jurídica existencial, a se concretizar no governo do corpo, visto que é essencial que a pessoa com discernimento possa decidir sobre o próprio destino de seu corpo, inclusive no âmbito do tratamento. Os médicos passaram a ter de realizar o equilíbrio do que é tecnicamente possível daquilo humano e eticamente aceitável.³⁶⁴

4.7 Diretivas antecipadas: necessidade de regulamentação?

Com a redemocratização que os países vivenciaram após a Segunda Grande Guerra e os longos períodos de regimes totalitários, os direitos ganharam intensa carga axiológica e abrangência internacional. Quando reconhecidos pela ordem internacional, são considerados como direitos humanos. Quando positivados na ordem constitucional, esses direitos são conhecidos como direitos fundamentais e são pressupostos elementares para se alcançar uma vida na liberdade e na dignidade humana.³⁶⁵ Quando ínsitos à pessoa, são havidos como direitos de personalidade.

³⁶² TEIXEIRA, 2010, p. 170-171.

³⁶³ TEIXEIRA, 2010, p. 266-267.

³⁶⁴ SIMON, 2014, p. 3.

³⁶⁵ BONAVIDES, 2016, p. 574-575.

Como visto, a autonomia privada faz parte do rol de direitos de personalidade, e se caracteriza como direito fundamental pela irradiação do princípio estruturante da dignidade humana (valor que está na base do ordenamento jurídico e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais). A dignidade atua, simultaneamente, nessa dialética como vetor imperativo dos direitos fundamentais, assumindo a capacidade de atribuir o fundamento material a todos os direitos de personalidade, em razão da essencialidade do nexó orgânico de seu objeto com a pessoa humana.³⁶⁶

Os direitos do homem e, em consequência, os direitos fundamentais, fazem parte de qualquer relação humana, não sendo diferente na relação médico-paciente. Esta passou a se basear, principalmente, em valores éticos, que envolvem a autonomia da vontade do paciente e sua dignidade humana. Por esse pretexto, concepções de “vida boa”, originária do conceito de dignidade humana, passaram a fazer parte dessa relação. O conceito de vida boa é corolário à concepção de qualidade de vida, que se desenvolve com amparo nas visões que cada um tem sobre isso.

O conceito de qualidade de vida passou a ser parte do cotidiano da sociedade. Essa vertente é resultado da consequência indesejada que o avanço da tecnologia, o desenvolvimento econômico e a industrialização exacerbada provocaram na vida humana, em que foi preciso revalorizar o qualitativo e não mais o quantitativo. Esse conceito ampliou-se para indicar a boa vida, dilatando os indicadores que faziam parte dela, não se limitando apenas a expectativa de vida, mortalidade infantil, níveis de poluição, dentre outros, mas, também, com a satisfação, bem-estar e felicidade.³⁶⁷

Com a nova conotação da relação médico-paciente baseada na autonomia da vontade e na observância de uma dignidade humana, almejando-se uma “vida boa”, sem a imposição unilateral do médico e consubstanciada na Bioética, foi possível que a sociedade passasse a refletir e trazer à pauta das discussões científicas, questões que outrora eram evitadas acerca da permanência da vida a todo custo. Foram suscitados pontos não apenas sobre a vida, mas também a respeito do fim da vida e em quais condições ela poderia ocorrer.

A fase final da vida de uma pessoa sempre suscitou inúmeras questões éticas e dúvidas de natureza existencial, em particular, quando há a possibilidade de se intervir medicamente para aliviar a dor e o sofrimento do enfermo. A evolução da Medicina originou a possibilidade do prolongamento da existência humana além do que seria adequado, fazendo

³⁶⁶ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-35.

³⁶⁷ ALBUQUERQUE, 2003, p. 53.

com que critérios claros para a boa prática da clínica, nesta fase da vida humana, fossem definidos por normas de orientação ético/clínica que auxiliem os médicos a lidarem com este problema recorrente na atividade profissional.³⁶⁸

Isto porque uma vida prolongada além do natural, mas em condições sofríveis ao paciente, e na qual o óbito é inevitável, começou a ser refutada, assim como outras questões, como: se a vida seria inviolável mesmo não refletindo o ideário de dignidade humana ou se a vida deveria ser prolongada, independentemente da vontade do paciente e das condições. Ainda que a Medicina tenha avançado consideravelmente, interferindo inclusive na expectativa da vida humana, há ocasiões em que a morte continua sendo inevitável, sendo necessários cuidados ao paciente que tragam conforto ao final de sua vida, como as medidas paliativas.³⁶⁹

Nem sempre manter a vida por meio de intervenções terapêuticas curativas irá reverter a situação fatal em que o paciente se encontra. Ao contrário, as intervenções podem, inclusive, lhe causar sofrimento que maculem a sua dignidade humana. O paciente, em especial o que é acometido por doença terminal ou por condição irreversível de óbito, passou a determinar se aceita ou recusa o tratamento que lhe seria ou será aplicado. Isto porque a permanência da vida pode significar a perda de sua essência ou sentido, em razão do sofrimento por que a pessoa passará, e que pode lhe causar reflexões que vão além da Medicina.

A situação é fácil quando o paciente ainda detém as faculdades cognitivas e pode manifestar, por si, a vontade, não restando dúvidas de que basta declarar qual sua intenção para que ela seja observada e respeitada, em observância à autonomia da vontade e ao consentimento livre informado. Logo, não há ressalvas ou dúvidas em relação à vontade do paciente em relação aos procedimentos que quer que lhe sejam ministrados ou não. Basta manifestar sua vontade e ela será respeitada ou, pelo menos, deverá ser respeitada.

Haverá situações, todavia, em que o paciente, acometido de uma enfermidade grave ou terminal, poderá estar em circunstância em que não vai poder externar a vontade. Neste caso, os postulados mencionados e que regem a relação médico-paciente, poderão ser desrespeitados e toda a evolução que a relação passou pode retroagir de maneira inesperada e inevitável. Um exemplo que pode ilustrar este fato são os casos em que o paciente com doença terminal está em estágio de coma ou em estágio vegetativo.

³⁶⁸ NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 29-39, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/77. Acesso em: 8 jan. 2019.

³⁶⁹ VILLAS-BÔAS, 2008, p. 61-83.

Nesse contexto, não é possível que ele manifeste a vontade, não podendo declarar se quer ou não um tratamento ou se quer continuar recebendo a terapia no hospital ou não. Há ainda mazelas que tornam a manifestação de vontade prejudicada pela ausência de consciência momentânea. São várias as situações em que a vontade acaba por se torna inválida ou impossibilitada de ser praticada quando o paciente não detiver mais a possibilidade de expressá-la, em virtude da situação em que pode se encontrar.³⁷⁰

Tais situações levam os pacientes a ficarem sob a responsabilidade da vontade de outras pessoas, que podem ser seus familiares ou o próprio médico. A escolha, assim, não é mais do paciente, mas sim de outrem. Essa situação pode ocasionar, muitas vezes, a manifestação contrária de sua vontade, pois nem sempre o responsável pode saber, de fato, qual a vontade do enfermo. Esse fato reflete nos pontos suscitados anteriormente, quais sejam o direito do paciente de exercer o seu consentimento em relação aos cuidados médicos que almeja ter. Daí, então, a necessidade das diretivas antecipadas. No Brasil, porém, a previsão do instituto decorre apenas da norma ética médica, não havendo, portanto, previsão expressa do documento no ordenamento jurídico. Por tal pretexto, uma reflexão se faz necessária: existe, de fato, a necessidade de previsibilidade legal do documento? Ou as diretivas já se encontram intrinsecamente no ordenamento jurídico?

Ao se falar em diretivas antecipadas de vontade no campo médico, dois pontos merecem destaque. O primeiro acerca da autonomia da vontade na relação médico-paciente, que ocorre por meio do consentimento livre e informado, voltado para as decisões tomadas e que terão efeitos apenas no futuro, o chamado consentimento prospectivo. O segundo são as considerações da evolução da relação médico-paciente, com suporte em uma apreciação ético-social. Na relação médico-paciente, o direito à autodeterminação enquadra-se num contexto em que entre médicos e doentes coexistem distintas visões do bem comum. Na sociedade plural, os conceitos de ética de moral, assim como sua fundamentação, não estão isentos de controvérsias.³⁷¹

Por tal razão, surgiu a necessidade da elaboração, pelo Conselho da Europa, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina (1997), e pela UNESCO, da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (2005), que pretendeu dar resposta à necessidade sentida de se encontrar um mínimo ético à escala global; e assim, proteger de modo efetivo do direito a

³⁷⁰ WELIE, 2001, p. 169.

³⁷¹ NUNES, Rui. Testamento Vital. **Nascer e Crescer**, Porto, v. 21, n. 4, p. 250-255, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/nas/v21n4/v21n4a10.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2019.

autodeterminação pessoal. A autonomia se refere à perspectiva de que cada ser humano deve ser verdadeiramente livre, dispondo das condições mínimas para a autorrealização. Sendo assim, todas as intervenções médicas carecem de consentimento informado, livre e esclarecido.³⁷²

Frise-se a ideia de que, na Medicina, não havia um conjunto pronto de princípios internos semelhantes aos da lei jurídica. Os desenvolvimentos na Medicina tiveram grande fonte ou estrutura externa. Apesar de existir uma estrutura moral, ela era inteiramente baseada em beneficência, sendo inadequada para lidar com problemas de tomada de decisão autônoma e consentimento informado. Para que houvesse a transição para o consentimento informado, a Medicina desenvolveu uma partida mais abrupta e dramática do que na lei. Passou da preocupação exclusiva com um modelo de beneficência para a consciência de um modelo de autonomia de responsabilidade para o paciente.³⁷³

Assim, o médico passou a ter o dever de informar e, sobretudo, esclarecer o paciente a sua condição, de modo que a informação seja apreendida com calma e serenidade. Os elementos estruturais para que o consentimento livre informado seja válido é a competência (competência para decidir), comunicação (receber a informação correta), compreensão (compreender essa informação), voluntariedade (decisão deve ser voluntária) e consentimento.³⁷⁴ Frequentemente, entretanto, os profissionais deparam situações peculiares com relação aos limites éticos aceitáveis e inaceitáveis na suspensão ou abstenção de tratamento de doentes terminais, que influenciam diretamente no dever de informação e no consentimento informado.

