



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

VINÍCIUS DE SOUZA ASSUMPÇÃO

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: uma análise
dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do
direito à vida

Salvador
2014

VINÍCIUS DE SOUZA ASSUMPÇÃO

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

Salvador
2014

VINÍCIUS DE SOUZA ASSUMPÇÃO

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim – Orientadora

Doutora pela Universidade Federal do Paraná e pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva

Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Doutor pela Universidade de Coimbra

Salvador,

de

de 2014

Aos meus pais, razão de tudo, sempre.

AGRADECIMENTOS

A dedicação despendida para a realização desse trabalho me fez irreparavelmente ausente com familiares e amigos, portanto o primeiro agradecimento é para todos que foram compreensíveis com o meu distanciamento e ainda assim me apoiaram.

Agradeço a minha mãe, Aladilce, por cuidar de mim diariamente, sendo imensamente sensível a todas as minhas dificuldades. A meu pai, Gilvan, pelo apoio incondicional e pelas palavras sempre confortantes.

À minha orientadora, Maria Auxiliadora Minahim, não apenas pela orientação, primordial para o trabalho, mas por ter despertado em mim interesse especial pela pós-graduação. Sem o seu direcionamento e amparo, não seria possível chegar até aqui.

À professora Mônica Aguiar, agradeço também o apoio e as indicações de fontes de pesquisa.

Agradeço aos demais professores e funcionários do Programa, que exercem com tanto brilhantismo seu diário mister.

A minhas sócias, Thaís Bandeira e Mayana Sales, não só por terem contribuído com a pesquisa e as reflexões sobre o tema, mas por entenderem esta fase de entrega à dissertação e ajudarem a suprir eventuais lacunas no escritório.

Aos demais integrantes do escritório, agradeço por auxiliarem, cada um a seu modo, com a construção deste trabalho. Especificamente, a Marcelo, pela expressiva colaboração.

Aos amigos que apoiaram nessa caminhada, fica registrada a minha gratidão. Em especial a Luiz Seixas, pela paciência e ajuda; a Daniela Portugal, pelo estímulo; a Aaron Cotrim revisão bibliográfica; a João Guerra e ao irmão e médico Ian, pelas acaloradas discussões; a Pepa Chacón, pelo socorro.

A Thais Vinhas, por ter incentivado quando quase desacreditei; por ter lido, relido e corrigido junto comigo a parte mais essencial da pesquisa.

Aos colegas do mestrado, em especial a Vitor Santana, com quem dividi as angústias da seleção e divido agora a sensação de dever cumprido; a Heráclito Neto e Ermiro Ferreira Neto, parceiros firmes na reta final.

A todos aqueles que, de longe ou de perto, emanaram boas vibrações para que pudesse chegar até aqui.

“A morte de cada homem diminui-me, porque sou parte da humanidade. Portanto, nunca procure saber por quem os sinos doam; eles doam por ti”.

(John Donne)

LISTA DE ABREVIATÖES

ACP	Ação Civil Pública
AHA	Alimentação e hidratação artificiais
art.	artigo
CC	Código Civil
CEM	Código de Ética Médica
CF	Constituição Federal
DACM	Decisão ou ordem Antecipada para o Cuidado Médico
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
EVP	Estado Vegetativo Persistente
MEPV	Manifestação Explícita da Própria Vontade
MPF	Ministério Público Federal
PLS	Projeto de Lei do Senado
PRCS	Procurador Responsável para o Cuidado da Saúde
PSDA	Patient Self Determination Act
STF	Supremo Tribunal Federal

RESUMO

Dissertação que se destina à análise das diretivas antecipadas de vontade como instrumento da autonomia e sua compatibilidade com as normas penais de proteção do direito à vida. Para isso, impera identificar a origem da normatização sobre as diretivas, com apoio nos casos práticos que deram origem à discussão sobre o tema. Nos Estados Unidos da América, incidentes emblemáticos como os casos de Karen Ann Quinlan e Nancy Beth Cruzan trouxeram à tona o debate sobre o registro da vontade do paciente para a tomada futura de decisões, por ocasião de eventual e futura incapacidade de comunicação. A edição, naquele país, da *Patient Self-Determination Act of 1990* passou a ser discutida em outros países ocidentais e inspirou a normatização da matéria. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 confere, de modo muito claro, proteção ao direito à vida, erigido a condição de direito irrenunciável e inviolável. As normas penais, de igual modo, tutelam o bem jurídico vida, vedando determinadas condutas de antecipação da morte. O auxílio ao suicídio e a eutanásia são comportamentos rechaçados pelo ordenamento, entretanto a ortotanásia é conduta lícita. Nesse âmbito de licitude, o Conselho Federal de Medicina passou a regulamentar a possibilidade de respeito à autonomia do paciente, inicialmente por meio da Resolução nº 1.805/2006 e, mais recentemente, através da Resolução nº 1.995/2012. É esta última norma deontológica que primeiro conceituou, no Brasil, as diretivas antecipadas, prevendo distintos instrumentos de expressão dos anseios do paciente. A proteção penal do direito à vida exige, entretanto, a verificação do conteúdo das declarações prévias do indivíduo, tendo em vista que o direito à vida é, *prima facie*, indisponível. Apenas situações de terminalidade da autorizam o antecipamento da morte, com vistas à preservação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: autonomia; diretivas antecipadas de vontade; direito à vida; responsabilidade penal

RESUMEN

Disertación que se destina al análisis de las directivas anticipadas de la voluntad como instrumento de autonomía y su compatibilidad con las normas penales de protección del derecho a la vida. Para ello, impera identificar el origen de la normalización sobre las directivas, con apoyo en los casos prácticos que dieron origen a la discusión sobre el tema. En Estados Unidos de América, incidentes emblemáticos como los casos de Karen Ann Quinlan y Nancy Beth Cruzan trajeron a la luz el debate sobre el registro de la voluntad del paciente para la toma futura de decisiones, con ocasión de una eventual y futura incapacidad de comunicación. La edición, en aquel país, de la *Patient Self-Determination Act of 1990* pasó a discutirse en otros países occidentales e inspiró la normalización de la materia. En Brasil, la Constitución Federal de 1988 confiere, de modo muy claro, protección al derecho a la vida, erigido a condición de derecho irrenunciable e inviolable. Las normas penales, de igual modo, tutelan el bien jurídico vida, vedando determinadas conductas de anticipación de la muerte. El auxilio al suicidio y la eutanasia son comportamientos rechazados por el ordenamiento, mientras que la ortotanasia es una conducta lícita. En este ámbito de licitud, el Conselho Federal de Medicina pasó a regular la posibilidad de respeto a la autonomía del paciente, inicialmente por medio de la Resolución n.º 1.805/2006 y, más recientemente, a través de la Resolución n.º 1.995/2012. Esta última norma deontológica fue la que primero conceptuó en Brasil las directivas anticipadas, previendo distintos instrumentos de expresión de los anhelos del paciente. La protección penal del derecho a la vida exige, sin embargo, la verificación del contenido de las declaraciones previas del individuo, teniendo en cuenta que el derecho a la vida es, *prima facie*, indisponible. Apenas situaciones de terminalidad autorizan la anticipación de la muerte, con vistas a preservar la dignidad de la persona humana.

Palabras clave: autonomía; directivas anticipadas de voluntad; derecho a la vida; responsabilidad penal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL NAS SITUAÇÕES DE ABREVIAMENTO DA VIDA	17
2.1	CONCEITUAÇÃO DE AUTONOMIA: APROXIMAÇÃO PRELIMINAR NECESSÁRIA	17
2.2.	A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA APLICADA À SITUAÇÕES DE ABREVIAMENTO DA VIDA E DE TERMINALIDADE.....	30
2.2.1	A manifestação da autonomia na abreviação da vida sem o auxílio de terceiro: o suicídio	31
2.2.2	A terminalidade como elemento das práticas de abreviação da vida com o auxílio ou intervenção de terceiros	33
2.2.3	A expressão da autonomia para abreviação da vida com o auxílio ou intervenção de terceiro	37
2.2.4	Eutanásia e suas espécies	41
2.2.4.1	<i>O tratamento jurídico-penal da eutanásia</i>	45
2.2.4.2	<i>A eutanásia no direito estrangeiro</i>	49
2.2.5	A ortotanásia e a noção de “cuidados paliativos”	50
2.2.6	Distanásia e a noção de tratamento fútil.....	55
2.2.7.	Tratamentos extraordinários e ordinários, tratamentos proporcionais e desproporcionais	58

2.2.7.1	<i>A controvérsia em torno da alimentação e nutrição artificiais (AHA) no caso do paciente em estado vegetativo persistente (EVP)</i>	62
3	AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL	65
3.1	ORIGEM E CONCEITO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	65
3.1.1	O caso Karen Ann Quinlan e o emblemático caso Nancy Beth Cruzan	66
3.1.2	Principais disposições da <i>Patient Self-Determination Act of 1990</i>	70
3.1.2.1	<i>A Manifestação Explícita da Própria Vontade (MEPV), living will ou testamento vital</i>	74
3.1.2.2	<i>O poder permanente do Procurador Responsável para o Cuidado da Saúde (PRCS), durable power of attorney ou mandato duradouro</i>	77
3.1.2.3	<i>A Decisão ou ordem Antecipada para o Cuidado Médico (DACM), advance core medical directive ou diretiva do centro médico avançado</i>	81
3.1.3	O consentimento informado e as diretivas antecipadas de vontade	83
3.1.4	Experiências internacionais em matéria de diretivas antecipadas de vontade	89
3.2.	AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA RELATIVAS À EXPRESSÃO DA VONTADE PARA AS SITUAÇÕES DE INCAPACIDADE DE MANIFESTAÇÃO	92
3.2.1	A Resolução nº 1.805/2006 e o novo Código de Ética Médica ...	93

3.2.2	A Resolução 1.995/2012 e a conceituação das diretivas antecipadas de vontade	99
4.	AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTERESSE PÚBLICO <i>VERSUS</i> INTERESSE PRIVADO E A INTERFACE COM O DIREITO PENAL	105
4.1	O DIREITO À LIBERDADE NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	106
4.2	INTERESSE PÚBLICO <i>VERSUS</i> INTERESSE PRIVADO E O CRITÉRIO ORIENTADOR DA ATUAÇÃO ESTATAL	110
4.3.	O DIREITO À VIDA E A ANÁLISE DA SUA DISPONIBILIDADE POR PARTE DO INDIVÍDUO	121
4.3.1	Indisponibilidade ou inviolabilidade do direito à vida?	124
4.3.2.	A ausência de punição para a tentativa de suicídio como fundamento para a disponibilidade do direito à vida	129
4.3.3.	A análise da existência do “direito de morrer”	132
4.4	A INDISPONIBILIDADE <i>PRIMA FACIE</i> DO DIREITO À VIDA	135
4.5	O ÂMBITO LÍCITO DE APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A ÓTICA PENAL	140
5	CONCLUSÕES	146

REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A autonomia é conceito polissêmico que, ao longo da história, tem sido empregado em contextos distintos e em variados campos do conhecimento. No campo da Bioética, sua expressão tem sido sinônimo de capacidade de autodeterminação, elemento ao qual se agregam valores tidos como indispensáveis, como por exemplo o conhecimento das circunstâncias que circundam esta capacidade.

No âmbito médico, tem se desenvolvido discussão profícua acerca das denominadas “diretivas antecipadas de vontade”, gênero que alberga diversos instrumentos de manifestação da vontade do paciente acerca de cuidados que deseja ver implementados ou afastados em caso de superveniente incapacidade.

O presente estudo recai sobre a compatibilidade entre a expressão da vontade do indivíduo autônomo e o direito à vida, com verificação das consequências penais correlatas.

Faz-se imprescindível, neste panorama, o cotejo do direito de se manifestar e os limites constitucionais a esta manifestação. Em outras palavras, pretende-se perquirir em que medida o interesse privado pode ser exercido legitimamente sem que a ele se oponha o interesse público. Inversamente, investiga-se até que ponto o interesse público deve restringir a autonomia privada – e com base em que fundamento principiológico.

No primeiro capítulo, optou-se por abordar a noção de autonomia em diversos contextos, como o filosófico, o jurídico e o bioético. A partir de então, procedeu-se à análise desta autonomia em situações de abreviamento da vida, especialmente a eutanásia, a ortotanásia e a distanásia. Estas condutas foram conceituadas a fim de estabelecer a linha divisória entre cada uma das noções.

A apreciação das práticas de antecipação da morte incluem a discussão sobre alguns conceitos-chave, como o de “terminalidade”, “cuidados paliativos”, “tratamento fútil”, “meios ordinários e extraordinários”, “meios proporcionais e desproporcionais”. Apenas com a descrição destas ideias foi possível avançar para o estudo das diretivas antecipadas e, em seguida, do direito à vida.