Com frequência, os médicos deparam situações de interpretação difícil no plano ético. Ainda que nem sempre seja fácil diferenciar a interrupção terapêutica da eutanásia (prática vedada no Brasil), a utilização desproporcional de intervenções médicas (distanásia), além de suscitar dilemas éticos de relevante influxo nas sociedades ocidentais, atualmente é universalmente considerada uma má prática médica. A situação ideal num exercício prático profissional digno, adequado e diligente, é a suspensão ou abstenção de meios desproporcionados de tratamento (incluindo a reanimação cardiopulmonar e as ordens de não reanimar), também conhecida como ortotanásia, cristalizando a noção de que a vida humana merece ser sempre respeitada na sua dignidade.³⁷⁵

³⁷² NUNES, *loc. cit.*

³⁷³ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 140 e ss.

³⁷⁴ NUNES, 2012.

³⁷⁵ NUNES, 2009, p. 29-39.

As correntes sobre o assunto não traçam distinção eticamente sustentável entre suspender ou não iniciar um determinado tipo de tratamento ou de suporte avançado de vida. Por outro lado, é reiteradamente reforçado o fato de que a vontade previamente manifestada do doente deve ser respeitada, e quando tal não for possível em razão da ausência de informação fidedigna, deve prevalecer o melhor interesse do doente, de acordo com critérios universais razoáveis. Sendo assim, há uma tendência no mundo de legitimar, tanto no plano ético como jurídico, as diretivas antecipadas de vontade, instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas aos tratamentos que tenciona ou que recusa receber no fim da vida, para o caso de se tornar incapaz de exprimir a sua vontade ou de tomar decisões por e para si próprio.³⁷⁶

A utilização das diretrizes como elemento estrutural da decisão médica implica diversos requisitos básicos para que o consentimento seja adequando a essa nova modalidade. Isto porque, quando o doente tem discernimento para decidir, ou seja, é competente³⁷⁷, a decisão de suspensão ou abstenção de tratamento é efetuada envolvendo ativamente o paciente no processo. Se um doente nessas condições recusa um tratamento, o médico deve informar as consequências de sua escolha e respeitar sua decisão informada, não podendo impor tratamento coercitivo ao paciente.³⁷⁸

De igual maneira, deve ser respeitado o pedido do paciente pelo tratamento, exceto se não existirem condições objetivas que permitam a satisfação desse pedido. A equipe de saúde deve abster-se de utilizar tratamentos fúteis; porém, não é obrigada a providenciar tratamentos que contrariem as normas éticas ou legais, e podem, ainda, recusar a realização de terapias que contrariem sua consciência moral ou profissional. Qualquer objeção deve ser feita com base nos valores básicos de justiça e da equidade.³⁷⁹

Por outro lado, quando o paciente se encontra incapaz de decidir livremente sobre a interrupção ou não de tratamento, os profissionais devem respeitar, na medida do possível, seus valores e as preferências. Não sendo, contudo, notoriamente conhecidos os seus valores³⁸⁰, a informação clinicamente relevante deve ser partilhada com os que se encontram

³⁷⁶ NUNES, *loc. cit.*

³⁷⁷ Entendendo competência aqui utilizada como a capacidade para decidir autonomamente.

³⁷⁸ NUNES, 2009, p. 29-39.

³⁷⁹ NUNES, *loc. cit.*

³⁸⁰ Nos Estádios Unidos, um homem de 70 anos chegou inconsciente a um hospital de Miami com os dizeres “não ressuscitar” tatuados no peito, acompanhado de sua própria assinatura., causando um conflito ético entre o dever médico e o desejo do paciente. O homem tinha histórico de doença pulmonar obstrutiva crônica, diabetes e frequência cardíaca irregular. Após diversas tentativas de salvar o paciente, sem sucesso, a equipe de saúde responsável contactou uma equipe ética para discutir o caso e resolveram honrar a mensagem da tatuagem. Em outro caso, cirurgiões encontraram uma tatuagem “DNR” no peito de um diabético que passava por uma cirurgia de amputação. Quando os médicos lhe perguntaram sobre a tatuagem o homem explicou que

em maior proximidade com o paciente, respeitando a intimidade do doente. Existindo diretiva antecipada de vontade, na formato de testamento vital, a vontade expressa deve ser respeitada pelos médicos e equipe de saúde. Quando existir um representante legal, este deve ser envolvido no processo de decisão, realizando-se o julgamento substitutivo³⁸¹.

Não sendo possível determinar qual seria a vontade do paciente, o médico e a equipe de saúde, junto aos entes próximos da pessoa, devem determinar o curso da atuação mais adequada de acordo com o melhor interesse do paciente, em consonância com o princípio ético da beneficência. Se existente a possibilidade de o enfermo incompetente recuperar a competência para decidir, devem-se envidar esforços para que ele restitua a sua autonomia, dando-lhe oportunidade para consentir ou recusar uma estratégia terapêutica. Persistindo a incapacidade e havendo divergência entre profissionais e entes próximos, deve-se recorrer a meios formais de decisão (Comitês de Ética ou Judiciário).³⁸²

Analisando sobre o prisma do fato jurídico, as diretivas antecipadas de vontade são negócio jurídico, pois, conforme explicam Giselda Hironaka e Priscilla Agapito, conformam a declaração de vontade destinada a produzir efeitos que o declarante pretende e o direito reconhece. É um ato unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, escrito por pessoa capaz, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade acerca de tratamento e não tratamentos no fim da vida, quando não puder manifestar a sua vontade. Seu objetivo, portanto, é garantir ao paciente que sua vontade será atendida no momento da terminalidade da sua vida.³⁸³

Nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo, o que caracteriza o negócio jurídico, de fato, é ser ele uma declaração de vontade, isto é, “[...] uma manifestação de vontade qualificada por um modelo cultural que faz com que ela socialmente seja vista como juridicamente vinculante”³⁸⁴. Este fato basta para a caracterização do negócio, e dele é que decorre o fato de que os efeitos sejam imputados ao negócio conforme a manifestação do que

não se tratava de sua vontade, mas apenas um a aposta que perdeu quando era mais novo, em que precisou marcar a frase na pele. (VEJA. Paciente com “não ressuscitar” tatuado causa dilema ético nos EUA. **VEJA**, São Paulo, 1 dez. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/tatuagem-nao-ressuscitar-no-peito-dilema-etico-em-hospital-eua/>. Acesso em: 8 fev. 2019).

³⁸¹ Na qual as decisões terapêuticas se enquadram nos valores do paciente ou naquela que seria provavelmente a sua decisão naquela situação clínica.

³⁸² NUNES, 2009, p. 29-39.

³⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AGAPITO, Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes. Diretivas antecipada de vontade como instrumento de concretização do direito fundamental à morte digna. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição**: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 198 e ss.

³⁸⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134.

é querido. Os elementos do negócio, ou seja, tudo aquilo que compõe a sua existência e são essenciais para sua validade, estão previstos no art. 104, do Código Civil: capacidade do agente, licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto, consentimento do interessado e forma especial, quando exigido em lei.³⁸⁵

Por agente entende-se a pessoa capaz, física, natural, que pode exercer os atos da vida civil, ou melhor, aqueles que não se encontram nas hipóteses de incapacidade absoluta ou relativa³⁸⁶. O objeto é, por sua vez, lícito (não contraria a lei), possível (faticamente realizável), determinado ou determinável (aproveitável na relação). O consentimento pode ser expresso (qualquer escrito, manifestação oral ou gestos), tácito (quando atos realizados pelo agente o demonstram). Forma especial é aquela prescrita em lei (como no caso do direito real sobre imóveis que só se realizam por escritura pública).³⁸⁷ Para destrinchar a questão, é preciso, inicialmente, compreender a delimitação do objeto das diretivas de vontade.

Embora as diretivas possam vislumbrar vários objetos, a maioria das diretivas é escrita no sentido de se recusar tratamento no caso de doença terminal em que o paciente esteja em inconsciência permanente. Sua identificação popular é ligada com a recusa do tratamento médico, objeto este que é a preocupação recente e emergente de aceitação e gestão compassiva da morte. Como seres humanos, as pessoas se preocupam com uma boa vida e como irão regê-la, mas também esperam uma boa morte. Morrer bem pode ter vários significados. Por exemplo, a boa morte já se representou como a morte com honra (em um campo de batalha), ou depois de uma longa vida de serviços à família, ou com a própria alma livre de defeitos. Pode significar a purificação por meio do sofrimento, ou o tempo necessário para acertar as contas, ou apenas um fim rápido e indolor. Quaisquer que sejam a visão e a perspectiva da boa morte, o ser humano deseja e ora por ela.³⁸⁸

Nessa esteira, por tudo o que se delineou neste estudo, pode-se concluir é que o conteúdo das diretivas somente terá validade perante o ordenamento jurídico brasileiro se dispuserem de conteúdo lícito e determinável. Sendo assim, será possível dispor quanto à opção ou não por cuidados paliativos, a rejeição de tratamentos fúteis ou não e a escolha de representante para fazer a escolha por ele. Isto porque, como delineado anteriormente, a

³⁸⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça **Teoria geral do direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 177 e ss.

³⁸⁶ Código Civil: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”; Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos; Parágrafo único: A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

³⁸⁷ AZEVEDO, 2012, p. 177 e ss.

³⁸⁸ KING, 1991, p. 3.

ortotanásia, conforme jurisprudência, não é considerada como ilícito, e as medidas paliativas são cuidados de saúde garantes da dignidade humana.

Não seriam permitidos, portanto, atos de disposição que ceifem a vida do paciente quando não acometido por doença que leve ao óbito ou à disposição sobre doação de órgãos. Explica Luciana Dadalto que a doação de órgão desnatura o instituto, tendo em vista que, por essência, o instituto é negócio jurídico e, como tal, *inter vivos*, em que o objeto é garantir a autonomia do sujeito acerca dos tratamentos que queira lhe sejam ministrados na terminalidade de sua vida.³⁸⁹ Além do que, a doação de órgão já se encontra prevista na legislação, por meio da Lei nº 9.434/1997, alterada pela Lei nº 10.211/2001.

Ademais, como evidenciado, quanto à capacidade do agente, as diretivas antecipadas são realizadas previamente ao momento em que o interessado não tiver mais condição de fazê-lo; ou seja, a elaboração das diretivas ocorre quando o paciente detém discernimento para fazê-lo. Desde que esteja dentro das previsões do Código Civil para os agentes capazes, o preenchimento do elemento sobre o agente é plenamente possível. Portanto, as diretivas antecipadas de vontade são um documento elaborado por pessoa capaz no qual manifesta antecipadamente o seu consentimento ou a recusa de cuidados terapêuticos, ante a possibilidade de no futuro estar incapacitado para fazê-lo.³⁹⁰

Além disso, as diretivas concebem a possibilidade do morrer com dignidade, e, sendo assim, representa a efetivação de vários direitos, em especial: dignidade humana e autonomia. Assim, a busca pela morte natural, desassociada da obstinação terapêutica, que prolonga a angústia dos envolvidos, consiste na proteção da dignidade humana e de sua autodeterminação, com base nos valores pessoais do paciente. Representa, também, a autodeterminação do paciente dispor sobre o próprio corpo. Logo, as diretivas são originárias de direitos fundamentais e de personalidade. Nessa esteira, tem a declaração prévia efeito vinculante.³⁹¹

Por uma interpretação integrativa da norma constitucional e infraconstitucional, é possível concluir que há aparato normativo de validade das diretivas. Os princípios constitucionais da dignidade humana, autonomia e a proibição de tratamento desumano são normativos que dão o arcabouço suficiente para sua validade. Somadas a isto, as diretivas antecipadas são o instituto garante da norma disciplinada no art. 15 do Código Civil, que evita

³⁸⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182.

³⁹⁰ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 110.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 80 e ss.

o constrangimento do paciente a tratamentos médicos fúteis, e assegura a disposição do art. 13 do Código Civil que disciplina o direito ao próprio corpo da pessoa.³⁹²

Isto posto, apesar da Resolução que prevê que as diretivas antecipadas possuem caráter eminentemente deontológico, aplicável na profissão médica, elas possuem arcabouço válido no ordenamento jurídico. Isto é, o que se conclui é que as diretivas antecipadas de vontade possuem validade jurídica, por serem a manifestação de vontade do indivíduo, originada de preceitos fundamentais constitucionais, e garantirem um direito de personalidade. Apesar de vislumbrada, contudo, a validade do instituto no ordenamento jurídico, vários são os argumentos a favor da regulamentação das diretivas antecipadas.

Um dos argumentos favoráveis pela regulamentação, por exemplo, é o estabelecimento e proteção do direito de autodeterminação do paciente. Esse argumento parte da premissa de que não é apenas no momento da situação de enfermidade que o paciente pode escolher pelo tipo de tratamento ou não que quer, mas esse direito de autodeterminação estende-se inclusive a situações futuras, de quando o paciente está inconsciente para dizer qual a escolha que intenta. Outro argumento a favor da regulamentação é a indiscutível segurança jurídica para aqueles que estão envolvidos. Os pacientes querem ter a certeza de que seus desejos serão respeitados e o médico requesta a segurança para seguir essa escolha, sem que haja consequência adversa para ele.³⁹³

A falta de previsão no ordenamento jurídico, embora não seja condição para a validade do documento, pode deixar os médicos inseguros em atender o que está posto na DAV. Sentem-se inseguros, principalmente, quando os familiares demonstram não pactuar com decisão do enfermo. Grande parte dos profissionais desconhece a existência do documento, o que só dificulta a sua execução. Isto é, embora aceito entre os profissionais de saúde, as diretivas encontram entrave em razão de ser pouco conhecida.³⁹⁴ Percebe-se, portanto, é que haveria a necessidade da elaboração por um caráter pedagógico e imperativo para o respeito da escolha do paciente.

Destaca-se que, atualmente, a única previsão do instituto, além das normas éticas, é o Enunciado aprovado pelo CNJ. Nos dias 14 e 15 de maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou a I Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e mostrar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde. O evento decorreu do elevado número e ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde,

³⁹² DADALTO, 2015, p. 179 e ss.

³⁹³ SIMON, 2014, p. 3.

³⁹⁴ CHEHUEN NETO *et al.*, 2015.

bem como as dos dispêndios decorrentes nos orçamentos públicos. Naquela oportunidade, o Conselho Nacional de Justiça editou o Enunciado nº 37, que trata das diretivas antecipadas de vontade, prevendo a forma como devem ser feitas:

ENUNCIADO N.º 37: As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.³⁹⁵

Em razão desse enunciado, as pessoas estão formulando as diretivas antecipadas de vontade em cartórios. O enunciado, entretanto, vai de encontro aos estudos do tema. Segundo Dadalto³⁹⁶, há uma confusão de nomenclaturas entre o gênero (diretivas antecipadas de vontade) e a espécie (declarações antecipadas de vontade, o que também é conhecido como testamento vital). O enunciado restringe o conteúdo das diretivas, ao tratar apenas da escolha do tratamento médico, excluindo a possibilidade da escolha por medidas paliativas ou de um representante legal que possa fazer a escolha por ele. Além disso, ele não elucida questão do prazo e quais os cuidados que podem ser recusados.

Ademais, apesar de o consentimento informado ser a pedra angular para as condutas na área da saúde, em especial na relação médico-paciente, uma contraposição se mostra quando se fala desse consentimento em países em desenvolvimento: o consentimento é efetivamente autônomo? Como destacado, a ética médica aufere contornos diferenciados na América Latina, em razão das mazelas sociais, em especial, relacionados à distribuição de renda. Nesses países, a população possui baixos níveis socioeconômicos, característica que pode influenciar negativamente na compreensão das informações acerca do ensaio clínico. A população estaria mais sujeita a não ter informação e compreensão completa da sua situação clínica, por estarem mais vulneráveis à exploração.³⁹⁷

Além disso, a comunicação entre pacientes e profissionais de saúde para elaboração dos DAV é quase inexistente, e, muitas vezes, não ter DAV é melhor do que ter, pois não há uma deliberação consentida e informada do paciente. Isto é, no processo de tomada de decisão para elaboração da DAV, o que se questiona é se há a prevalência da

³⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde**. São Paulo: CNJ, 2014b. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 26 dez. 2018.

³⁹⁶ DADALTO, 2015, p. 177 e ss.

³⁹⁷ LOBATO, Lucas; GAZZINELLI, Maria Flávia. O consentimento informado nos países em desenvolvimento é realmente autônomo? Um estudo descritivo com participantes de um ensaio clínico sobre Helmintoses. **Acta Bioethica**, Santiago, v. 21, n. 1, p. 127-136, 2015. Disponível em: <https://auroradechile.uchile.cl/index.php/AB/article/view/36517/38182>. Acesso em: 5 jan. 2019.

autonomia do paciente na tomada de decisão. Assim, com o paciente consciente para decidir, não há dúvidas de que o médico deve acatar a decisão dele, mas, no caso de uma DAV, tendo em vista o que se esboçou sobre a elaboração desse documento, isso ocorre da mesma forma?³⁹⁸

Ao passo que as diretivas antecipadas de vontade proporcionam a segurança da preferência do paciente com relação aos cuidados de saúde que ele quer ter ao final de sua vida, algumas questões se expressam com relação às decisões tomadas nessas diretivas. Ainda que seja lógico que as decisões devam ser tomadas com base no conhecimento e avaliação de dados médicos, prognóstico da doença e nos objetivos do paciente, nem sempre as escolhas da pessoas pelo tratamento ou não, ou ao nomear um representante que faça por ele são feitas assim³⁹⁹.

Essa situação resulta em problemáticas éticas, e não fica isenta dos riscos que podem decorrer dessa escolha. Por exemplo, se a DAV for mal interpretada, pode conduzir o médico a realizar uma vontade que não foi a exatamente expressada pelo paciente, ou pode acrescentar técnicas a um processo que já é muito técnico e complicado, ou, embora sejam instrumentos que viabilizem o constante diálogo entre a equipe de saúde e seus pacientes, podem ser utilizados como instrumentos que reduzam a responsabilidade destes profissionais e das instituições de saúde⁴⁰⁰.

Pesquisa realizada no Reino Unido com pessoas idosas, e que já possuíam ou fizeram o DAV durante a internação, por exemplo, demonstrou que, ainda que amplamente aceito e, na maioria dos casos, tenha surtido um efeito positivo, algumas situações negativas (ainda que poucas), foram vislumbradas. Houve situações em que o paciente foi transferido para outra equipe, pois a primeira equipe se sentiu incapaz de cumprir as diretivas deixadas pelo paciente. Algumas diretivas só foram de conhecimento pelos profissionais após dias da admissão, fazendo com que várias intervenções fossem retiradas tardiamente⁴⁰¹.

Alguns médicos concluíram que o paciente poderia ter sobrevivido senão fossem suas diretivas. Além disso, em alguns casos, houve dificuldades de entendimento entre a equipe e os parentes, quando a vontade do enfermo foi efetivada. O que se demonstrou ser

³⁹⁸ NUNES; ANJOS, 2014, p. 241-251.

³⁹⁹ MARTÍNEZ, K. Los documentos de voluntades anticipadas. **An. Sist. Sanit. Navar**, Pamplona, v. 30, supl. 3, p. 87-102, 2007. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30s3/original6.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2019.