O capítulo subsequente foi destinado ao estudo específico das diretivas antecipadas de vontade. Uma vez que a regulamentação no estrangeiro se encontra em estado mais avançado do que no Brasil, entendeu-se por adequado trazer casos e normas alienígenas a fim de explorar o tema.

É também no segundo capítulo que se destrincha a regulamentação ética da matéria, apontando-se a lacuna legislativa federal sobre as manifestações de vontade para hipóteses de incapacidade de comunicação superveniente.

Bem situados os conceitos elementares para o estudo, destinou-se o terceiro capítulo para a apreciação efetiva da relação existente entre o interesse privado e o interesse público.

É, portanto, no capítulo final que se analisa qual a dimensão e o espaço que a autonomia privada – então referida como “interesse privado” – tem à luz da Constituição Federal de 1988. Concomitantemente, estudou-se a dimensão do “interesse público” e sua relação com o privado, se de antagonismo ou complementariedade.

Ainda no terceiro capítulo, assente a dimensão da autonomia, retornou-se às diretivas antecipadas de vontade para verificar qual o seu alcance em face do direito fundamental à vida. Para tanto, foram estudadas as normas constitucionais e penais que giram em torno da matéria, identificando qual o poder de disposição daquele bem.

A presente investigação advém da necessidade de refletir sobre o direito à vida no contexto de situações-limite em que é suscitada a disponibilidade deste bem. Quadros clínicos de sofrimento, de terminalidade ou incapacidade de manifestação conduzem ao debate pelo abreviamento da vida, entendendo-se por relevante pontuar o enquadramento dessas situações e do desejo de disposição no ordenamento jurídico vigente.

Acredita-se que a investigação conduz ao delineamento da adequada conformação da autonomia individual, expressa por meio das diretivas antecipadas de vontade, permitindo sua compatibilidade com as normas vigentes, sobretudo na esfera penal.

O estudo se constitui basicamente através da consulta à doutrina, jurisprudência e legislação nacional e estrangeira, propondo-se à reflexão crítica

entre estas fontes com o objetivo de alcançar uma pesquisa que possa contribuir com a comunidade científica.

2. A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL NAS SITUAÇÕES DE ABREVIAMENTO DA VIDA

Podendo anunciar de antemão que as diretivas antecipadas de vontade são instrumento de manifestação da autonomia da pessoa, é dever antepor à sua abordagem a análise da isolada e específica da autonomia em si.

Uma aproximação inicial, ainda que breve, é necessária para que se possa compreender como diversos ramos do conhecimento encaram a autonomia. Da Filosofia à Bioética, importa identificar as contribuições das diferentes áreas para a construção do conceito.

2.1. CONCEITUAÇÃO DE AUTONOMIA: APROXIMAÇÃO PRELIMINAR NECESSÁRIA

A autonomia é termo de múltiplas acepções, sendo empregado nos mais diversos campos do conhecimento, como a filosofia, a bioética e o direito. A expressão varia conforme o período histórico em que se analise a sua utilização, havendo, hodiernamente, alguma imprecisão na sua definição e emprego.

Fermin Roland Schramm identifica a origem da palavra autonomia na referência feita na política grega às cidades autárquicas de então. Aponta ainda para a completa modificação do seu sentido no bojo da “Era das Luzes”, com o chamado “humanismo individualista”:

Historicamente, o conceito de autonomia nasce na cultura política da democracia grega para indicar as formas de governo autárquicas, e é somente a partir do humanismo individualista da Idade Moderna, que culmina na Aufklärung (Iluminismo) do século XVIII, que o conceito de autonomia se aplica ao indivíduo¹.

¹ SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia Difícil. *In*: Bioética. Brasília, v.6, n.1, p. 27-37, 1998.

É inegável reconhecer na obra de Immanuel Kant o aprofundamento do tema, naturalmente com enfoque distinto, porquanto filosófico². O estudo da autonomia exsurge de maneira pormenorizada na obra “Fundamentação Metafísica dos Costumes”, muito embora outros escritos do autor sejam necessários para a compreensão de alguns conceitos e premissas.

A relevância da autonomia para Kant está clara na medida em que é alçada por ele à condição de “fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”³. Para compreendê-la é, antes, necessário incursionar sobre a ideia do que vem a ser a razão.

Tida por aquele autor como sede e origem de todos os conceitos morais, a razão serve como princípio prático supremo do indivíduo⁴. Tércio Sampaio Ferraz Jr. aborda o tema fazendo as seguintes ponderações:

Neste sentido, aos poucos a razão acabou por tornar-se para o homem uma espécie de núcleo de sua própria natureza (*animal rationale*), um valor em si que incorpora a própria dignidade humana, não constituindo um meio para obtenção de outros valores, mas o valor que dá sentido as demais⁵.

Para o autor, os ideais de racionalidade e irracionalidade estão diretamente vinculados à noção de justiça e injustiça, respectivamente⁶. Esta visão se coaduna, de algum modo, com a compreensão kantiana, já que o filósofo prussiano vislumbra na vontade do indivíduo a face prática da razão⁷. É a partir deste ponto que são extraídas as noções de “imperativo categórico” e do homem como “um fim em si mesmo”.

Diversos são os imperativos mencionados por Kant, todavia, duas categorias assomam: os imperativos hipotéticos e os categóricos. O imperativo hipotético é assim adjetivado por força da sua relação com alguma condição: dada a condição, é possível pensar no imperativo e alcançar certa resposta

² A contribuição de Immanuel Kant para a construção do significado da expressão “autonomia” é tamanha que dicionários de filosofia se referem exclusivamente ao autor para conceituar o termo. Nesse sentido, cf. ABBAGNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 97-98.

³ KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 79.

⁴ *Ibid.*, p. 46-47.

⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 352.

⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁷ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 47.

orientadora do agir. De maneira diversa, o imperativo categórico dispensa reflexão acerca da finalidade da ação a ser desenvolvida, porque seu conteúdo é a própria ação objetivamente necessária e a obrigação de vinculação a ela. De modo claro e textual:

Quando penso um imperativo *hipotético* em geral, não sei de antemão o que ele poderá conter. Só o saberei quando a condição me seja dada. Mas se pensar um imperativo *categórico*, então sei imediatamente o que é que ele contém. Porque, não contendo o imperativo, além da lei, senão a necessidade máxima que manda conformar-se com esta lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei em geral à qual a máxima da acção deve ser conforme, conformidade essa que só o imperativo nos representa propriamente como necessária⁸.

A razão – atrelada à justiça para Tércio Sampaio Ferraz Jr. – representa papel central na construção do imperativo categórico, porque, como se vê, dela emana a lei que condiciona o interesse do sujeito. O primeiro passo para racionalidade é ter-se, indivíduo, como um fim em si mesmo. A assunção deste papel implica no cerceamento de vontades egoísticas para, em substituição, construir as leis que servirão a todos. Em outras palavras, o ser humano não pode ser instrumento sequer de si próprio, porque as leis que sua razão formula devem ser leis universais.

Sebástian Borges de Albuquerque Mello preleciona sobre o tema, ressaltando o significado da universalidade em Kant:

A universalidade significa que todos os seres humanos racionais são dotados de dignidade, e, neste sentido, quando o imperativo categórico ordena submeter à prova de universalização nossas possíveis máximas de ação, ordena atuar sempre com respeito à dignidade das pessoas, ao valor absoluto que lhes corresponde como tais⁹.

O caráter universal da lei prescrita pelo próprio indivíduo é, assim, fruto da razão. A razão, por sua vez, faz do homem um fim em si mesmo, a ponto de ser dever seu conferir à vontade caráter objetivo e não subjetivo. A síntese deste raciocínio vem expressa no seguinte imperativo prático: “Age de tal maneira que

⁸ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 58-59.

⁹ MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 32.

uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”¹⁰.

Deve-se ler, em Kant, a vontade pura – e não a empírica – como fonte da legislação moral e, mais que isso, verdadeira “legisladora infalível da conduta humana”¹¹. Esta visão do autor prussiano permite anotar que a razão reside no cerne da moralidade e conduz ao que ele próprio vai designar de “princípio da autonomia da vontade”.

A autonomia da vontade é contraposta de imediato por Immanuel Kant à heteronomia. A diferença entre uma e outra opção está em que a autonomia é o condicionamento do homem por sua própria lei, interesse, vontade; a heteronomia é a limitação do homem pelo querer alheio. A validade¹² da lei que emana do próprio indivíduo vem da sua gênese, a razão¹³.

Explicando os opostos “autonomia” e “heteronomia”, Eduardo Garcia Máynez assevera que, no âmbito de uma legislação autônoma, legislador e obrigado são uma mesma pessoa, ou seja, aquele que cria a regra é o mesmo sujeito responsável pelo seu cumprimento. Assim, autonomia é sinônimo de autolegislação, reconhecimento espontâneo de um imperativo criado pela própria consciência. Noutra extremo, a heteronomia traduz a sujeição do ser a um querer estranho¹⁴.

Feita, pois, a clara opção pela autonomia e firmada a rejeição pelo modelo heterônomo e antagônico, o próprio Immanuel Kant apresenta o seu conceito de “autonomia da vontade”, como se pode ler:

A autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam

¹⁰ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 58-59.

¹¹ Tradução livre do excerto: “[...] la fuente de la legislación moral no debe buscarse en la voluntad empírica, sino en una *voluntad pura*, legisladora infalible de la conducta humana” (MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofía del derecho*. 17.ed. México: Editorial Porrúa, 2009, p. 61).

¹² O autor não se utiliza textualmente do termo “validade”.

¹³ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 74-75.

¹⁴ Tradução livre do trecho: “En el ámbito de una legislación autónoma legislador y obligado se confunden. El autor de la regla es el mismo sujeto que debe cumplirla. *Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa*” (MÁYNEZ, Eduardo Garcia. Op. cit., p. 22).

incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.¹⁵

Nota-se de pronto que a concepção kantiana de autonomia não coincide com o significado que se lhe empresta, de modo geral, na atualidade.

Autonomia passou a ser tida, muitas vezes, como sinônimo puro e simples de liberdade, o que não corresponde integralmente à visão de Kant. O que se extrai deste autor é que autonomia da vontade pode e deve ser associada ao indivíduo livre, contudo a relação direta entre as expressões (autonomia e liberdade) deve ser evitada, porque ignora importantes aspectos da construção do ideal kantiano.

A liberdade que se extrai da noção de autonomia enquanto princípio supremo da moralidade retrata a capacidade de decidir de acordo com a razão, contudo Kant atrela esta decisão – repita-se – à pretensão de universalidade. Deste modo, o homem é livre para legislar, mas deverá se despir dos seus interesses, já que as condicionantes resultam em heteronomia; a sua vontade, racional, de homem enquanto ser final, esta sim constitui a autonomia.

Logo, afirma o filósofo que a ideia de liberdade está “inseparavelmente ligado o conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na idéia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenômenos”¹⁶.

Entende-se que o utilitarismo, corrente que tem gênese atribuída a Jeremy Bentham e desenvolvimento a Stuart Mill, reverbera na construção do conceito moderno de autonomia. A doutrina utilitarista de Bentham propõe como medida de cada ação, seja ela individual ou coletiva, a busca da felicidade – ou redução da dor. A premissa deste filósofo é a de que a natureza colocou a humanidade sobre o governo de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. São eles quem ditam e recomendam o que se deve fazer¹⁷.

Para o utilitarismo original de Bentham, a busca da felicidade é também a matriz orientadora das ações estatais. Esta é, assim, a meta e a medida de um

¹⁵ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 74-75.

¹⁶ Ibid., p. 102.

¹⁷ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Oxford Press, 1879, p. 1.

governo, como se pode ver: “A medida do governo [...] pode ser conformada ou ditada pelo princípio da utilidade, quando de certo modo a tendência que tem para aumentar a felicidade é maior do que qualquer tendência para diminuí-la”¹⁸.

Desenvolvendo também a filosofia utilitarista, Stuart Mill apresenta contribuições expressivas. O autor trabalha com o “princípio da maior felicidade” como fundamento da moralidade, qualificando-o como fim último, como a busca por uma “existência tanto quanto possível livre de dor e, também na medida do possível, rica em deleites no que respeita à quantidade e à qualidade”. Prossegue o autor aduzindo que as regras e preceitos da conduta humana são definidos por este padrão, cuja observância assegura aos seres humanos – e a todas as criaturas sencientes – uma existência mais próxima do prazer já descrito em Bentham¹⁹⁻²⁰.