⁴⁰⁰ MARTINEZ, *loc. cit.*

⁴⁰¹ SCHIFF, Rebekah; SACARES, Peter; SNOOK, Jane; RAJKUMAR, Chakravarthi; BULPITT, Christopher J. Living wills and the Mental Capacity Act: a postal questionnaire survey of UK geriatricians. **Age Ageing**, Oxford, v. 35, n. 2, p. 116-121, Mar. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1093/ageing/afj035>. Disponível em: <https://academic.oup.com/ageing/article/35/2/116/28219>. Acesso em: 8 fev. 2019.

preocupante no estudo foi o fato de o documento ter sido elaborado por pessoa sem o conhecimento e entendimento das implicações das decisões ou do quanto a pessoa poderia estar influenciada por outras.⁴⁰²

Outro estudo demonstrou que grande parte dos pacientes ao depararem a escolha de tratamentos específicos, estava mais propensa a receber tratamento de suporte de vida durante uma doença crítica, e menos disposta a acolher esse tipo de tratamento durante o estágio de inconsciência permanente. Por sua vez, os familiares dos pacientes inconscientes preferiam o tratamento de manutenção da vida, mas, quando a inconsistência perdura, o que se percebe são diferentes manifestações entre os entes: a maioria concorda que em algum momento iriam preferir que o médico sustasse o tratamento, uma minoria discorda e os demais não sabem responder quais seria a conclusão que tomariam nessa situação.⁴⁰³

Nota-se é que, para que haja melhor elaboração do DAV, é essencial que seja dada concedida maior importância no planejamento e elaboração desse documento, tanto com participação de profissionais de saúde de confiança do interessado e que o acompanhem por muito tempo, como dos entes queridos. Caso contrário, haverá uma deliberação apenas realizada de maneira isolada e sem qualquer diálogo técnico, pelo interessado, que não terá a importância pretendida, sendo melhor nem haver DAV. Uma das razões para que as DAV não tenham sucesso e o resultado positivo esperado é o fato de que não auferida muita importância para o processo e o propósito fundamental da DAV, que é preparar e ajudar os pacientes aos tratamentos finais de sua vida, e confortar os entes próximos quando o momento da morte do enfermo chegar.

Portanto, para que a DAV produza resultados positivos, é necessário que o planejamento das diretivas façam parte permanentemente da relação clínica, e não como um ato apenas a produzir um produto. Além disso, o planejamento deve ter como objetivo central as preferências e valores da pessoa, as deliberações devem ser levadas ao debate dos entes queridos e deve ser promovida a formação dos profissionais de saúde sobre os problemas da vida⁴⁰⁴.

Como anteriormente destacado, a plena liberdade, instituto do qual se legitima a autonomia da vontade e o consentimento livre e informado, somente é possível se a pessoa

⁴⁰² SCHIFF *et al.*, *loc. cit.*

⁴⁰³ DANIS, Marion; SOUTHERLAND, Leslie I.; GARRETT, Joanne M.; SMITH, Janet L.; HIELEMA, Frank; PICKARD, C. Glenn; EGNER, David M.; PATRICK, Donald L. A prospective study of advance directives for life sustaining care. *N Engl J Med.*, Boston, MA, v. 324, n. 13, p. 882-888, Mar. 1991. DOI: <http://dx.doi.org/10.1056/NEJM199103283241304>. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJM199103283241304>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁴⁰⁴ MARTINEZ, 2007, p. 87-102.

tiver os meios para a sua realização. Uma escolha livre, portanto, só é possível com o máximo de meios para tanto. A resistência dos profissionais apenas impossibilita que o interessado tenha acesso a todos os meios necessários para que esse consentimento livre seja dado. Para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, é essencial que a pessoa realize um planejamento de diretivas de cuidados.

Esse planejamento é um processo de reflexão e comunicação. É o período em que a pessoa irá refletir seus desejos e valores, proporcionando o conhecimento dos cuidados e do tipo de morte que deseja ter no futuro quando não puder mais se manifestar a respeito. É um processo inclusivo, personalizado e transparente, centrado no que é mais importante para a pessoa. É um planejamento fundamental para o indivíduo que intenta fazer as diretivas de vontade antecipada, em especial, para aqueles que são diagnosticados com alguma demência e, com o tempo, perderão o discernimento que possuem⁴⁰⁵.

No planejamento, há o contato tanto do indivíduo, como de seus familiares e dos profissionais de saúde, com as possibilidades de cuidados de fim de vida, e quais destes estariam em consonância com desejos e preferências do interessado. Há a compreensão e orientação para o registro dos desejos e preferências da pessoa com relação aos cuidados de saúde a serem escolhidos quando perder a capacidade de decidir; assim como o fornecimento de apoio para a família e profissionais do que pode ser feito sobre a vontade do paciente. Em suma, o processo é revestido das etapas necessárias para que o paciente formule de maneira consciente a sua DAV, de maneira que os familiares e profissionais a compreendam, já que participaram do processo⁴⁰⁶, pois não basta apenas o registro nas diretivas antecipadas, também é preciso que os envolvidos compreendam o que está sendo registrado.

Paralelo a isto, na decisão judicial de que se tem conhecimento sobre as diretivas antecipadas no país, e que foi proferida após a publicação da Resolução do CFM, destaca-se é que as ações decorrem do não atendimento da escolha do paciente que, no leito do hospital, cientificado de sua condição, optou por se recusar a receber tratamento terapêutico e pelas medidas paliativas. Como exemplo, cita-se o caso da decisão em recurso de apelação nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000)⁴⁰⁷, proferida pelo Tribunal de Justiça do

⁴⁰⁵ NHS ENGLAND. **My Future wishes**: Advanced Care Planning (ACP) for people with dementia in all care settings. Leeds, UK: NHS England, Apr. 2018. Disponível em: <https://www.england.nhs.uk/wp-content/uploads/2018/04/my-future-wishes-advance-care-planning-for-people-with-dementia.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁴⁰⁶ NHS ENGLAND, *loc. cit.*

⁴⁰⁷ “APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estádio não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua

Rio Grande do Sul. A ação foi ingressada em razão de um idoso (79 anos), lúcido, ex-hanseniano⁴⁰⁸, recusar a amputação do pé esquerdo necrosado, pois estava vendo a morte natural como alívio de seu sofrimento.

Em primeira instância, a vontade do paciente foi respeitada, por entender o juízo *a quo* que não se tratava de doença recente, e que o paciente era pessoa capaz, podendo escolher livremente, com a consciência das eventuais consequências. A apelação foi apresentada pelo Ministério Público, pois entendeu o Parquet que o paciente correria risco de vida. A Primeira Câmara Cível do Tribunal, responsável pelo julgamento da apelação, entendeu que o caso tratava-se de ortotanásia, e que o desrespeito do médico à liberdade do paciente pode caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e até lesões corporais, a depender do caso. Entendeu que a manifestação da vontade do idoso se tratava de testamento vital (um tipo de diretiva antecipada de vontade), e que, nos termos do art. 15 do Código Civil, a pessoa não pode ser constrangida a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 149/2018⁴⁰⁹, que estabelece a possibilidade de toda pessoa maior e capaz declarar, antecipadamente, o seu interesse de se submeter ou não a tratamentos de saúde futuros, caso se encontre em fase

vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição instituiu o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.” (TJ-RS, AC 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Primeira Câmara Cível, j. 20/11/2013, DJ 27/11/2013).

⁴⁰⁸ De acordo com a Organização Mundial de Saúde: “A hanseníase é uma doença infecciosa, de evolução crônica (muito longa) causada pelo *Mycobacterium leprae*, microorganismo que acomete principalmente a pele e os nervos das extremidades do corpo. A doença tem um passado triste, de discriminação e isolamento dos doentes, que hoje já não existe e nem é necessário, pois a doença pode ser tratada e curada. A hanseníase pode apresentar períodos de alterações imunes, os estádios reacionais. Na hanseníase borderline, as lesões tornam-se avermelhadas e os nervos inflamados e doloridos. Na forma virchowiana, surge o eritema nodoso hansênico: lesões nodulares, endurecidas e dolorosas nas pernas, braços e face, que se acompanham de febre, mal-estar, queda do estágio geral e inflamação de órgãos internos. Estas reações podem ocorrer mesmo em pacientes que já terminaram o tratamento, o que não significa que a doença não foi curada.” (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (Brasil). **Doenças transmissíveis e não-transmissíveis**: Hanseníase. Brasília: OPAS; OMS, [200-]. Disponível em: https://www.paho.org/bra.../index.php?option=com_content%20&view=article&id=419:hansen%C3%ADase&Itemid=463. Acesso em: 5 jan. 2019).

⁴⁰⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília: Senado Federal, 2018d. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 5 jan. 2019.

terminal ou acometido de doença grave ou incurável. O projeto dispõe acerca das diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. A proposta prevê as definições, os requisitos para a elaboração do documento, a possibilidade de alterações, a obrigatoriedade de seu acatamento pelos profissionais médicos, a previsão excepcional de sua inobservância e o direito à objeção de consciência pelos profissionais que cumprirem o disposto nos documentos de diretivas antecipadas.

Nas justificativas, o Projeto se fundamenta pela lacuna legal sobre o consentimento e recusa do tratamento médico, especialmente daqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade (os pacientes em fase terminal de doença e que não estão em condições de expressar a própria vontade); desenvolvimento tecnológico na área médica, o que tem contribuído para o prolongamento da vida por meio de suporte clínico intensivo; a lacuna legal das questões ético-profissionais envolvidas com a terminalidade da vida; pauta-se pelo respeito à dignidade e à autonomia do paciente, pela sua qualidade de vida e pela humanização da morte. Até a finalização deste estudo, o Projeto encontra-se pronto para apreciação da Comissão de Assuntos Sociais⁴¹⁰.