No que tange à relação entre autonomia e utilitarismo, é preciso fazer duas observações imprescindíveis. A primeira é a de que o utilitarismo, apesar da denominação que lhe foi conferida, não apregoa o útil acima de tudo, mas a promoção do bem estar e evitação da dor, tanto quanto possível²¹. A segunda observação é a de que a filosofia utilitarista, numa perspectiva kantiana, tende à heteronomia, porque o agir do indivíduo se pauta na busca por algo, logo está afastada a fundamentação da moralidade na vontade pura – na razão.

Esta parece ser a real transição entre a autonomia em Kant para a autonomia tal qual compreendida atualmente. O salto conceitual parece

¹⁸ Tradução livre do trecho original: “A measure of government [...] may be said to be conformable to or dictated by the principle of utility, when in like manner the tendency which it has to augment the happiness of the community is greater than any which it has to diminish it” (BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Oxford Press, 1879, p. 3).

¹⁹ MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005, p. 53. É importante ver na obra de Stuart Mill as contundentes respostas às críticas que são feitas à teoria utilitarista. Uma delas respeita ao padrão de felicidade, dito como inatingível pelos críticos, ao que o autor responde: “Se por felicidade se entender uma contínua excitação altamente aprazível, é suficientemente óbvio que ela é impossível. Um estado de prazer exaltado dura só alguns momentos ou, em alguns casos e com algumas interrupções, horas ou dias, e é o brilhante clarão ocasional do deleite, não a sua chama serena e permanente. Disso estavam tão plenamente conscientes tanto os filósofos que ensinaram que a felicidade é o fim da vida como aqueles que os escarneceram. Por felicidade não entendiam uma vida de êxtase, mas uma existência com dores escassas e transitórias, preenchida por momentos de muitos e variados prazeres, com uma predominância decidida dos activos sobre os passivos, e baseada no seu todo na ideia de não esperar da vida mais do que aquilo que ela nos pode dar” (Ibidem., p. 54).

²⁰ Por buscarem o prazer, Bentham e Mill são conhecidos como utilitaristas “hedonistas”.

²¹ Nesse sentido: MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005, p. 53.

encontrar influxos nas duas fontes filosóficas – sem prejuízo do contributo de outras teorias. O contributo kantiano está na regência do indivíduo pela sua própria razão – autolegislação -, enquanto que de expoentes como Jeremy Bentham e Stuart Mill influenciam a construção ao identificar a autonomia na persecução da felicidade²².

A passagem da compreensão de autonomia no âmbito estritamente filosófico para a noção que se lhe atribui na doutrina jurídica – e sobretudo no campo do direito privado – requer um duplo olhar. De um lado, deve-se voltar para a origem conceitual do termo; de outro, para a verificação das expressões autonomia “da vontade” e autonomia “privada”. Paralelamente, a observância da dimensão que a bioética agrega à autonomia é meta indispensável na reflexão que ora se propõe.

Uma breve incursão pelo direito civil – naturalmente marcado pela seu caráter patrimonialista - permite compreender a distinção entre as referências feitas à autonomia. José de Oliveira Ascensão, adjetivando de “privada” a autonomia, assevera que “As pessoas têm de ser autônomas na realização dos seus fins. O Estado não se lhes pode substituir, mesmo para impor o que se afigura aos seus órgãos ser o próprio bem dessas pessoas, ou para prosseguir finalidades sociais”²³.

A concepção acima traz ínsita e nítida uma proposta de evitamento da ingerência estatal, o que tem relevância total para o presente estudo, a ponto de ser abordada de maneira pormenorizada adiante.

Nessa mesma esteira, Adriano Marteleto Godinho preleciona que “a autonomia privada tem um nobre papel a cumprir, o de facultar a cada pessoa modelar o sentido da sua existência, ancorada nos seus valores, suas crenças, sua cultura e seus anseios”²⁴.

²² Em nenhum destes autores a autonomia é dissociada do corpo social em que o indivíduo se insere. Em Kant, a autonomia faz com que o homem se volte à sua razão, mas a busca é pela decisão com pretensão de universalidade; na doutrina utilitarista, a busca é pela maior felicidade possível, do maior número de pessoas.

²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, vol. 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12.

²⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 32

Ambas as visões transcritas sobre autonomia se aproximam da noção de liberdade como possibilidade de ação livre de obstáculos. Thomas Hobbes, em sua obra “Leviatã”, discorre precisamente sobre este tema, afirmando que o homem livre é aquele que pode fazer o que sua razão e julgamento indicam ser adequado para a consecução de determinado fim. Enuncia, em seguida:

Entendemos por liberdade, conforme o significado da própria palavra, a ausência de empecilhos externos, que podem, muitas vezes, tirar parte do poder de cada um de agir como quiser, mas não impedir que cada pessoa use o poder restante de acordo com seu julgamento e razão²⁵

Para Carlos Alberto Mota Pinto, que apresenta visão mais contratual do conceito de autonomia, autonomia privada é sinônimo de autonomia da vontade. Essa visão gera certa indeterminação na definição de cada um dos termos e contraria a doutrina majoritária.

A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua *esfera jurídica*. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas²⁶.

Até aqui, o que se percebe é que a noção kantiana de autonomia da vontade não indica a liberdade no sentido hobbesiano, já que Hobbes a relaciona com a existência de obstáculos exteriores e a análise de Kant está adstrita à avaliação interna do indivíduo – diretamente ligada à sua razão. Por sua vez, é possível notar que a doutrina civilista tem na concepção de autonomia um dos seus princípios basilares, uma vez que ela representa a possibilidade de manifestação dos desejos e aspirações individuais.

Particularmente no que toca à identidade ou não entre a autonomia alcunhada de “privada” e aquela caracterizada como “da vontade”, razão parece assistir àqueles que optam por distingui-las. Mesmo dicionários jurídicos se encarregam de fazer tal separação, usando como fator de diferenciação a interpretação segundo a qual a vontade não é suficiente para operar a força

²⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2.ed. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 107.

²⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 102-103.

jurígena entre as partes contraentes, sendo indispensável a compatibilidade daquela com o ordenamento vigente²⁷.

De maneira mais precisa, pode-se dizer que, durante muito tempo, no âmbito do direito civil, entendeu-se que a autonomia “da vontade” era a responsável pelos efeitos jurídicos dos negócios celebrados entre as partes. Nesse sentido, era a declaração da intenção dos contraentes capaz de gerar direitos e deveres entre eles.

A doutrina civilista evoluiu e conferiu novo adjetivo à autonomia, não apenas por questões terminológicas, mas de significado e consequências relevantes. Atualmente, entende-se por mais adequado falar-se em autonomia “privada”, considerando que não a vontade, mas a conjugação desta com o ordenamento jurídico, amparando-a, concretiza o substrato necessário à produção de vínculos recíprocos. Roxana Cardoso Brasileiro Borges preleciona nesse sentido:

Apenas a vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara. A manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a constituição, as leis, a ordem pública, e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme à moral e os bons costumes. Ou seja, já não basta que o negócio jurídico esteja de acordo com a vontade das partes, como quis a antiga teoria do voluntarismo, mas se requer também que se atenda aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico²⁸.

A vontade do indivíduo opera aqui como o interesse privado, que não pode ser encarado como elemento suficiente à produção de efeitos jurídicos, porque necessária a observância das regras do ordenamento vigente. Por isto, ao falar em autonomia, vincula-se sua força à coerência com as normas que regem a vida em sociedade.

Em outras palavras, embora a autonomia seja encarada como a liberdade decisória do indivíduo – o que realmente implica certa omissão do Estado -

²⁷ MAGALHÃES, Esther C. Piragibe; MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe. *Dicionário Jurídico Piragibe*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 152.

²⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

reconhece-se a necessidade de respaldo jurídico ao conteúdo que se lhe dá, concluindo-se, assim, que esta autonomia “não escapa ao direito”²⁹.

Muito embora o direito civil empreste à expressão da autonomia – privada ou da vontade – um caráter eminentemente patrimonial, é importante a colocação de Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto Penalva quando observam as feições contemporâneas do conceito.

Para as autoras, após as duas grandes guerras mundiais a pessoa passa a constituir o centro de diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo e isto reflete na introdução de uma nova dimensão à autonomia, ligada ao aspecto existencial – ao lado do patrimonial, citado nas passagens anteriores.

Emergiram, assim, o que atualmente chamamos de situações jurídicas existenciais, às quais a lógica proprietária não se aplica, tendo em vista a dificuldade funcional de se estabelecer um vínculo coerente entre patrimonialidade e subjetividade, razão pela qual se fez necessária a criação de uma sistemática própria para tais situações jurídicas, pois aquela então existente era insuficiente para a tutela oferecida indistintamente ao sujeito de direito, que tinha como fundamento as liberdades públicas e a tradicional concepção patrimonial do direito subjetivo³⁰.

Bem delineada a autonomia, da sua origem filosófica até a sua concepção no campo do direito privado, percebe-se a inadequação da associação direta entre autonomia (da vontade ou privada) e liberdade. A liberdade, como inexistência de obstáculos à consecução dos interesses particulares do indivíduo, não se coaduna por completo – mas apenas parcialmente - com a expressão moderna da autonomia.

Dito de outro modo, se se compreende liberdade como a ausência de qualquer impedimento, não é dado identificá-la com a autonomia privada, porque esta requer o amparo legal das pretensões emanadas pelo cidadão.

Como antecipado, a bioética contribui de maneira fundamental para o estudo da autonomia. No âmbito da interação entre profissionais de saúde e pacientes, a capacidade de autodeterminação do indivíduo é discussão que

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 12-13.

³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 58-59.

ganha amplitude ímpar, sobretudo em face da sensibilidade que se deve ter nestes momentos.

Com efeito, o debate da autonomia em relação a posições políticas e questões patrimoniais se encontra em outro nível de importância quando se está diante de questões referentes à existência do ser humano – ou, mais especificamente, à sua vida.

Documento de porte internacional, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos registra que “os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade” (art. 3º, 2). Voltando-se ainda mais claramente à autonomia, o art. 5º destaca que “a autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada”³¹.

Para Beauchamp e Childress, a autonomia deve ser encarada como “[...] o governo do eu que é livre tanto de interferências controladoras por parte de outros como de limitações pessoais que obstam a escolha expressiva da intenção, tais como a compreensão inadequada”³². Residem neste conceito dois elementos tidos como essenciais à autonomia: a “liberdade” e “qualidade de agente”. Eles significam, respectivamente, independência de influência controladoras e capacidade de agir intencionalmente³³.

De forma interessante, e gerando um retorno ao ponto de partida aqui adotado, Beauchamp e Childress resumem a noção de autonomia e a antepõem à ótica kantiana:

Na ética biomédica contemporânea, a palavra *autonomia* se refere especificamente àquilo que faz com que a vida de uma pessoa pertença à própria pessoa, isto é, se refere ao fato de que ela é moldada por preferências e escolhas pessoais. Essa concepção de autonomia claramente não é a de Kant.³⁴

De fato, a ótica kantiana se volta ao indivíduo, porém não lhe caberia – moralmente – o direito de preferir aos seus interesses particulares, assim

³¹ UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética*. Paris: Unesco, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180E.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2014.

³² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 138.

³³ *Ibid.*, p. 138.

³⁴ *Ibid.*, p. 75.

entendidos aqueles egoísticos. As “preferências e escolhas pessoais” representam, por isso, papel de menor relevo, porque acabam por instrumentalizar o homem. Ser um fim em si mesmo é afastar-se, inclusive, dos desejos próprios, razão pela qual a autonomia biomédica se distancia, em algum nível, daquela proposta pelo filósofo prussiano.

Também discorrendo sobre a construção do significado da autonomia e apontando sua interação com a bioética, Miguel Kottow retorna ao pensamento kantiano, indicando, contudo, uma contradição nele existente.

O autor parte da premissa de que uma norma não é algo criado pelo indivíduo para si, mas sim estatuído coletivamente e, logo, que vincula a todos. Como Immanuel Kant se refere ao homem como ser que legisla a sua própria ação, Kottow acredita que este caminho pode conduzir à anarquia, já que a lei individual de cada um é a lei a ser respeitada³⁵.

Acredita-se que a leitura que o autor faz guarda um certo equívoco, pois Kant, ao expor a sua ideia de autonomia da vontade, não desagrega os membros da sociedade, embora pense no indivíduo com ser autolegisador. Ou seja: a autonomia, para Kant, não representa isolacionismo ou mesmo ausência de coletividade.

Ao revés, a noção que agrega os homens que pensam com a própria razão é justamente a pretensão de universalidade, ínsita a cada lei criada. Por este motivo, quando Miguel Kottow aponta seu receio de que a autonomia kantiana resulte na anarquia, parece não lhe assistir razão.