De tudo o que se expôs, conclui-se que as diretivas antecipadas de vontade já são uma realidade jurídica brasileira. São disposições válidas aos pacientes terminais pelo fato de representarem a consecução de prerrogativas fundamentais constitucionais (dignidade humana, autonomia da vontade e não submissão à tratamento desumano) e a concretude de direitos de personalidade (não intervenção médica e disposição ao próprio corpo). Sendo assim, apesar de não possuírem lei específica, encontram validade legal reconhecida, inclusive, por decisões judiciais (como é o caso da decisão sobre a legalidade da Resolução do CFM e da proferida pelo TJ-RS). Ainda carece de aplicação e conhecimento por parte dos profissionais, no entanto, que só se sentem seguros em respeitar o documento, em havendo sucedâneo legal para tanto, e do foco no planejamento para sua elaboração. Isto demonstra que o assunto carece de debate e validade fática, e não jurídica, que a legitimem.

⁴¹⁰ BRASIL, 2018d, *online*.

5 CONCLUSÃO

As diretivas antecipadas de vontade tem fundamento inicial na autonomia da vontade e dignidade humana. A expressão autonomia da vontade ficou conhecida pelos postulados de Immanuel Kant. Nos estudos do Filósofo, o ser humano é considerado como legislador universal de todas as máximas de sua vontade. Autonomia da vontade é um conceito de caráter subjetivo, que deriva essencialmente da liberdade inerente ao ser humano. O homem, por ser livre, é o proprietário de suas escolhas, e não pode ser subjugado a fazer aquilo que não quer.

A autonomia é corolário à dignidade humana. Embora se revele como um conceito abrangente, sua ideia é essencial na valorização humana. A dignidade considera o ser humano como centro do universo jurídico, que não deve ser tratado como um meio para o alcance dos fins, mas sim um fim em si mesmo. Da convergência dos conceitos da autonomia e dignidade decorre a assimilação de valor universal do ser humano, conclusão que reflete em todos os aspectos da vida humana, inclusive sobre os desdobramentos e repercussões da própria visão imaculada concedida ao direito à vida.

Atualmente, o direito à vida não significa um direito de caráter absoluto, cujo o objetivo é a preservação desproporcional da vida. Atualmente, está assimilada a este direito a necessidade de se ter uma qualidade de vida segundo os parâmetros que a pessoa entender que se encaixem nesse conceito. O fato de estar vivo não é mais tido como corolário da proteção do direito à vida. De nada adianta insistir na permanência de estar vivo, se isto ocorrer em condições sofríveis, que tornem essa permanência vital insuportável, fazendo com que o indivíduo perca o próprio sentido da vida. Por isso, o direito à vida não deve ser compreendido como um dever de estar vivo. O direito a uma morte digna passou a fazer parte da interpretação irradiante desse direito.

Essa perspectiva se tornou essencial, visto que os avanços da biotecnologia, além de terem proporcionado a cura da enfermidade, e de possibilitar maior expectativa da vida humana, também ocasionaram no prolongamento da vida além do natural. Essa extensão da vida repercutiu em temáticas essenciais e sensíveis da vida humana, e, em especial, na relação médico-paciente. Em razão disso, a ética médica passou a protagonizar um papel fundamental na busca de respostas às questões morais que os avanços tecnológicos ocasionaram.

A busca de respostas não se limitou apenas ao campo ético, mas também a outros terrenos, dentre eles, o jurídico. A autonomia da vontade e a dignidade humana passaram a ser o fundamento da relação médico-paciente, e das interpretações deontológicas médicas. A

relação antes centrada na escolha médica, agora estava fundamentada no consentimento livre e informado do paciente. Após lhe serem passadas todas as informações de seu estágio e repercussões dos tratamentos disponíveis, sem distinção, o enfermo passou a ter o direito de escolher a opção terapêutica a lhe ser ministrada.

A obstinação terapêutica não corresponde mais à única opção do enfermo, em especial, para aqueles cuja situação de óbito é inevitável. Embora a tecnologia tenha possibilitado melhor expectativa de vida, não exauriu a cura para todas as enfermidades. Assim, como contraponto a essa obstinação, os estudos e discussões acerca das medidas paliativas ganham cada vez mais espaço no campo médico, ainda que sejam incipientes no Brasil. As medidas paliativas passaram a ser uma opção de tratamento humanizado e confortado aos pacientes que almejam que as suas enfermidades fatais transcorram naturalmente.

Nem sempre, no entanto, o paciente pode manifestar a sua escolha. Nos casos em que é acometido por uma inconsciência temporária ou parcial, o seu consentimento passa a ser delegado a outrem, que, por muitas vezes, além de carregar a imensa responsabilidade de decidir o rumo da vida do enfermo, não sabe, de fato, qual é o seu real desejo. Isto porque as decisões tomadas envolvem não apenas aspectos clínicos, mas, também, religiosos, culturais e sociais sobre o fim da vida, que nem sempre são compartilhados pela pessoa.

Para que essa autonomia do paciente fosse respeitada, surgiu o documento de diretivas antecipadas, que tem por objetivo deixar registrada a vontade do paciente, quando este não puder mais manifestá-la diretamente. Essa diretiva pode ser um Testamento Vital, em que o paciente poderá deixar por escrito as diretrizes ou escolhas de tratamento que quer, ou um mandado duradouro, no qual ele escolhe um responsável para que escolha por ele. As diretivas não se confundem com outros temas de relevância ética, como ortotanásia, eutanásia, suicídio assistido e distanásia, pois estes institutos são de ações ou omissões realizadas no âmbito terapêutico, enquanto as diretivas são apenas o meio pelo qual o indivíduo deixará escrita a sua escolha terapêutica.

No Brasil, a previsibilidade das diretivas decorre de uma norma deontológica médica, que, apesar de ter a conotação de fonte legislativa administrativa para regular as questões éticas da profissão médica, possui relevância jurídica. A Resolução CFM nº 1995/2012, que trata das diretivas, foi considerada juridicamente válida aos pacientes terminais, por meio de decisão judicial, sendo inclusive emitida norma do CNJ para os que possuem a intenção de elaborar um documento de diretivas antecipadas poderem fazê-lo. Além disso, a ortotanásia, que foi autorizada eticamente no país pela Resolução CFM nº

1805/06, é um dos conteúdos dessas vontades antecipadas, sendo tida como válida no caso de pacientes terminais.

Mesmo nos casos das unidades de terapia intensiva, em que a Resolução CFM nº 2.156/2016 colocou o médico sob o papel de poder decisório, as diretivas prevalecem. Embora, porém, o significativo aumento de elaboração de diretivas antecipadas no País, ele ainda é um número tímido, em razão do desconhecimento da medida, tanto por parte dos profissionais, como pela população. A falta de debate sobre o tema prejudica significativamente a própria elaboração das diretivas, que têm no planejamento sua fase essencial. Essa carência não é privilégio do Brasil. Como se verificou, Portugal, por exemplo, também passou por um longo processo de debate e estudo até para a formulação da legislação atualmente vigente, e que foi promulgada no mesmo ano em que o CFM emitiu a resolução das diretivas.

Ressalta-se, portanto, é que, tanto no campo ético, como jurídico, as diretivas possuem amparo e validade para os pacientes terminais, uma vez que decorrem dos próprios direitos de personalidade (disposição ao próprio corpo) e fundamentais (dignidade humana e não ser submetido a tortura ou tratamento degradante), dando validade jurídica ao documento. A falta de conhecimento e debate, entretanto, prejudica sua legitimidade, dando insegurança aos profissionais médicos e familiares de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 16. ed. São Paulo: Canção Nova, 2012.

ABREU, Wilson Correia de. Cuidados paliativos para utentes com demência avançada: reflexões sobre a sua implementação. **Revista Portuguesa de Enfermagem de Saúde Mental**, Porto, n. 16, p. 6-10, dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.19131/rpesm.0151>. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/rpesm/n16/n16a01.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

AGÊNCIA ESTADO. Brasil é o 3º pior em ranking de 'qualidade de morte'. **Estadão**, São Paulo, 14 jul. 2010. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-o-3-pior-em-ranking-de-qualidade-de-morte,581070>. Acesso em: 22 dez. 2018.

ALBUQUERQUE, Sandra Márcia Ribeiro Lins de. **Qualidade de vida ao idoso: assistência domiciliar faz a diferença?** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLDRIDGE, Peter. Who wants to live forever? *In*: LEE, Robert; MORGAN, Derek (ed.). **Death rites: law and ethics at the end of live**. London: Routledge, 1994. p. 11-36.

ALMEIDA JUNIOR, João Baptista de. O status científico da bioética. *In*: SILVA, José Vitor da (org.). **Bioética: visão multidimensional**. São Paulo: Iátria, 2010. p. 23-39.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMUNDSEN, Darrel W. Medical ethics, history of Europe. *In*: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 3, p. 1555-1562.

ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. Tradução de Luiz Ribeiro. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

ARISTÓTELES. **Sobre a Alma**. Tradução de Ana Maria Lóio. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010.