Kottow apresenta também sua reflexão acerca do princípio da autonomia no campo da bioética. Acredita o autor que a excessiva rigidez a ele conferida gera consequências negativas de diversas ordens. São enunciados prejuízos na saúde pública, porque a autonomia exacerbada individualiza tanto as relações que acaba impedindo esforços em áreas do bem comum; na relação médico-paciente, porque o profissional de saúde tende a refutar sua responsabilidade

³⁵ KOTTOW, Miguel. *Participación informada em clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados*. Bogotá: Alya Saada, 2007, p. 21.

diante da assunção de responsabilidade pelo enfermo; no próprio conteúdo ético, ao transformar a relação em contratual³⁶.

O que busca Kottow não é, de modo algum, negar reconhecimento à autonomia sob a perspectiva da bioética, mas apenas e tão somente agregar-lhe a visão crítica a partir da necessidade de sobrepor a dimensão social à sua análise. Nesse sentido, preleciona:

A relação da autonomia pessoal com a dimensão social é de particular relevância para o Terceiro Mundo, onde as sociedades mantêm equilíbrios instáveis, desigualdades persistentes, dependências restritivas e outras limitações que não devem ser agravadas por tensões indevidas ao exercício da autonomia³⁷.

Entende-se que esta visão não apenas é de todo pertinente como acaba, de modo crítico, a conciliar as diferentes referências conceituais até aqui expostas. De maneira sintética e conclusiva, ela permite verificar o caminho trilhado nas diferentes concepções sobre a autonomia, da sua origem filosófica até à sua perspectiva da ética biomédica contemporânea.

Do ponto de partida – a ótica kantiana – tem-se como legado o indivíduo como centro de decisão. A autonomia da sua vontade é a máxima da moralidade, atrelada de modo inseparável à razão e pretensão de universalidade. A lacuna – não conceitual, mas na comparação com o entendimento contemporâneo – existente vai sendo preenchida com o utilitarismo de Bentham e Stuart Mill, que apregoam a busca pela felicidade como meta, individual e coletiva. O homem autônomo busca o prazer possível e, no campo do direito civil, deve ter liberdade suficiente para realizar seus projetos e concretizar os seus anseios (autonomia da vontade e autonomia privada).

A autonomia privada do direito civil é re-significada, ainda dentro do campo jurídico, para alcançar as situações jurídicas denominadas “existenciais”, em oposição às situações patrimoniais. Neste particular, aproxima-se da autonomia da bioética, que se atém à liberdade de escolha do indivíduo, nela incluída a

³⁶ KOTTOW, Miguel. Op. cit., p. 26.

³⁷ Tradução nossa do trecho: “*La imbricación de autonomía personal con dimensión social es de especial relevancia para el Tercer Mundo, donde las sociedades mantienen equilibrios inestables, desigualdades persistentes, dependencias restrictivas y otras limitaciones que no deben ser agravadas por tensiones indebidas al ejercicio de autonomía*” (KOTTOW, Miguel. Op. cit., p. 28)

capacidade de ação desimpedida e entendimento das circunstâncias que permeiam as decisões.

A dimensão social da autonomia, proposta por Miguel Kottow, conclui o recorte conceitual aqui proposto. Pretende-se, com o acréscimo desta perspectiva, verificar quais os limites a serem apostos ao interesse privado para que não se afaste o indivíduo da coletividade na qual está necessariamente inserido.

A liberdade da decisão não pode ser desconectada do contexto social e normativo, devendo-se extrair das diretrizes constitucionais a harmonia entre ela e o ordenamento jurídico vigente, aspecto que será apreciado de maneira mais detalhada adiante.

2.2. A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA APLICADA À SITUAÇÕES DE ABREVIAMENTO DA VIDA E DE TERMINALIDADE

No recorte feito para este estudo, é importante investigar a expressão da autonomia sobre dois vieses: o da disposição do ser sobre os seus próprios bens ou integridade; o da permissão da ação de terceiros sobre o seu corpo ou direito.

O primeiro deles será analisado com brevidade, pois é a segunda perspectiva a que mais interessa, já que, em última instância, é quando o indivíduo consente na intervenção de outrem que se apresentará a discussão sobre a abstenção ou ingerência do Estado.

Em outras palavras, os atos que alguém inflige, por si mesmo, a si, fogem à repressão estatal, ainda que possam ser reprovados no campo da moral ou religião; d'outro lado, as condutas que atingem o indivíduo por decisão sua, mas são causados, embora a pedido, por outrem, requerem avaliação cuidadosa sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico.

O estudo da autonomia aplicado no âmbito do direito à vida, coloca em discussão ações de execução que são praticadas pelo próprio indivíduo e aquelas que dependem do auxílio de terceiro. No primeiro grupo, pode-se

elencar basicamente o suicídio. No segundo, mais amplo, condutas como a eutanásia (e suas espécies), o suicídio assistido, a ortotanásia, a distanásia e, por fim, as diretivas antecipadas de vontade.

2.2.1. A manifestação da autonomia na abreviação da vida sem o auxílio de terceiro: o suicídio

Ainda que de forma breve, é pertinente tratar do suicídio³⁸ como forma máxima de expressão da autonomia do indivíduo em relação à disposição da sua própria vida. Esta conduta remonta ao primeiro viés acima apontado, o do exercício da autonomia sem a necessidade de auxílio.

Para a ótica kantiana, a autonomia traz consigo a vedação a que o indivíduo seja tratado exclusivamente como instrumento. Esta é uma das razões pelas quais Kant é assertivo ao rejeitar o suicídio, vislumbrando neste ato a instrumentalização da vida pelo seu portador. Para o filósofo prussiano:

Segundo o conceito do dever necessário para consigo mesmo, o homem que anda pensando em suicidar-se perguntará a si mesmo se a sua acção pode estar de acordo com a ideia da humanidade *como fim em si mesma*. Se, para escapar a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um *simples meio* para conservar até ao fim da vida uma situação suportável. Mas o homem não é uma coisa; não é portanto um objeto que possa ser utilizado *simplesmente* como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas acções como fim em si mesmo. Portanto não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, o degradar ou o matar³⁹

Este exemplo de Kant ilustra de maneira adequada a pretensão de universalidade que deve reger a lei formulada pela razão individual. A formulação da autolegislação do homem requer que se estabeleça uma norma de ação que

³⁸ Gisele Mendes de Carvalho, aludindo a Luis Fernando Niño, compreende o suicídio como modalidade de eutanásia, denominada então de “eutanásia provocada autônoma”. Nesta noção se compreenderia a hipótese em que o próprio sujeito pratica os atos de execução da sua morte, contudo o móvel é o desejo de encerrar o próprio sofrimento (físico ou moral) decorrente de quadro clínico terminal ou irreversível (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 18).

³⁹ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 69-70.

se pretenda aplicável a todos. Isto esvazia a possibilidade do indivíduo autônomo – dentro desta perspectiva – abdicar do direito à vida.

Ao longo da história, o suicídio já foi punido de diversas maneiras. Como retrata Marcello Ovidio Lopes Guimarães, com amparo em Paulo Lúcio Nogueira, entre gregos e romanos era punível o suicídio com pena de infâmia ou a mutilação do cadáver; na Idade Média, o direito canônico privava o suicida dos sacramentos e da sepultura eclesiástica. Na cultura judaica, o suicida não é enterrado de acordo com os rituais tradicionais, sendo sepultado à parte dos demais⁴⁰⁻⁴¹. A sacralização da vida, em todos estas passagens, implica, em diferentes culturas, a rejeição daquele que atenta contra a sua própria vida.

Karl Marx, em estudo bastante específico e naturalmente sociológico do tema, critica essas punições. Segundo o autor:

Acreditou-se que se poderiam conter os suicídios por meio de penalidades injuriosas e por uma forma de infâmia, pela qual a memória do culpado ficaria estigmatizada. O que dizer da indignidade de um estigma lançado a pessoas que não estão mais aqui para advogar suas causas?⁴²⁻⁴³

No campo do direito privado, o autor português António Menezes Cordeiro é taxativo ao se referir à ilicitude do suicídio. Da indisponibilidade do direito à vida seguiria a absoluta vedação da sua disposição ou renúncia: “O direito à vida é indisponível. Significa isso que o seu titular não pode aliená-lo ou, de modo direto, necessário ou eventual, proceder, ele próprio, à sua supressão, pedindo a morte ou praticando suicídio”⁴⁴⁻⁴⁵.

⁴⁰ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Eutanásia: novas considerações penais*. Leme: J.H. Mizuno, 2011, p. 169-170.

⁴¹ O Marquês de Beccaria, marco histórico do humanismo no Direito Penal, também enunciou sua opinião sobre a punição do suicídio: “O suicídio é um crime que parece não poder estar submetido a qualquer tipo de pena; pois esse castigo recairia apenas sobre um corpo sem sensibilidade e sem vida, ou sobre pessoas inocentes. Ora, o castigo que fosse aplicado contra os restos sem vida do culpado não produziria nenhuma impressão nos espectadores senão a que eles sentiriam vendo fustigar uma estátua.” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 87)

⁴² MARX, Karl. *Sobre o suicídio*. Tradução de Rubens Enderle e Francisco Fontanella. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 27.

⁴³ Também em análise sociológica, Émile Durkheim explora detidamente esta conduta, concluindo que “O suicídio é, portanto, um elemento de sua constituição normal e até, ao que tudo indica, de todas as constituições sociais”. (DURKHEIM, Émile. Op. cit., p. 462).

⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Trato de Direito Civil: parte geral*, vol. IV. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 158.

⁴⁵ A relação entre o suicídio e a indisponibilidade do direito à vida será avaliada de modo crítico no último capítulo deste estudo.

O direito penal não prevê qualquer sanção à tentativa de suicídio, inclusive porque é norteado pelo princípio da alteridade, segundo o qual não se punem as condutas que não extrapolam a esfera do indivíduo⁴⁶. Embora não haja punição para o suicida, a participação no suicídio é prevista no Código Penal, nos termos do seu art. 122. É o que ocorre quando da prática do “suicídio assistido”, analisado em seguida.

Um segundo grupo de condutas que simbolizam a manifestação da autonomia no âmbito do direito à vida se refere, como antecipado, aos atos de disposição da vida com a solicitação de intervenção de terceiros. Optou-se por conceituá-las adiante para, em seguida, tratar especificamente das diretivas antecipadas de vontade.

Antes, contudo, há de ser definido o conceito de “terminalidade”, cuja relevância se espalha por toda a pesquisa.

2.2.2. A terminalidade como elemento das práticas de abreviação da vida com o auxílio ou intervenção de terceiros

A compreensão das práticas da eutanásia, ortotanásia, distanásia e das diretivas antecipadas de vontade perpassa, inexoravelmente, pelo entendimento mínimo acerca da tradicional expressão “paciente em estado terminal”⁴⁷.

A terminalidade de uma enfermidade é critério de total relevância para a delimitação daquelas condutas, da responsabilidade penal dos envolvidos e, sobretudo, para o dimensionamento da autonomia do paciente.

⁴⁶ Na principiologia do Direito Penal, o princípio da alteridade é conhecido como desdobramento do princípio da lesividade. Preleciona Paulo Queiroz: “Numa palavra: de acordo com o princípio da lesividade, e o direito penal não pode se ocupar de comportamentos que impliquem apenas autolesão, isto é, que não transcendam a pessoa do próprio lesionado [alteridade], por mais que lamentemos tais decisões (autolesivas)” (QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*: parte geral. V. 1. 8.ed. Salvador: JusPodivm, p. 94).

⁴⁷ Há grande imprecisão e variação conceitual no que toca ao tema. Apenas a título de exemplo, anote-se que 35ª Assembleia Médica Mundial (Declaração de Veneza), embora trate especificamente sobre a enfermidade terminal e os cuidados inerentes a este momento, não define seu conceito. (Cf. ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. Declaración de Venecia de la AMM sobre la Enfermedad Terminal. Disponível em: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/i2/index.html>. Acesso em: 27 jul. 2014)

Sendo mais específico, é preciso apreciar a definição de cada uma das práticas de antecipação da morte para entender em quais delas o caráter terminal da doença é um traço distintivo. Com isto, o conceito em si fica estabelecido e, a partir dele, é possível identificar quando o profissional de saúde – ou terceiros, como familiares ou amigos – extrapola na sua atuação e incorre na prática de um ilícito penal.

Paralelamente, todavia não menos importante, a autonomia do indivíduo adquire diferentes perspectivas a depender do quadro clínico em que ele se encontra, mudando o enfoque do debate.

Deve-se dizer, portanto, que “A terminalidade é o eixo central do conceito em torno do qual se situam as consequências”⁴⁸. Há, contudo, um claro dissenso em torno da sua definição, dissenso este diretamente proporcional à sua implicação prática em outras definições no campo da relação entre autonomia e abreviação da vida.

Ao passo que se perquire a noção de terminalidade, vem a calhar a advertência proposta por Luciana Dadalto⁴⁹ e outros autores, que sugerem a correção da expressão “doente em estágio terminal” ou “paciente terminal” para “pessoas em estado de fim de vida” ou “paciente fora de possibilidades terapêuticas atuais”.

Definições menos complexas de terminalidade resumem-na à doença crônica para a qual a medicina não oferece nenhuma chance de cura⁵⁰. A Exposição de Motivos da Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, alude à “doença grave e incurável” como definidoras desta condição clínica⁵¹.

⁴⁸ GUTIERREZ, Pilar L.. O que é o paciente terminal?. *In*: Rev. Assoc. Med. Bras. [online]. 2001, vol.47, n.2, pp. 92-92.

⁴⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 37.

⁵⁰ GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs). *Doutrinas essenciais: direito penal*. Volume V. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 464.

⁵¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm. Acesso em 18 ago. 2014.

Piva e Carvalho a identificam como o momento na evolução da doença em que, mesmo que se disponha de todos os recursos, o paciente não é mais salvável, encontrando-se em processo de morte inevitável⁵².

Marcos Knobel e Ana Lucia Martins da Silva procuram um pouco mais de precisão, afirmando que “Por definição, paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo”⁵³.

Da visão acima, são extraídos dois elementos: a incurabilidade e a proximidade da morte.

Realmente, o estágio terminal de uma doença deve ser atrelado à ausência de possibilidades de cura, logo, à irreversibilidade. Para isso, deve ser considerado o estágio em que a ciência se encontra, tendo em vista que o dinamismo dos estudos médicos podem reverter a desesperança em relação ao diagnóstico estabelecido.

Nessa esteira, dicionários específicos da Medicina definem o termo “paciente terminal” do seguinte modo: “É aquele que, pela natureza da doença, seu estado avançado e a ausência de recursos médicos capazes de influir na evolução inexorável para a morte próxima, deve receber uma atenção muito especial”⁵⁴.

Quanto à proximidade da morte, segundo requisito proposto, variam os entendimentos. Embora dicionários próprios da área médica silenciem quanto ao lapso temporal que configura a terminalidade⁵⁵, há na doutrina jurídica e

⁵² PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. Considerações Éticas nos Cuidados Médicos do Paciente Terminal. *In: Revista Bioética*, vol. 1, n.2.

⁵³ KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lucia Martins. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento? *In: Revista Einstein*, v. 2. São Paulo: 2004, p. 133.

⁵⁴ Prossegue o Dicionário, sendo claro quanto aos cuidados paliativos a serem direcionados ao paciente: “É necessário apoiá-lo, bem como à sua família que será informada do desfecho esperado. O paciente deverá ser assistido para enfrentar o medo, a desesperança, a incapacidade e dependência, a perda do prazer e da auto-estima. Sobretudo, controlar a dor e outros fatores angustiantes; assegurar o conforto e operar com carinho, enquanto ele permanecer consciente. Tudo fazer para que ele tenha uma morte com dignidade. Quando possível, essa fase deve ser tratada em um serviço especializado para pacientes terminais” (REY, Luís. *Dicionários de termo técnicos de medicina e saúde*. Segunda edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003)

⁵⁵ Segundo o Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde, paciente terminal é aquele que, pela natureza da doença, seu estado avançado e a ausência de recursos médicos capa (REY, Luís. *Op. cit.*, p. 146.

bioética referência ao impreciso e já citado “curto período de tempo”⁵⁶, bem como definições de que a terminalidade aponta para o prazo de seis meses⁵⁷. Dentro deste semestre previsto para a ocorrência da morte, há quem se refira ainda à expressão “paciente em fim de vida” para designar a proximidade de 72 horas⁵⁸ do óbito.

A Sociedade Espanhola de Cuidados Paliativos (SECPAL) utiliza cinco critérios para indicar a situação de “enfermedad terminal”. São eles:

1. Presença de doença grave, progressiva e incurável;
2. Falta de possibilidades razoáveis de resposta a tratamento específico;
3. Presença de numerosos problemas ou sintomas intensos, múltiplos, multifatoriais e variáveis;
4. Grande impacto emocional no paciente, família e equipe terapêutica, fortemente relacionado com a presença explícita ou não da morte;
5. Prognóstico de vida inferior a seis meses⁵⁹.

Tidos como elementos fundamentais, esses cinco critérios permitem uma aproximação mais concreta da noção de terminalidade. A construção feita pela SECPAL atende a uma visão clínica, emocional e cronológica. Os três primeiros itens estão vinculados à noção clínica, referindo-se ao prognóstico da doença; o quarto ponto indica o estado psicológico do paciente e de sua família; o quinto e último alude ao período de vida estimado.

⁵⁶ KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lucia Martins. Op. cit., p. 133.

⁵⁷ A título de exemplo, é o que consta da *Death with Dignity Act*, do estado norte-americano de Oregon: “Terminal disease” means an incurable and irreversible disease that has been medically confirmed and will, within reasonable medical judgment, produce death within six months” (ESTADOS UNIDOS. Califórnia. *Oregon Death With Dignity Act*. Disponível em: <http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/ORDeathWithDignityAct.pdf>. Acesso em 28 jul. 2014).

⁵⁸ FRANCIOSCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. *Problemas de fim de vida: paciente terminal, morte e morrer*. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/morteres.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

⁵⁹ Tradução livre do original: “Presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; 2. Falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; 3. Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; 4. Gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; 5. Pronóstico de vida inferior a 6 meses”. Disponível em: <http://www.secpal.com/guiacp/index.php?acc=dos>. Acesso em: 15 jul. 2014.

Importa, por fim, apontar duas situações que não devem ser confundidas com a doença terminal. Maria Elisa Villas-Bôas a elas se refere como o “paciente grave não terminal” e o “paciente de mau prognóstico”⁶⁰.

A distinção entre esses quadros reitera a ideia de que a terminalidade abrange a gravidade da doença, mas nela não se esgota. Por isto o “paciente grave” pode ser descrito como aquele que se depara com o diagnóstico da enfermidade, exigindo-lhe cuidados imediatos e indicando risco de morte, porém encontra na clínica médica esperança e possibilidade de reversão do quadro. Ao revés, para o paciente com doença terminal substitui-se o dever de curar pelo dever de cuidar, já que não há chances de reversibilidade.

O “paciente de mau prognóstico” não se encontra em situação de morte iminente, entretanto está “acometido de patologia sem perspectiva de cura e cujo prognóstico é previsivelmente negativo”. O caso mais conhecido é o dos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), diagnosticados com uma doença incurável, porém com perspectivas concretas de administração do quadro para manutenção da vida.

2.2.3. A expressão da autonomia para abreviação da vida com o auxílio ou intervenção de terceiro

O suicídio assistido tem como característica o desejo de disposição da vida por parte do indivíduo que, para realizar o seu intento, depende da colaboração de outra pessoa.

Esta definição é insuficiente para distinguir o suicídio assistido da eutanásia⁶¹. Para que não haja confusão conceitual, é preciso compreender que, no suicídio assistido, o ato de execução da morte parte do suicida, em que pese

⁶⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39.

⁶¹ Deve-se reconhecer que nem sempre a eutanásia será marcada pelo pedido do indivíduo, já que em muitas situações a pessoa se encontra em estado de inconsciência.

o auxílio que lhe foi dado; na eutanásia, quem ocasiona a morte é terceira pessoa⁶².

O suicídio assistido foi objeto de grande discussão nas décadas de 80 e 90 nos Estados Unidos, quando o médico Jack Kevorkian suscitou o debate sobre a possibilidade de doentes em estágio terminal optarem por abreviar a vida com auxílio médico. Apelidado de *Doctor Death* ou J.K., relata-se que o médico norte-americano tenha colaborado com a morte de cerca de cento e trinta pessoas em estado terminal⁶³.

Possivelmente o aspecto mais pitoresco da história de Jack Kevorkian tenha sido a sua peregrinação por cidades dos Estados Unidos, a bordo de uma van, oferecendo aparatos para o suicídio alheio. Anderson Schreiber relata a história nas seguintes palavras:

Com os aparelhos instalados na parte traseira de sua van, o Dr. Kevorkian percorreu cidades dos Estados Unidos, auxiliando pessoas a se suicidarem, com ampla exposição midiática. Segundo seus advogados, ele teria, entre 1990 e 1998, auxiliado cerca de 100 pacientes em estado terminal a darem fim às suas próprias vidas⁶⁴.

A “jornada” do Dr. Morte acabou no ano de 1999, quando da prolação da sua condenação à prisão por dez a vinte e cinco anos, pela corte de Oakland County, em Michigan. Ao proferir a sentença, a juíza proferiu as seguintes palavras, dignas de destaque: “Este julgamento não era sobre o politicamente correto ou moral da eutanásia. Era sobre o senhor. Era sobre ilegalidade”⁶⁵.

Jack Kevorkian não foi processado por ter auxiliado no suicídio de diversas pessoas. Esta conduta, por si só, representaria o suicídio assistido, ora sob comento. A condenação de “J.K.” ocorreu em razão de ato que extrapolou o

⁶² Nas palavras de “A diferença entre a eutanásia e o suicídio assistido é que neste último a pessoa doente é apenas assistida para a morte, mas todos os atos que acelerarão sua morte são por ela realizados” (DINIZ, Débora. 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. 299)

⁶³ Dois filmes retratam a vida de Jack Kevorkian: o documentário “*Kevorkian: there’s more to his life than death*” e o filme biográfico “*You Don’t Know Jack*”.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63.

⁶⁵ Tradução livre do original: “This trial was not about the political or moral correctness of euthanasia,” the judge said. “It was about you, sir. It was about lawlessness”. Kevorkian Sentenced to 10 to 25 Years in Prison. Reportagem de Dirk Johnson. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1999/04/14/us/kevorkian-sentenced-to-10-to-25-years-in-prison.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

incentivo ou auxílio à morte. Jack injetou uma dose letal de veneno em Thomas Youk, um senhor de 52 anos que sofria de esclerose lateral amiotrófica, conhecida como doença de Lou Gehrig. Este ato foi considerado homicídio de segundo grau, nos termos da legislação norte-americana, levando-o à prisão durante oito anos⁶⁶.

É justamente esta conduta (a injeção letal) que distingue o tratamento dado a Jack Kevorkian e ao médico Dr. Timothy Quill.

Dr. Quill foi processado por prescrever pílulas de barbitúricos à sua antiga paciente, explicando-lhe qual a dose fatal da substância indicada. A decisão de ingeri-las ficou a cargo de Patrícia Trumbull, a paciente, que optou de fato por ceifar sua própria vida por este meio. Como abordado inicialmente, esta é a sutil distinção entre o suicídio assistido e a eutanásia. Foi esta a razão pela qual, inclusive, Dr. Quill foi absolvido pela corte criminal norte-americana⁶⁷.

Em um e outro caso, a autonomia do paciente em estágio de sofrimento e terminalidade é posta em discussão. A ajuda do terceiro é fator crucial, entretanto, para a configuração do suicídio assistido e, mais, para a identificação da tênue linha que separa esta conduta da eutanásia propriamente dita. Logo, tem relevância citar a definição empregada por Marcelo Ovidio Lopes Guimarães:

Desse modo, para que ocorra o suicídio assistido (com ou sem conotação eutanásica), é necessário, pela própria natureza dessa prática, que o interessado (ou paciente) tenha condições físicas de agir por si próprio, dispensando a conduta do terceiro (por exemplo, de desligar aparelhos que mantêm a vida ou de administrar droga que antecipe efetivamente a morte), que apenas concorre auxiliando, assistindo de qualquer forma, mas não efetivamente atuando, no sentido de agir (movimentação corporal) na busca do evento morte, em substituição ao interessado⁶⁸.

O suicídio assistido, numa análise estritamente legal, é conduta punível, nos termos do art. 122 do Código Penal brasileiro⁶⁹. O tipo penal descreve a

⁶⁶ Curiosamente, a esposa da vítima declarou apoio ao condenado, afirmando que o fim do sofrimento era um desejo do seu marido, Thomas Youk.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 63.

⁶⁸ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Eutanásia: novas considerações penais*. Leme: J.H. Mizuno, 2011, p. 179.