ATKINSON, Jacqueline M. **Advance directives in mental health: theory, practice and ethics**. London: Jessica Kingsley, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça **Teoria geral do direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidades**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1-22.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. Informed consent. *In*: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 3, p. 1271-1277.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERGESTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIFULCO, Anita V.; CAPONERO, Ricardo. **Cuidados paliativos**: conversas sobre a vida e a morte na saúde. Barueri, SP: Manole, 2016. *E-book*.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. **Los límites a los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

BRANDALISE, Victor Bastos; REMOR, Aline Pertile; CARVALHO, Diego de; BONAMIGO, Elcio Luiz. Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva dos profissionais e acadêmicos de um hospital universitário. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 26, n. 2, p. 217-227, abr./jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v26n2/1983-8042-bioet-26-02-0217.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRANDÃO, Cláudio. Direito no pensamento jurídico medieval. *In*: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 134-146.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 dez. 2018.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Ata da 7ª Reunião. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 21 maio 1987a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=23>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Ata da 11ª Reunião. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 25 maio 1987b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup66anc27mai1987.pdf#page=108>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.715, de 2009 (Do Senado Federal)**. Altera o Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Brasília: Senado Federal, 2009a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=674B08C0DA7EEAC93BE378F7EB5D758D.node2?codteor=731681&filename=Avulso+-PL+6715/2009. Acesso em: 30 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. 5065 municípios brasileiros não possuem leitos de UTI, aponta estudo do CFM. **Portal CFM**, Brasília, 16 maio 2016a. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/leitoutiporcapitais.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida. **Portal CFM**, Brasília, 30 ago. 2012a. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida. Acesso em: 9 fev. 2019.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.246/88. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jan. 1988a. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1988/1246>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.621/2001. Estabelece que a Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jun. 2001. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2001/1621>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.665/2003. Dispõe sobre a responsabilidade ética das instituições e profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento dos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS) e soropositivos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 2003. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2003/1665>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral,

respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 23 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009b. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>. Acesso em: 23 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.955/2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.986/2012. Reconhecer a Estimulação Magnética Transcraniana (EMT) superficial como ato médico privativo e cientificamente válido para utilização na prática médica nacional, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas nas esquizofrenias e planejamento de neurocirurgia. A EMT superficial para outras indicações, bem como EMT profunda, continua sendo um procedimento experimental. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 maio 2012b. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1986>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012c. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 23 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.085/14. Homologa a eleição realizada no dia 25 de agosto de 2014 para Conselheiro Efetivo e Suplente do CFM. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 set. 2014a. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2014/2085>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.152/2016. Estabelece normas de organização, funcionamento, eleição e competências das Comissões de Ética Médica dos estabelecimentos de saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 nov. 2016b. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2152>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.156/2016. Conselho define critérios para melhorar fluxo de atendimento médico em UTIs. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 nov. 2016c. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>. Acesso em: 30 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. **Diário**

Oficial da União, Brasília, DF, 10 nov. 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.185/2018. Fixa os valores das anuidades e taxas para o exercício de 2019, fixa regras para inscrição e execução dos créditos na dívida ativa e recuperação de crédito e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 ago. 2018a. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2185>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.213/2018. Institui as comendas a serem concedidas às personalidades médicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2213>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217/2018. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 nov. 2018c. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde**. São Paulo: CNJ, 2014b. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 21 dez. 2018.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Primeira Vara. Decisão da Ação Civil Pública Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Goiânia: Justiça Federal, 2013. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=6834321d3dbe4fa0387f2a4e9bc1e4ad&trf1_captcha=st83&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO. Acesso em: 30 dez. 2018.

_____. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 1 out. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.432, de 12 de agosto de 1998. Estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo – UTI. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 ago. 1998. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3432_12_08_1998.html. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília: Senado Federal, 2018d. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 5 jan. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.540.580/DF (2015/015174-9), Relator: Min. Lázaro Guimarães, Relator p/Ac.: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02/08/2018, DJe 04/09/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719802&num_registro=201501551749&data=20180904&formato=PDF. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 29/05/2008, **DJe** 28/05/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 12/04/2012, **DJe** 30/04/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 508**. Brasília, 26 a 30 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. **Notícias STF**, Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917>. Acesso em: 19 dez. 2018.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. *E-book*.

CALLAHAN, Daniel. Bioethics. In: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 1, p. 278-286.

CAPUTO, Alice. Il consenso informato: i mutevoli rilievi penali della sua assenza nei trattamenti medici arbitrari e della sua presenza in caso di disposizioni anticipate di trattamento. **Rev Bio y Der.**, Barcelona, n. 44, p. 89-102, 2018. Disponível em: <http://scielo.icsiii.es/pdf/bioetica/n44/1886-5887-bioetica-44-00089.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

CASONATO, Carlo. **Introduzione al Biodiritto**. La bioética nel diritto costituzionale comparato. Trento: Università degli Studi di Trento, 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Mariana Parreiras Reis de; ANTUNES, Guilherme Cafure; MARCON, Livia Maria Pacelli; ANDRADE, Lucas Silva; RÜCKL, Sarah; ANDRADE, Vera Lúcia Ângela. Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 24, n. 2, p. 355-367, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242136>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/1983-8034-bioet-24-2-0355.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

CAÚLA, Bleine Queiroz. A proteção da vida à luz da responsabilidade penal ambiental da pessoa coletiva de direito privado: análise da colisão com o direito de liberdade e com o direito social do trabalho. *In*: MIRANDA, Jorge (org.). **Direitos fundamentais**: uma perspectiva de futuro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-64.

CHEHUEN NETO, José Antonio; FERREIRA, Renato Erothildes; SILVA, Natália Cristina Simão da; DELGADO, Álvaro Henrique de Almeida; TABEL, Caio Gomes; ALMEIDA, Guilherme Gomide; VIEIRA, Isadora Figueiredo Vieira. Testamento vital: o que pensam profissionais de saúde? **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 572-582, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015233094>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0572.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

COELHO, Cristina Bueno Terzi; YANKASKAS, James R. Novos conceitos em cuidados paliativos na unidade de terapia intensiva. **Rev. bras. ter. intensiva**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 222-230, jun. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5935/0103-507x.20170031>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbti/v29n2/0103-507X-rbti-29-02-0222.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

COGO, Silvana Bastos; LUNARDI, Valéria Lerch; QUINTANA, Alberto Manuel; GIRARDON-PERLINI, Nara Marilene Oliveira; SILVEIRA, Rosemary Silva da. Desafios da implementação das diretivas antecipadas de vontade à prática hospitalar. **Rev. Bras. Enferm.**, Brasília, v. 69, n. 6, p. 1031-1038, dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7167-2016-0085>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v69n6/0034-7167-reben-69-06-1031.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2018.

COMBINATO, Denise Stefanoni; MARTIN, Sueli Terezinha Ferrero. Necessidades da vida na morte. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 21, n. 63, p. 869-880, dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1807-57622016.0649>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/icse/v21n63/1807-5762-icse-1807-576220160649.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O fundamento dos direitos humanos. *In*: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016. cap. 15. *E-book*.

COSTA-MARTINS, Judith. As interfaces entre a bioética e o direito. *In*: CLOTET, Joaquim (org.). **Bioética**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001. p. 67-84.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. São Paulo: Atlas, 2015.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. *E-book*.

DANIS, Marion; SOUTHERLAND, Leslie I.; GARRETT, Joanne M.; SMITH, Janet L.; HIELEMA, Frank; PICKARD, C. Glenn; EGNER, David M.; PATRICK, Donald L. A prospective study of advance directives for life sustaining care. **N Engl J Med.**, Boston, MA, v. 324, n. 13, p. 882-888, Mar. 1991. DOI: <http://dx.doi.org/10.1056/NEJM199103283241304>. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJM199103283241304>. Acesso em: 23 dez. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 295-307.

DN/LUSA. OMS. Portugal é um dos cinco países da Europa que pior trata os idosos. **Diário de Notícias**, Lisboa, 23 fev. 2018a. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/portugal-esta-nos-cinco-paises-da-europa-que-pior-trata-os-idosos-estudo-9139937.html>. Acesso em: 9 fev. 2019.

_____. Perto de 20 mil portugueses têm o testamento vital registrado. **Diário de Notícias**, Lisboa, 23 mar. 2018b. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/perto-de-20-mil-portugueses-tem-o-seu-testamento-vital-registrado-9182986.html>. Acesso em: 8 jan. 2019.

DOUKAS, David John; REICHEL, William. **Planning for uncertainty: living wills and other advance directives for you and your family**. 2nd. ed. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 2007.

DUTRA, Bianca Santana; SANTANA, Júlio César Batista; DUARTE, Adriana Souza; BATISTA, Clarissa Barbosa Wardi; ATTONI, Jamile de Mendonça; GUIMARÃES, Rejanne Jessyca Pires. Dysthanasia: ethical reflections on the limits of therapeutic efforts in intensive care units. **Revista de Pesquisa: Cuidado é Fundamental Online**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1617-1627, Jan./Mar. 2011. Disponível em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/cuidado-fundamental/article/view/1275>. Acesso em: 20 dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ECHTERHOFF, Gisele. O princípio da dignidade humana e a biotecnologia. *In*: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 73-118.

EMANUEL, Ezekiel J.; EMANUEL, Linda L. Four models of the physician-patient relationship. **JAMA.**, Chicago, v. 267, n. 16, p. 2221-2226, Apr. 1992. DOI: <http://dx.doi.org/10.1001/jama.1992.03480160079038>. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/396718>. Acesso em: 20 dez. 2018.

ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. Foreword. *In*: POTTER, Van Rensselaer. **Global Bioethics: Bullging on the Leopold Legacy**. East Lansing, MI: Michigan State University Press, 1988. p. VII-XII.

ESTADOS UNIDOS. [Constitution (1787)]. **Constitution of the United States**. Washington: Senate, 1787. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 18 dez. 2018.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986.

FASCIOLI, Ana. Los cuidados paliativos al final de la vida: expresión del reconocimiento del otro. **Enfermería**, Montevideo, v. 5, n. 2, p. 46-53, dic. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.22235/ech.v5i2.1288>. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/ech/v5n2/v5n2a07.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2018.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Muito barulho por nada? Uma análise crítica do novo Código de Ética Médica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 189-204, Mar./Jul. 2011. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v12i1p189-204>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13242/15058>. Acesso em: 22 dez. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FISCHER, Gary S.; TULSKY, James A.; ARNOLD, Robert M. Advance directives and advance care planning. *In*: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 1, p. 74-79.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

_____. Deontologia médica e bioética. *In*: CLOTET, Joaquim (org.). **Bioética**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2001. p. 58-66.

FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: um enfoque ético-político. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 7, n. 1, 1999. [10] p. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/295/434. Acesso em: 19 dez. 2018.

GARCIA, Emerson. Declarações de direitos: origem e evolução. *In*: JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**: contribuição para a história do direito constitucional moderno. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15-26.

GARRAFA, Volnei. Reflexões bioéticas sobre ciência, saúde e cidadania. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 7, n. 1, 1999. [6] p. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/287/426. Acesso em: 22 dez. 2018.

GIACCOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. **Medicina (Ribeirão Preto)**, Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, p. 13-19, 2005. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2176-7262.v38i1p13-19>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/418/419>. Acesso em: 23 dez. 2018.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade. *In*: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 93-113.