⁶⁹ Código Penal. "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos,

conduta daquele que induz, instiga ou auxilia o suicídio de outrem. Os núcleos verbais são bem definidos: o induzimento é a geração da ideia do suicídio na mente alheia; a instigação é o reforço de um desejo preexistente e o auxílio é contribuição material para tanto, com o fornecimento de instrumentos, por exemplo⁷⁰.

Luciano de Freitas Santoro, atento ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, pontua as consequências jurídicas entre o suicídio assistido e a eutanásia – esta enquadrada como espécie de homicídio:

Tal distinção é fundamental, já que o Código Penal estabelece sanção penal mais grave para quem vier a praticar o homicídio, previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal, cuja pena é de reclusão de seis a vinte anos, ainda que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no §1º, posto que estas incidirá na fração de um sexto a um terço. Portanto, a pena mínima para a eutanásia no Brasil será de quatro anos de reclusão, enquanto que para o suicídio assistido a pena mínima é de dois anos [...] ⁷¹.

Dessa maneira, apenas para que fique claro, os exemplos mencionados acima, dos médicos Jack Kevorkian e Timothy Quill, seriam ambos tratados como conduta punível pelo simples fato de prestarem alguma colaboração para a morte alheia, ainda que presente a situação de terminalidade ou sofrimento agudo⁷².

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

⁷⁰ Claus Roxin leciona que o ordenamento jurídico-penal alemão não pune o auxílio ao suicídio. Segundo o autor: “De acordo com o direito alemão – contrariamente ao estabelecido em vários outros ordenamentos jurídicos – não é punível o auxílio a suicídio. Todo auxílio pressupõe um fato principal antijurídico de um autor. Já que o suicídio não se compreende no tipo dos crimes de homicídio, os quais pressupõem a morte de uma outra pessoa, também não há auxílio para este delito inexistente” (ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *In*: GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (Organiz.). *Estudos de Direito Penal*. 2.ed. Revista. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 219-220)

⁷¹ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 125.

⁷² . Reitere-se a exceção já feita ao momento em que o Dr. Morte aplicou ele mesmo a injeção letal, configurando-se aí a eutanásia.

2.2.4. Eutanásia e suas espécies

No próprio estudo já feito sobre o suicídio assistido pode-se ver a miríade de controvérsias que cercam o tema da eutanásia. Por ora, pretende-se apenas uma abordagem técnica, esclarecendo conceitos necessários à compreensão do assunto. Deste modo, considerações que relacionem a autonomia com a dignidade da pessoa humana em contraponto com o ordenamento jurídico brasileiro serão reservadas para momento posterior, concentrando-se a análise sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Ao consultar o verbete “eutanásia” no Dicionário jurídico brasileiro, encontra-se a definição “Morte sem sofrimento. Morte bela, feliz”.⁷³ Curiosidade, aqui pertinente, é que o léxico trata sobre a expressão em mais de duas páginas, algo incomum para este tipo de obra. O cuidado no trato do tema revela a delicadeza e importância do assunto, bem como as discussões que ele traz consigo⁷⁴.

Com rigor técnico, Paulo Bezerra conceitua a eutanásia como a ação voltada à terminação intencional da vida de um paciente, em estado terminal ou não, pelas mãos de um profissional de saúde, a pedido do enfermo⁷⁵. A seu turno, Mônica Silveira Vieira entende eutanásia como “a conduta que, ativa ou

⁷³ SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 92.

⁷⁴ A discussão se estende, naturalmente, pelo campo da religião. A Igreja Católica, na pessoa do Papa João Paulo II e por meio da Encíclica *Evangelium Vitae*, de março de 2005, se pronunciou sobre o tema: “Uma trágica expressão de tudo isto, encontramos-na na difusão da *eutanásia*, ora mascarada e subreptícia, ora actuada abertamente e até legalizada. Para além do motivo de presunta compaixão diante da dor do paciente, às vezes pretende-se justificar a eutanásia também com uma razão utilitarista, isto é, para evitar despesas improdutivas demasiado gravosas para a sociedade. Propõe-se, assim, a supressão dos recém-nascidos defeituosos, dos deficientes profundos, dos inválidos, dos idosos, sobretudo quando não auto-suficientes, e dos doentes terminais. Nem nos é lícito calar frente a outras formas mais astuciosas, mas não menos graves e reais, de eutanásia, como são as que se poderiam verificar, por exemplo, quando, para aumentar a disponibilidade de material para transplantes, se procedesse à extracção dos órgãos sem respeitar os critérios objectivos e adequados de certificação da morte do dador. [...] “O respeito absoluto de cada vida humana inocente exige inclusivamente o *exercício da objecção de consciência* frente ao aborto provocado e à eutanásia. O « fazer morrer » nunca pode ser considerado um cuidado médico, nem mesmo quando a intenção fosse apenas a de secundar um pedido do paciente: pelo contrário, é a própria negação da profissão médica, que se define como um apaixonado e vigoroso ‘sim’ à vida” (Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html. Acesso em: 18 jul. 2014).

⁷⁵ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. O direito à vida à luz de uma questão polêmica: a eutanásia. In: Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da Uesc, VIII/20.

passivamente, mas sempre de forma intencional, abrevia a vida de um paciente, com o objetivo de pôr fim ao seu sofrimento”⁷⁶.

Nesta aproximação ainda preliminar, verifica-se que o elemento “terminalidade” é dispensável na conceituação geral da prática eutanásica. Quando o autor Paulo Bezerra afirma que o paciente pode ser “ou não” portador de doença terminal, coincide sua definição com a concepção do professor alemão Claus Roxin, que enuncia:

Tem-se a **eutanásia em sentido estrito** quando a ajuda é prestada após o início do processo da morte, em casos, portanto, em que a morte, com ou sem a ajuda, é iminente. **Em sentido amplo**, pode-se falar em eutanásia também quando se contribui para a morte de outra pessoa que, apesar de poder viver mais tempo, pretende – real ou presumidamente – pôr fim à sua vida, já tida como insuportável por causa do sofrimento causado pela doença.⁷⁷

A contribuição conceitual de Claus Roxin é expressiva. A um só tempo, o que faz o autor alemão é demonstrar a amplitude da noção de eutanásia. Sua visão reitera o entendimento de que a eutanásia não é definida pelo acometimento de doença em estágio terminal, embora esta característica se faça presente na maioria das situações (denominadas, então, eutanásia em sentido estrito).

O que realmente marca essa hipótese de abreviamento da vida é a presença de sofrimento por parte do paciente. Adjetivado de intenso, insuportável ou irreversível, o padecimento está presente nas diversas definições de eutanásia, então chamada de eutanásia em sentido amplo⁷⁸.

Gisele Mendes de Carvalho reforça a desnecessidade da verificação da terminalidade para que se reconheça como eutanásia a conduta de antecipação da morte alheia a pedido. Ensina a autora:

⁷⁶ VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia: humanizando a visão jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 103.

⁷⁷ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (Organiz.). *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Revista. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 190. Original não contém grifos.

⁷⁸ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (Organiz.). *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Revista. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 190.

A eutanásia, hodiernamente, não se limita apenas aos casos terminais – alcança hipóteses não menos complexas, relacionadas aos recém-nascidos com malformações congênitas (eutanásia precoce); aos pacientes em estado vegetativo irreversível; aos incapazes de se valerem por si mesmos, entre outros⁷⁹.

Iberê Anselmo Garcia também alarga as hipóteses de configuração da eutanásia, asseverando que a prática não se limita aos “moribundos”, alcançando todos aqueles acometidos de doenças graves que impeçam de ter uma morte de acordo com seu conceito de dignidade humana⁸⁰.

O que se constata é que a definição de eutanásia depende da sua classificação, que é múltipla e abrangente na doutrina brasileira⁸¹⁻⁸². A título de exemplo, veja-se que, embora a maioria das definições até aqui apresentadas dispensem a terminalidade, para Marcello Ovidio Lopes Guimarães a categoria “eutanásia própria” exige este requisito. Esta classificação abrange as modalidades ativa e passiva, mas sempre se caracteriza pela “[...] provocação de *morte piedosa, por ação ou inação de terceiro*, de que se determine o *encurtamento da vida, em caso de doença incurável que acometa paciente terminal a padecer de profundo sentimento*”⁸³.

⁷⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 17.

⁸⁰ GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs). *Doutrinas essenciais: direito penal*. Volume V. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 464.

⁸¹ Optou-se, neste estudo, por não pormenorizar as definições, trabalhando com aquelas mais amplas e comuns na doutrina. Esta postura decorre da advertência de Karl Larenz acerca da conformação de conceitos e dos valores que circundam a regulação. Os conceitos classificatórios acabam por interferir, nesse panorama, na própria conceituação dada. Por isto o estudo do tema é tão delicado. Nesse sentido: “Na *conformação* de conceitos deste gênero são levados em conta, também, as relações de valoração subjacentes a regulação. Mas decerto que, e isto é algo que ESSER defende plenamente, a dogmática não integra *no conteúdo do conceito* a referência de valoração (ou referência de sentido), mas intenta defini-lo mediante aquelas notas características, cuja presença pode ser constatada sem uma nova valoração — ou seja, por mera subsunção. Questão diversa e se ela o consegue em todos os casos. Uma grande parte dos conceitos com que o jurista trabalha é, de resto, de natureza puramente técnico-jurídica: trata-se de conceitos formados com base na lógica formal e que são ‘conceitos classificatórios’. Estes proporcionam simplesmente clareza e facilidade na aplicação do Direito, uma vez que tornam possível uma subsunção” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 314-315)

⁸² Maria Elisa Villas-Bôas apresenta, nesse trecho, uma variedade de classificações por ela definidas: “Em face dessas ponderações, é possível classificar a eutanásia: quanto ao *modo de atuação do agente* (eutanásia ativa e passiva); quanto à *intenção que anima a conduta do agente* (voluntária e involuntária); quanto à *finalidade* do agente (eutanásia libertadora, eliminadora e econômica), entre outras classificações menos difundidas” (VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79).

⁸³ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. Op. cit, p. 91.

Em suma, a eutanásia é todo ato praticado por terceiro movido por piedade voltado à abreviação da vida de pessoa enferma em situação de sofrimento – é a eutanásia em sentido amplo. Sendo mais detalhista, a eutanásia será adjetivada como eutanásia própria ou eutanásia em sentido estrito se o portador da patologia se encontrar em situação de irreversível cura e a sua doença for terminal.

Porquanto relevante, uma última diferenciação merece ser enunciada. Trata-se da classificação da eutanásia como ativa ou por comissão e passiva ou por omissão. Ainda que aparentemente óbvia, em razão da denominação que se lhe atribui, destrinchar as duas espécies contribui para a sua adequada compreensão.

A eutanásia ativa compreende o ato comissivo de auxílio à morte, através, por exemplo, da aplicação de substâncias voltadas ao abreviamento da vida (pílulas, injeções, etc.). Embora pareça redundante, convém anotar que, enquanto espécie do gênero maior (eutanásia), esta conduta não pode ser praticada na ausência do sofrimento do paciente, sob pena de desnaturar o seu indispensável caráter piedoso. A terminalidade, repita-se, é aqui elemento variável, podendo ou não estar presente.

A eutanásia passiva é caracterizada pela omissão, pela ausência de tratamento do paciente cujo quadro clínico ainda não é marcado pela irreversibilidade. Trata-se da “não realização de uma ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância”⁸⁴. Na eutanásia passiva, é justamente a inércia dolosa do agente do profissional de saúde a causa do evento morte, porque, diante de medidas possíveis e disponíveis para a manutenção da vida, decide-se pela abstenção de qualquer delas.

Ao inserir na definição de eutanásia passiva o conceito de “tratamentos médicos ordinários ou proporcionados”⁸⁵, encaminha-se para a atenção necessária a identificar o limite entre esta prática e a ortotanásia, a seguir estudada. Nesse sentido, veja-se:

⁸⁴ MARTINS, Renata de Freitas. “Eutanásia humanitária” ética ou prática falaciosa visando-se ao pretenso controle da população de animais de rua e de zoonoses?. In: SANTANA, Heron José de; SANTANA, Luciano Rocha (coord.). *Revista Brasileira de Direito Animal*, vol. 1, n. 1, p. 202.

⁸⁵ Voltar-se-á a este conceito ao abordar a distanásia.

[...] a eutanásia por omissão consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos ordinários ou proporcionados – úteis – que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa sua morte. É denominada *eutanásia passiva*, que há de ser sempre voluntária e direta, porquanto não se confunde com a omissão indireta de tratamento vital, caracterizada pela recusa do paciente a submeter-se a cuidados médicos que lhe são imprescindíveis⁸⁶.