GRIES, Cynthia J.; CURTIS, J. Randall; WALL, Richard J.; ENGELBERG, Ruth A. Family member satisfaction with end-of-life decision making in the ICU. **Chest.**, Chicago, v. 133, n. 3, p. 704-712, Mar. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1378/chest.07-1773>. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2744978/pdf/nihms103750.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

GUERRA, Yolanda M. Ley, jurisprudencia y eutanasia: introducción al estudio de la normatividad comparada a la luz del caso colombiano. **Revista Latinoamericana Bioética**, Bogotá, v. 13, n. 2, p. 70-85, dic. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v13n2/v13n2a07.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. *In*: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-72.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AGAPITO, Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes. Diretivas antecipada de vontade como instrumento de concretização do direito fundamental à morte digna. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 197-220.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos: clonagem humana**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HONNETH, Axel. Integridad y desprecio: motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento. **ISEGORÍA**, n. 5, p. 78-92, 1992. Disponível em: isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/339/340. Acesso em: 22 dez. 2018.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. *E-book*.

JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno**. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33-37.

JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica Evangelium Vitae**. Roma: Vaticano, 1995. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_2503_1995_evangelium-vitae.html. Acesso em: 20 dez. 2018.

JONSEN, Albert R. **The birth of bioethics**. New York: Oxford University Press, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

_____. **Metafísicas dos costumes**. Tradução de Clécia Aparecida Martins e Bruno Nadal. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KESTEMBERG, Célia Caldeira F.; SÓRIA, Denise de Assis C.; PAULO, Elizabeth Ferreira Pires. Situações de vida e morte: uma questão reflexiva. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília, v. 45, n. 4, p. 259-265, out/dez. 1992. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-71671992000300003>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v45n4/v45n4a03.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2018.

KING, Nancy. Making sense of advance directives. **Critical Medical Ethics**. Vol. 2. Springer-Science+Business Media, B.V., 1991.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 175-198.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145-174.

KOENIG, Barbara A.; MARSHALL, Patricia A. Death. In: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 2, p. 546-560.

KRÄNZLE, Susanne. Historische Entwicklung. In: KRÄNZLE, Susanne; SCHMID, Ulrike; SEEGER, Christa (ed.). **Palliative Care: Handbuch für Pflege und Begleitung**. 2. Aufl. Heidelberg: Springer Medizin Verlag, 2007. p. 2-3.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer: o que os doentes têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes**. (Tradução Paulo Menezes) 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 172 e ss

KUTNER, Luis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. **Indiana Law Journal**, Indianapolis, IN, v. 44, n. 4, p. 539-554, 1969. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>. Acesso em: 19 dez. 2018.

- LIMA, Cristina. Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos. **Medicina Interna**: Revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, Lisboa, v. 12, n. 1, p. 6-10, jan./mar. 2005. Disponível em: https://www.spmi.pt/revista/vol12/vol12_n1_2005_06-10.pdf. Acesso em: 24 dez. 2018.
- LIMA, Marúcia. Comissão aprova proposta que regulamenta a ortotanásia. **Agência Câmara Notícias**, Brasília, 8 dez. 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/151903-COMISSAO-APROVA-PROPOSTA-QUE-REGULAMENTA-A-ORTOTANASIA.html>. Acesso em: 30 dez. 2018.
- LIMA, Ricardo; LUCCHESI, Fernando A.; BRAILE, Domingo M.; SALERNO, Tomas A. A tribute to Euryclides de Jesus Zerbini, MD. **Ann Thorac Surg.**, Amsterdam, v. 72, p. 1789-1792, 2001 Disponível em: [https://www.annalsthoracicsurgery.org/article/S0003-4975\(01\)03077-6/pdf](https://www.annalsthoracicsurgery.org/article/S0003-4975(01)03077-6/pdf). Acesso em: 26 dez. 2018.
- LOBATO, Lucas; GAZZINELLI, Maria Flávia. O consentimento informado nos países em desenvolvimento é realmente autônomo? Um estudo descritivo com participantes de um ensaio clínico sobre Helminthoses. **Acta Bioethica**, Santiago, v. 21, n. 1, p. 127-136, 2015. Disponível em: <https://auroradechile.uchile.cl/index.php/AB/article/view/36517/38182>. Acesso em: 5 jan. 2019.
- LOPES, Bárbara; MARTINS, Jéssika; MORENO, Tica (org.). **Somos todas clandestinas**: relatos sobre aborto, autonomia e política. São Paulo: SOF, 2016.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. **Testamento vital y voluntad del paciente**. Madrid: Dykinson, 2003.
- LOWE, Keith. **Continente Selvagem**: A Europa no rescaldo da Segunda Guerra Mundial. Tradução de Rachel Botelho e Paulo Schiller. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. *E-book*.
- MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.
- MACIEL, Maria Goretti Sales. Definições e princípio. In: OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (coord.). **Cuidado paliativo**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2008. p. 15-32.
- MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, p. 95-117, jul./dez. 2007.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTÍN MATEO, Ramón. **Bioética y derecho**. Barcelona: Ariel, 1987.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, [2010]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/10507-A-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 30 dez. 2018.

MARTÍNEZ, K. Los documentos de voluntades anticipadas. **An. Sist. Sanit. Navar**, Pamplona, v. 30, supl. 3, p. 87-102, 2007. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30s3/original6.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2019.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. **Dignidade humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Leonardo. Lei de Biossegurança e controle de sua constitucionalidade pelo STF na ADI 3.510-DF. *In*: MARTINS, Leonardo (coord.). **Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no Direito Comparado alemão**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-179.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno d um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 119-145.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25-64.

MEEKER, Mary Ann; JEZEWSKI, Mary Ann. Family decision making at end of life. **Palliat Support Care.**, Cambridge, UK, v. 3, n. 2, p. 131-142, June 2005. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1478951505050212>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/palliative-and-supportive-care/article/family-decision-making-at-end-of-life/B098D6A8C6B3E6F852CA5067F243EE53>. Acesso em: 28 dez. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Marco Aurélio. Princípios constitucionais e direitos fundamentais. *In*: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Atlas, 2016. cap. 26. *E-book*.

MENEZES, Rachel Aisengart; GOMES, Edlaine de Campos. Uma “morte suave”: valores religiosos e laicos nos discursos sobre ortotanásia. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 2, p. 81-100, 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-85872012000200005>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rs/v32n2/05.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

MOONEY, Carla. **Bioethics**. London: Gale Cengage Learning, 2009.

MORENO, Jonathan D. Consensus, role and authority of. *In*: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 1, p. 520-523.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MÜLLER, Friederich. **La positividad de los derechos fundamentales**: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales. Tradução de Alberto Oehling de los Reys. Madrid: Dykinson, 2016.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-70.

NAESS, Atle. **Galileu Galilei**: um revolucionário e seu tempo. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

NATIONAL GEOGRAPHIC (Portugal). Envelhecer em Portugal: o Estado do País. **National Geographic**, Lisboa, 18 abr. 2018. Disponível em: <https://www.natgeo.pt/ciencia/2018/04/envelhecer-em-portugal-o-estado-do-pais>. Acesso em: 9 fev. 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhman e Habemas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NHS ENGLAND. **My Future wishes**: Advanced Care Planning (ACP) for people with dementia in all care settings. Leeds, UK: NHS England, Apr. 2018. Disponível em: <https://www.england.nhs.uk/wp-content/uploads/2018/04/my-future-wishes-advance-care-planning-for-people-with-dementia.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 145, p. 185-196, jan./mar. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 dez. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

NÚMERO de testamentos vitais lavrados no Brasil cresce 700%. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-30/numero-testamentos-vitais-lavrados-brasil-cresce-700>. Acesso em: 26 dez. 2018.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 241-251, ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014222005>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 fev. 2019.

NUNES, Rui. **Estudo N.º E/17/APB/10 – Testamento Vital**. Porto: Associação Portuguesa de Bioética, 2010. Disponível em: http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf. Acesso em: 8 fev. 2019.

NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 29-39, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/77. Acesso em: 8 jan. 2019.

_____. Testamento vital. **Nascer e Crescer**, Porto, v. 21, n. 4, p. 250-255, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/nas/v21n4/v21n4a10.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2019.

OLIVEIRO, Maria Zeneida Puga Barbosa; BARBAS, Stela. Autonomia do idoso e distanásia. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 21, n. 2, p. 328-337, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000200016>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a16v21n2.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Genebra: UNESCO, 2005. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 26 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (Brasil). **Doenças transmissíveis e não-transmissíveis: Hanseníase**. Brasília: OPAS; OMS, [200-]. Disponível em: https://www.paho.org/bra.../index.php?option=com_content%20&view=article&id=419:hansen%C3%ADase&Itemid=463. Acesso em: 5 jan. 2019.

OSBORNE, Denise M. Testamento vital. **Clarim**, Araxá, a. 16, n. 757, p. A2, fev. 2011. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/49751734/Testamento-Vital>. Acesso em: 4 jan. 2019.

PADOVANI CANTON, Antonio Manuel; CLEMENTE RODRIGUEZ, María Elisa. Eutanasia y legislación. **Rev Ciencias Médicas**, Pinar del Río, v. 12, n. 2, p. 139-149, dic. 2008. Disponível em: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-31942008000200016&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 23 dez. 2018.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado. TJPA, ApCp. 2017.02776553-33, 177.621, Relator: Des. Leonardo de Noronha Tavares, 1ª Turma de Direito Privado, j. 26/06/2017/06/26.

PAULA, Ignacio Carrasco de. A santidade da vida humana como fonte principal da Ética Médica. **Canção Nova**, São Paulo, 7 nov. 2011. Disponível em: https://img.cancaonova.com/noticias/pdf/284096_ASantidadeDaVidaHumana_DomIgnacioCarrasco.pdf. Acesso em: 21 dez. 2018.

PESSINI, Leo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 21, n. 1, p. 09-19, abr. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000100002>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a02v21n1.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

PESSINI, Leo. Bioética na América Latina: algumas questões desafiantes para o presente e futuro. **Bioethikos**, São Paulo v. 2, n. 1, p. 42-49, 2008. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/60/04.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 12, n 1, p. 39-60, 2004. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/120/125. Acesso em: 26 dez. 2018.

PLATÃO. **As leis, incluindo Epinomis**. Tradução e notas de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2010.

PONTES, Hamilton Valvo Cordeiro; PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. Não consentimento livre e esclarecido e suas implicações jurídicas. *In*: TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro (org.). **Estudos avançados de biodireito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 71-86.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/201902122004/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 8 fev. 2019.

_____. Assembleia da República. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). **Diário da República**, Lisboa, 1.ª Série, n.º 136, 16 jul. 2012. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/133762>. Acesso em: 8 fev. 2019.

_____. Guarda Nacional Republicana. **Operação Censos Sénior 2017 – Resultados**. Lisboa: GNR, [2017]. Disponível em: <http://www.gnr.pt/comunicado.aspx?linha=4206>. Acesso em: 9 fev. 2019.

_____. Ministério da Justiça. Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Aprova o Código Penal. **Diário da República**, Lisboa, 1.ª Série-A, n.º 63, 15 mar. 1995. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/185720>. Acesso em: 8 fev. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Portaria n.º 104/2014, de 15 de maio. Aprova o modelo de diretiva antecipada de vontade. **Diário da República**, Lisboa, 1.ª Série, n.º 93, 15 maio 2014. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/25343677>. Acesso em: 26 dez. 2018.

POTTER, Van Rensselaer. The Leopold Legacy. *In*: POTTER, Van Rensselaer. **Global Bioethics: Bullging on the Leopold Legacy**. East Lansing, MI: Michigan State University Press, 1988. p. 13-30.

RACHELS, James. **The end of life: euthanasia and morality**. New York: Oxford University Press, 1990.

RAIMUNDO, Diana Sara Lopes. O procurador de cuidados de saúde na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. **e-Pública**, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 488-517, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n2/v1n2a17.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Edited by Erin Kelly. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. ApCp 70009997982, Relatora: Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, 9ª Câmara Cível, j. 30/05/2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 70054988266 RS. Relator: Irineu Mariani, Primeira Câmara Cível, j. 20/11/2013, **DJ** 27/11/2013. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70054988266&ano=2013&codigo=2051055. Acesso em: 5 jan. 2019.

ROCHA, Eneyde Gontijo Fernandes M. Direito à verdade e autonomia da vontade no enfermo. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8, p. 222-234, jan./dez. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27759>. Acesso em: 4 jan. 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 dez. 2018.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento**. Salvador: JusPodivm, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10806/1/Por%20uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

SANTOS, Maria Fernanda Gonçalves dos; BASSITT, Débora Pastore. Terminalidade da vida em terapia intensiva: posicionamento dos familiares sobre ortotanásia. **Rev. bras. ter. intensiva**, São Paulo, v. 23, n. 4, p. 448-454, dez. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-507X2011000400009>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbti/v23n4/a09v23n4.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. ApCv 136.164.4/0-00, rel. Des. Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 28/08/2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da**

dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15-44.

SAUDERS, John. Medical futility: CPR. *In*: LEE, Robert; MORGAN, Derek (ed.). **Death rites: law and ethics at the end of live.** London: Routledge, 1994. p. 72-90.

SAUNDERS, Dame Cicely. What is hospice care? **American Cancer Society**, Atlanta, GA, 28 Apr. 2016. Disponível em: <https://www.cancer.org/treatment/finding-and-paying-for-treatment/choosing-your-treatment-team/hospice-care/what-is-hospice-care.html>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Historia do direito:** perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHATZMAYR, Hermann G. A varíola, uma antiga inimiga. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1525-1530, dez. 2001. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2001000600024>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n6/6979.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SCHIFF, Rebekah; SACARES, Peter; SNOOK, Jane; RAJKUMAR, Chakravarthi; BULPITT, Christopher J. Living wills and the Mental Capacity Act: a postal questionnaire survey of UK geriatricians. **Age Ageing**, Oxford, v. 35, n. 2, p. 116-121, Mar. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1093/ageing/afj035>. Disponível em: <https://academic.oup.com/ageing/article/35/2/116/28219>. Acesso em: 8 fev. 2019.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O livre-arbítrio.** Tradução de Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

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

SCHÜLER, Arnaldo. **Dicionário Enciclopédico de Teologia.** Canoas: Ed. ULBRA, 2002.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Morta. Revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYÈS, Abade. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão.** Tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Camila Barreto Pinto. Transplante de órgãos e tecidos e a morte encefálica. *In*: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (coord.). **Biodireito constitucional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 1-15.

SILVA, José Antônio Cordeiro da; SOUZA, Luis Eduardo Almeida de; SILVA, Luisa Carvalho; TEIXEIRA, Renan Kleber Costa. Distanásia e Ortotanásia: práticas médicas sob a visão de um hospital particular. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 358-366, 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014222017>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/18.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

SILVA, Lízia Fabíola Almeida; LIMA, Maria da Glória; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Conflitos bioéticos: atendimento fisioterapêutico domiciliar a pacientes em condição de terminalidade. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 148-157, Apr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251176>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n1/1983-8042-bioet-25-01-0148.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SILVA, Rudval Sousa da; EVANGELISTA, Cássia Luiza de Souza; SANTOS, Rodrigo Duarte dos; PAIXÃO, Gilvânia Patrícia do Nascimento; MARINHO, Christielle Lidiane Alencar; LIRA, Gerlene Grudka. Percepção de enfermeiras intensivistas de hospital regional sobre distanásia, eutanásia e ortotanásia. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 24, n. 3, p. 579-589, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016243157>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0579.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

SIMON, Alfred. Historical review of advance directives. *In*: LACK, Peter; BILLER-ANDORNO, Nikola; BRAUER, Susanne (ed.). **Advance directives**. London: Springer, 2014. p. 3-16.

SMITH, Stephen W. **End-of-life decisions medical care: principles and policies for regulating the dying process**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.

SOARES, Francisco José Passos; SHIMIZU, Helena Eri; GARRAFA, Volnei. Código de Ética Médica brasileiro: limites deontológicos e bioéticos. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 244-254, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017252184>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/1983-8042-bioet-25-02-0244.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

SPIELMAN, Bethany J. **Bioethics in Law**. Totowa, NJ: Human Press, 2007.

TALBOT, Marianne. **Bioethics: an introduction**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.

TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro. A proteção da vida humana. *In*: TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro (org.). **Estudos avançados de biodireito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 1-24.

TÄNNSJÖ, Torbjörn. The sanctity of life and the active/passive distinction: a final reflection. *In*: TÄNNSJÖ, Torbjörn (ed.). **Terminal sedation: euthanasia in disguise?**. New York: Springer Science+Business Media Dordrecht, 2004. p. 115-125.

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

TRIBUNAL FEDERAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Seção Judiciária do Distrito Federal. Sentença da Ação Civil processo nº 2007.34.00.014809-3. Juiz Federal Roberto Luis Luchi

Demo. Brasília: TRF-1, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2018.

UNITED NATIONS. Overview. **United Nations**, New York, 3 fev. 2015. Disponível em: <http://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html>. Acesso em: 4 jan. 2019.

VANE, Matheus Fachini; POSSO, Irimar de Paula. Perception of physicians of Intensive Care Units of the Clinicas Hospital Complex about orthothanasia. **Revista Dor**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 39-45, Jan./Mar. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-00132011000100009>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdor/v12n1/v12n1a09.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

VEJA. Paciente com “não ressuscitar” tatuado causa dilema ético nos EUA. **VEJA**, São Paulo, 1 dez. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/tatuagem-nao-ressuscitar-no-peito-dilema-etico-em-hospital-eua/>. Acesso em: 8 fev. 2019.

VIANNA, Jayme Augusto Rocha; ROCHA, Lys Esther. Comparação do Código de Ética Médica do Brasil. **Revista Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 52, n. 6, p. 435-440, dez. 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302006000600025>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ramb/v52n6/a25v52n6.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

VIDA. *In*: **Dicionário Priberam**. 2018. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/vida>. Acesso em: 26 dez. 2018.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanasia e o Direito Penal brasileiro. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56/59. Acesso em: 4 jan. 2019.

WALTER, Tony. Historical and cultural variants on the good death. **BMJ.**, London, v. 327, p. 218-220, jul. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.327.7408.218>. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1126582/pdf/3270218.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

WATSON, Leonor Paiva. Saiba que países já permitem a eutanásia. **JN Direito**, Lisboa, 1 fev. 2017. Disponível em: <https://www.jn.pt/nacional/interior/a-eutanasia-no-resto-do-mundo-5641675.html>. Acesso em: 28 dez. 2018.

WEBER, Thadeu. Dignidade humana e liberdade em Hegel. **Revista Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 15, n. 2, p. 387-396, jul./dez. 2014.

WELIE, Jos V. M. Living wills and substituted judgments: a critical analysis. **Medicine, Health Care and Philosophy**, Dordrecht, v. 4, n. 2, p. 169-183, 2001. Disponível em: <http://www.springerlink.com/content/nr07441220428614/>. Acesso em: 4 jan. 2019.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

WIKLER, Daniel; BEAUCHAMP, Dan E. Lifestyles and public health. *In*: POST, Stephen G. (ed.). **Encyclopedia of bioethics**. 3rd. ed. New York: Macmillan Reference USA; Farmington Hills, MI: Thompson Gale, 2003. v. 3, p. 1406-1410.

WILLIAMS, Glenys. **Intention and causation in medical non-killing**: the impact of criminal Law concepts on euthanasia and assisted suicide. London: Routledge-Cavendish, 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The Smallpox Eradication Programme - SEP (1966-1980)**. Geneva: WHO, May 2010. Disponível em: <http://www.who.int/features/2010/smallpox/en/>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. **WHO Definition of Palliative Care**. Geneva: WHO, [201-]. Disponível em: <https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. **World Health Statistics 2017**: Monitoring health for the SDGs. Geneva: WHO, 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255336/1/9789241565486-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 3 jan. 2019.