A eutanásia passiva representa a abstenção do ato ou conjunto de medidas que a equipe médica possui à sua disposição para manter a vida do enfermo. Significa que, havendo esforços possíveis e viáveis para a manutenção da vida, resolve-se por não empreendê-los, o que gera **antecipação** da morte.

A ortotanásia também se caracteriza pela omissão do profissional de saúde envolvido, porém requer a adição de outros elementos. Nesta prática, constata-se a iminência do óbito e a abstenção não implica antecipação do evento morte. Negam-se ao paciente não os tratamentos ordinários, mas justamente aqueles adjetivados de “extraordinários”, assim compreendidas as medidas que geram um prolongamento artificial e custoso da vida.

É inegável que a eutanásia é prática que apresenta inúmeras classificações, todavia as espécies aqui apresentadas são bastantes para que se possa prosseguir na análise das demais modalidades de antecipação da morte ou de terminalidade.

Pende, contudo, a análise do tratamento jurídico-penal conferido pelo ordenamento brasileiro e do direito estrangeiro a essa prática.

2.2.4.1. O tratamento jurídico-penal da eutanásia

O ordenamento jurídico-penal brasileiro silencia quanto à eutanásia. Não há tipo penal com este *nomen iuris*. A norma mais próxima que se vislumbra no Código Penal é o homicídio “privilegiado”,⁸⁷ praticado por motivo de relevante

⁸⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 24.

⁸⁷ Em verdade, trata o Código Penal de uma causa de diminuição de pena, não de tipo privilegiado.

valor social ou moral⁸⁸. Nesses casos, o agente do delito estaria impelido por sentimento de compaixão, impondo-se a redução da pena por conta do menor juízo de censura que recai sobre a conduta⁸⁹.

Deve-se ressaltar, entretanto, que, inicialmente, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial, do ano 1984, buscava inserir na legislação o delito de eutanásia no Código Penal. Seria um terceiro parágrafo acrescido ao art. 121 que isentaria de pena a conduta do médico que abreviasse a vida da vítima (com consentimento direto ou da família), quando fosse a morte iminente e inevitável, circunstâncias a serem atestadas por outro médico.

Em momento posterior, ano de 1994, criou-se uma comissão para a revisão do Anteprojeto que não vingara na década de 80. Deu-se nova redação ao artigo 121, §3º, nos seguintes termos: “Eutanásia. §3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar – lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena – Reclusão, de três a seis anos”. É nítida a exigência do agir piedoso, da doença grave e do sofrimento insuportável, bem como a desnecessidade de enfermidade em caráter terminal. Todos esses elementos estavam expressos na própria Exposição de Motivos, declarando a Comissão estar “sensível às circunstâncias, como recomendam os princípios do Direito Penal da Culpa”.⁹⁰

Com propostas específicas de regulamentação da conduta eutanásica, dois projetos de lei já arquivados merecem menção.

O primeiro, tombado sob o nº 125/2006⁹¹, é de autoria do então Senador Gilvam Borges e tinha por propósito autorizar a prática da morte sem dor em casos específicos. Em direção diametralmente oposta, o Projeto nº

⁸⁸ “Art. 121. Matar alguém: [...] § 1.º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).”

⁸⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Vol. I. Niterói: Impetus, 2013, p. 157.

⁹⁰ Reforma do Código Penal. Relatório e Anteprojeto de Lei. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 16 jul. 2014.

⁹¹ BRASIL. Senado Federal. *PL 125/1996*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate/servlet/PDFMateServlet?s=http://www.senado.gov.br/atividade/materia/MateFO.xml&o=ASC&o2=A&m=27928>. Acesso em: 12 dez. 2010.

⁹² O PL 2.283/2007, de autoria do Deputado Dr. Talmir, do Partido Verde de São Paulo e relatoria do Deputado Pastor Manoel Ferreira, relator do projeto na CCJC (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania), encontrava-se, desde 26.03.2009, com parecer pela constitucionalidade e aprovação, no mérito, tendo sido, entretanto, arquivado em 31.03.2011. (BRASIL. Câmara dos

do à época Deputado Federal Talmir Rodrigues propunha o recrudescimento das medidas penais contra a eutanásia: equiparava a conduta ao crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, criando o art. 122, §2º; incluía a eutanásia como crime hediondo.

Mais recentemente, nova comissão de juristas se reuniu para elaboração de Anteprojeto de Código Penal⁹³, abarcando o diploma na sua íntegra. Uma vez aprovado em definitivo e publicado, o crime de “eutanásia”, com esta denominação, passará a estar previsto expressamente no art. 122, com a seguinte redação: “Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave”. A sanção prevista para tal conduta é de dois a quatro anos.

O Projeto vai além, estabelecendo possibilidade de perdão judicial caso as circunstâncias recomendem e haja relação de parentesco ou “estritos laços de afeição do agente com a vítima”.

Percebe-se que o Anteprojeto trabalha com o conceito mais restrito de eutanásia. Os elementos “estado terminal”, “sofrimento físico insuportável” e “doença grave” aproximam a redação legal da noção de eutanásia própria ou em sentido estrito.

Esta opção político-criminal restringe a autonomia do paciente. A sua manifestação pessoal pelo encurtamento da vida apenas encontra amparo no ordenamento jurídico se os requisitos objetivos estabelecidos no art. 122 (do anteprojeto, repise-se) se verificarem no caso concreto⁹⁴. Assim, embora, como se viu, a prática da eutanásia abranja situações de não terminalidade, a proposta legislativa não as incorpora, definitivamente.

Deputados. *PL* 2.283/2007. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=373924>. Acesso em: 14 dez. 2010).

⁹³ BRASIL. Senado Federal. *PL* 236/2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 16 jul. 2014.

⁹⁴ Note-se que, ao afirmar que a decisão pessoal do paciente “encontra amparo no ordenamento jurídico”, quer-se apenas indicar que, nessas circunstâncias, a conduta daquele que atende ao pedido se enquadra no tipo penal da “eutanásia”, previsto como crime pelo Anteprojeto. Fora dessas circunstâncias, a conduta incorre nas penas previstas para o homicídio.

Feita esta breve digressão por algumas propostas legislativas arquivadas e em curso, reafirma-se que, hodiernamente, o que se apresenta é apenas e tão somente a imprecisa figura típica do homicídio “privilegiado” (art. 121, §3º, do CP). A desvantagem da norma atual é manifesta: como não há conceituação exata do que o legislador do Código de 1940 entende por eutanásia, a aplicação do delito se dá com pouca segurança e precisão.

Recorrendo à Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, é natural que seja aquela (art. 121, §3º, CP) a adequação típica da conduta de quem ocasiona a morte de outrem a seu pedido, desde que havendo o intuito piedoso. Nos termos da própria Exposição:

Por ‘motivo de relevante valor social, ou moral’, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)⁹⁵⁻⁹⁶.

A título de comparação e aludindo aos conceitos de eutanásia já demonstrados neste estudo, diga-se que a regulamentação penal atual dá margem à eutanásia em sentido amplo. Nesse sentido, aquele que matar alguém em estado de sofrimento, mesmo que ausente o estado terminal da patologia, poderia se beneficiar da causa de redução de pena do parágrafo 3º do art. 121 do Estatuto Repressor.

Segundo se entende, ficaria a cargo do julgador decidir pela aplicação da causa de diminuição de pena. Por esta razão, afigura-se positiva a redação do Anteprojeto, pois, como já registrado, não admitiria essa discricionariedade, uma vez que reconhece como eutanásia apenas a eutanásia própria – na qual se faz presente a terminalidade.

⁹⁵ BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal. Decreto-lei nº 2.848 de 07/12/1940. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11216-11216-1-PB.htm>. Acesso em: 16 jul. 2014.

⁹⁶ Como explica Maria Auxiliadora Minahim, a tipificação abrange a eutanásia ativa e a passiva, já que nesta o omitente é garantidor, ou seja, tem o dever de agir, mas se abstém deliberadamente da prestação de tratamentos médicos úteis que poderiam prolongar a vida do paciente, disto resultando a antecipação de sua morte”. (MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*, p. 178. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014).

2.2.4.2. A eutanásia no direito estrangeiro

Na Alemanha, as disposições penais são mais específicas,⁹⁷ embora o regulamento tenha ficado aquém do desejado pela doutrina germânica, que aduz uma insuficiência legislativa em torno de tão complexo tema⁹⁸. Nesse país, o delito⁹⁹ aplicável é o prescrito no “§ 216” do BGB, que dispõe sobre o “homicídio a pedido”¹⁰⁰ e exige – sob pena de incorrer o agente em outro tipo penal – que a manifestação seja feita de forma expressa e séria.

Importante reiterar que o homicídio a pedido distingue-se do induzimento ao suicídio, porquanto nesta situação o agente não será punido a qualquer título. A não-punibilidade decorre da inexistência, no direito alemão, de crime correspondente àquele tipificado no art. 122 do CP brasileiro. À atipicidade soma-se a previsão do “§ 27” do diploma germânico, segundo qual somente se pune como “cúmplice” aquele que ajuda outrem em ação típica dolosa. Logo, embora punível o homicídio a pedido, o induzimento ao suicídio é impunível.

Na Espanha, o tratamento legislativo conferido à prática eutanásica se deu de forma distinta. A *Ley Organica* 10/1995, em seu art. 143, *apartado* 4, regula de modo claro a eutanásia, ou a cooperação ativa para a morte de outrem, quando do seu pedido expresso e sério¹⁰¹⁻¹⁰².

⁹⁷ Diferenciando os “privilégios”, Paulo Bezerra aduz que, no Brasil, o abrandamento da punição decorre da nobreza (o relevante valor moral), enquanto que, na lei germânica, advém do fato de o ato ter sido praticado a pedido da paciente (Bezerra, Paulo Cesar Santos. Op. cit., p. 28).

⁹⁸ Roxin, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. cit., p. 32.

⁹⁹ O Código Penal alemão classifica as infrações penais em crimes e delitos. Àqueles, a pena privativa de liberdade cominada é de, no mínimo, um ano. Aos delitos, por sua vez, a pena mínima cominada é inferior a este limite. É o que se extrai dos seus § 12, 1 e 2. Disponível em: [www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf]. Acesso em: 25.01.2011.

¹⁰⁰ Na tradução para o espanhol, este é o texto do dispositivo incriminador:

“§ 216. *Homicidio a petición*

(1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años.” Disponível em: [www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf]. Acesso em: 25.01.2011.

¹⁰¹ España. Ley Orgánica 10/1995. Art. 143, *apartado* 4: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.” (Disponível em: [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html]. Acesso em: 11 dez. 2010.

¹⁰² Comentando o dispositivo, Francisco Muñoz Conde: “Por lo tanto, el apartado 4 penaliza, si bien de forma atenuada cuando se dan los requisitos antes señalados, la llamada *eutanasia*

O tipo penal, de modo acertado, acredita-se, vincula a autorização do paciente ao seu quadro grave de enfermidade. É dizer, o homicídio daquele que expressamente consentiu será sempre punível, mas esta punição só será branda se o consenciente se encontrar em estado terminal, padecendo de dores insuportáveis.

Pelo que se nota, nos três países (Brasil, Alemanha e Espanha), a eutanásia (apesar de não receber este *nomen iuris*) é ato punível, embora varie o grau de censura. A questão que se formula é até que ponto é legítima a intervenção penal no campo da autonomia privada, quando o titular do bem jurídico-penal vida manifesta-se pela disponibilidade deste bem. Este aspecto será objeto de abordagem detalhada.

2.2.5. A ortotanásia e a noção de “cuidados paliativos”

É tradicional na doutrina a aproximação do conceito de ortotanásia destrinchando-se a expressão. O radical grego *orthos* significa “correto, reto” e *thanatos* significa “morte”. A composição de ambos resulta na ideia de “morte no tempo certo, ou seja, morte a seu tempo, ocorrendo o desfecho letal no momento determinado naturalmente para tal”¹⁰³.

Maria Elisa Villas-Bôas afirma que a ortotanásia é o objetivo médico quando já não se pode buscar a cura. Trata-se de postura que pretende confortar o paciente, sem interferir no momento da morte: não se encurta o tempo natural de vida, tampouco é este adiado indevida e artificialmente. A morte chega, então, na hora certa, quando o organismo alcançou de fato um grau de deterioração incontornável¹⁰⁴.

activa.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. 12.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 75).

¹⁰³ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Eutanásia: novas considerações penais*. Leme: J.H. Mizuno, 2011, p. 129.

¹⁰⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 80.

Nota-se, com isto, que a ortotanásia consiste em permitir o curso natural da morte, sem prolongá-la de modo agônico por meios artificiais¹⁰⁵. Trata-se de postura omissiva, da assunção intencional de inércia diante de um quadro clínico em que se identifica a impossibilidade de manutenção da vida – salvo por meio de medidas excepcionais.

Como a eutanásia passiva também é caracterizada pela omissão, é imprescindível referir-se à observação feita por Maria Auxiliadora Minahim. A autora diferencia as duas práticas ao lecionar que, embora a eutanásia passiva se aproxime da ortotanásia, a compreensão deste último conceito “exige a introdução de mais uma noção, a de morte iminente que, embora se assemelhe à de terminalidade, deve ser interpretada de forma menos ampla”¹⁰⁶. A iminência é requisito indispensável para diferenciar a eutanásia da ortotanásia, bem como para permitir a conclusão de que esta não é sequer fato punível¹⁰⁷, por não constituir efetivamente antecipação da morte.

Requer alusão também a distinção feita por Luciano de Freitas Santoro entre a eutanásia passiva e a ortotanásia. Para o autor, ambas revelam uma compaixão pelo próximo, mas há um ponto fucral para a distinção, qual seja, o início do processo morto. Enquanto na ortotanásia a causa do evento morte já se iniciou, na eutanásia passiva esta omissão é que será a causa do resultado¹⁰⁸.

O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, de 1998 (acima referido), retirava explicitamente a ilicitude da ortotanásia. A redação do art. 121, §4º, dispunha que não constituiria crime deixar de manter a vida quando a morte fosse inevitável e iminente, segundo atestado de dois médicos e desde que havendo consentimento do próprio paciente ou de familiar seu. De igual maneira regulamenta o art. 122, §2º, do Anteprojeto mais recente (PL

¹⁰⁵ CAMATA, Gerson. Em defesa da ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 139.

¹⁰⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit., p. 165.

¹⁰⁷ Ibid., p. 181..

¹⁰⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 138.

236/2012)¹⁰⁹, muito embora tenha optado pela expressa “doença grave e irreversível”, noção distinta de “inevitável e iminente”.

O debate sobre a ortotanásia está diretamente atrelado aos “cuidados paliativos” que devem ser direcionados ao indivíduo portador de doença em estágio terminal. São medidas voltadas ao conforto do paciente cuja recuperação não é mais possível.

Os cuidados paliativos se inserem no contexto de humanização da relação médico-paciente, rejeitando-se a ideia de que a ciência ou proximidade do fim da vida significam o encerramento da atuação médica.

A origem da palavra “paliativo” é identificada na expressão latina *pallium*, cujo significado é manto ou coberta. A necessidade de orientar os cuidados médicos nesse sentido se relaciona com a melhoria das condições de vida da população ao redor do mundo. Com efeito, o aumento da expectativa de vida acabou por exigir a ampliação dos horizontes da medicina, já que a tradicional medicina centrada no ataque à doença não era adequada para tratar dos portadores de patologia crônica¹¹⁰.

A Organização Mundial da Saúde incorpora há mais de duas décadas a definição de cuidados paliativos, enumerando características e benefícios atinentes à sua adoção. Apesar de sua extensão, merecem transcrição literal. Segundo a OMS, os cuidados paliativos¹¹¹⁻¹¹²:

¹⁰⁹ BRASIL. Senado Federal. PL 236/2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 16 jul. 2014.

¹¹⁰ CHAVES, José Humberto Belmino et al. Cuidados paliativos na prática médica: contexto bioético. In: Rev. Dor [online]. 2011, vol.12, n.3, pp. 250-255.

¹¹¹ Tradução livre do original: “*Palliative care: provides relief from pain and other distressing symptoms; affirms life and regards dying as a normal process; intends neither to hasten or postpone death; integrates the psychological and spiritual aspects of patient care; offers a support system to help patients live as actively as possible until death; offers a support system to help the family cope during the patients illness and in their own bereavement; uses a team approach to address the needs of patients and their families, including bereavement counselling, if indicated; will enhance quality of life, and may also positively influence the course of illness; is applicable early in the course of illness, in conjunction with other therapies that are intended to prolong life, such as chemotherapy or radiation therapy, and includes those investigations needed to better understand and manage distressing clinical complications*”. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Palliative Care*. Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/en/>. Acesso em: 17 jul. 2014.

¹¹² Está à disposição também no endereço virtual da OMS uma lista com medicamentos próprios para os cuidados paliativos, na qual distinguem-se as patologias e as respectivas medicações adequadas, dentro da perspectiva da atenção com a doença crônica e incurável. Cf. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Essential Medicines in Palliative Care*. Disponível em:

- (a) Proporcionam alívio da dor e outros sintomas angustiantes;
- (b) Afirmam a vida e compreende a morte como um processo normal;
- (c) Não pretendem apressar ou adiar a morte;
- (d) Integram os aspectos psicológicos e espirituais do cuidado para com o paciente;
- (e) Oferecem um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viverem tão ativamente quanto possível até a morte;
- (f) Oferecem um sistema de apoio para ajudar a família a se adaptar durante a doença do paciente e com seu próprio luto;
- (g) Usam uma abordagem de equipe para atender às necessidades dos pacientes e suas famílias, incluindo o apoio emocional com o luto, quanto seja indicado;
- (h) Melhoram a qualidade de vida e podem também influenciar positivamente no curso da doença;
- (i) Podem ser praticados em uma fase inicial da doença, junto com outros tratamentos que possam prolongar a vida, como a quimioterapia ou a radioterapia, e incluem a realização de pesquisas necessárias para compreender e lidar melhor com complicações clínicas angustiantes.

A descrição da “medicina paliativa” a torna compatível com inúmeras situações, devendo ser indicada quando presente enfermidades avançadas, progressivas e incuráveis; falta de possibilidade razoáveis de cura como resposta a um tratamento específico; presença de numerosos sintomas, intensos e multifatoriais; grande impacto emocional no paciente, na família e nos profissionais que o assistem, com possibilidade de morte iminente; prognóstico de vida inferior a seis meses¹¹³.

O alargamento do paradigma do tratamento médico possibilita o redimensionamento da autonomia do paciente. A decisão sobre suas opções existenciais são diretamente influenciadas pelo modo como o mundo à sua volta lida com o estágio de vida em que ele se encontra. Não por outra razão, a noção de cuidados paliativos abre espaço também para a atenção à família,

http://www.who.int/selection_medicines/committees/expert/19/applications/PalliativeCare_8_A_R.pdf. Acesso em 17 jul. 2014.

¹¹³ PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. *Cuidar do ser humano: ciência, ternura e ética*. Paulinas: Centro Universitário São Camilo, 2009, p. 53.

compreendendo esta como uma das circunstâncias motivadoras do bem-estar do portador da doença.

A ortotanásia tem sido objeto de debate nacional e internacionalmente. No âmbito mundial, a Encíclica *Evangelium Vitae*¹¹⁴ teve ampla repercussão ao documentar o apoio da Igreja à fluência natural do curso da vida. O item 88 do documento religioso deixa clara a sugestão de que os “doentes terminais” possam gozar de assistência humana e dos necessários cuidados paliativos, no hospital ou em casa.

O próprio Papa João Paulo II, acometido de doença incurável aos 85 anos, optou por não retornar ao hospital em que tratava a sua enfermidade, decidindo por dar prosseguimento aos cuidados médicos em sua residência¹¹⁵. Em entrevista ao Conselho Federal de Medicina, o presidente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) reiterou o apoio da Instituição à prática, confirmando a posição da ideia de que a vida deve ser aceita dentro dos seus limites, rejeitando-se medidas que procrastinem sem razão o momento do óbito¹¹⁶.

No âmbito nacional, a ortotanásia tem sido objeto de debate. Ganhou destaque com a publicação da Lei nº 10.241/1999, do Estado de São Paulo, e da resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina. Quanto a esta, especificamente, preferiu-se abordar em momento oportuno, no conjunto das regulações éticas que culminaram com a conceituação, pelo CFM, das declarações antecipadas de vontade.

Apelidada de “Lei Covas”, a lei estadual nº 10.241/1999 enumera, no seu art. 2º, direitos dos usuários do serviço de saúde no Estado de São Paulo. Dentre

¹¹⁴ VATICANO. *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹¹⁵ Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4399189.stm>. Acesso em: 18 jul. 2014.

¹¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Entrevista ao CFM: CNBB apoia ortotanásia*. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23257:entrevista-ao-cfm-cnbb-apoia-ortotanasia&catid=3. Acesso em: 02 Ago. 2012.

eles, chama atenção o inciso XXIII, segundo o qual poderia o paciente “recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para prolongar a vida”¹¹⁷.

O diploma converge com a concepção da ortotanásia, por se referir aos tratamentos que, apesar de estenderem o tempo de vida, são marcados pela dor ou pela extraordinariedade. Chancela-se a manifestação da autonomia do paciente, assegurando-lhe o direito de escolha pela morte no seu tempo certo¹¹⁸.

2.2.6. Distanásia e a noção de tratamento fútil

Consoante as palavras de Maria Auxiliadora Minahim, a distanásia é feita, muitas vezes, “mais por amor à tecnologia do que à pessoa”¹¹⁹. Ela representa a manutenção da vida do paciente com algum sofrimento, persistindo na utilização de aparelhos e/ou tratamentos considerados inúteis, porquanto visam um adiamento desarrazoado da morte¹²⁰. Sua conceituação é elemento chave para compreender o posicionamento adequado da autonomia diante das práticas de encurtamento da vida.

Efetivamente, a prática da distanásia não se confunde com as demais até aqui expostas¹²¹.

O suicídio assistido possui como característica o encurtamento da vida por decisão autônoma do próprio indivíduo, que requer auxílio de terceiro para que possa ele mesmo executar o ato; a eutanásia, em que pese suas inúmeras

¹¹⁷ SÃO PAULO. *Lei estadual nº 10.241/1999*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>. Acesso em: 18 jul. 2014.

¹¹⁸ Afirma-se que a criação da lei estaria inspirada pela própria condição pessoal do então governador Mário Covas, acometido de câncer e que o próprio fizera uso da Lei, optando por não ser transferido para uma unidade de terapia intensiva. Cf. CORDEIRO, Marina. *Ortotanásia: uma análise comparativa da legislação brasileira projetada e em vigor*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ortotan%C3%A1sia-uma-an%C3%A1lise-comparativa-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-brasileira-projetada-e-em-vigor>. Acesso em: 18 jul. 2014.

¹¹⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit., p. 165.

¹²⁰ PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. Op. cit., p. 179.

¹²¹ Neste sentido a advertência de Leo Pessini: “É comum misturar o conceito de distanásia com o de eutanásia, com base no entendimento de que todo procedimento que interrompe as medidas de suporte vital configura intervenção de cunho eutanásico” (PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2001, p. 166).

classificações, pode ser resumida como a abreviação da vida por ação ou omissão de terceiro movido por compaixão, diante de situação de doença grave, terminal ou não, do paciente; a ortotanásia, a seu turno, é marcada pela adoção de cuidados paliativos diante da inevitabilidade da morte, permitindo que ela ocorra no tempo natural, já que presente a irreversibilidade e terminalidade da patologia detectada.

Antonio Manuel Padovani Canton e María Elisa Clemente Rodriguez se utilizam de interessante metáfora para definir a distanásia. Segundo os autores, a distanásia é a conversão de uma corrida de 100 metros rasos em uma corrida de 100 metros com barreiras¹²². O exagero retórico advém da natureza desta prática, que se propõe a prolongar a vida quando não há mais possibilidade de reversão do quadro clínico e as medidas empregadas pelos profissionais de saúde podem causar dor.

Afirma-se que a invenção das unidades de terapia intensiva (UTI's) representou grande espaço para a prática da distanásia, com o prolongamento artificial e, em regra, desnecessário da vida¹²³. Por atentar, inequivocamente, contra a dignidade humana, costuma-se qualificá-la como “encarniçamento terapêutico” ou “tortura médica”¹²⁴.

Aludindo mais uma vez a Maria Auxiliadora Minahim, a distanásia pode representar a negação da essência da vida, porque praticada quando ela já perdeu todos os atributos que a integram, havendo de se rechaçar a manutenção a qualquer custo¹²⁵.

Reportando-se à noção kantiana de autonomia, não restam dúvidas de que a distanásia, de todas as práticas aqui apreciadas, é a que mais carrega em si potencial para a instrumentalização do homem. Mesmo na eventualidade de

¹²² Na íntegra, segue o texto dos autores: “La utilización de recursos inútiles solo llevará a prolongar la agonía, a agotar estos recursos si son escasos y a privar de ellos a aquellos que puedan necesitarlos después, esto se denomina ‘distanasia’, que a nuestro juicio es convertir la carrera de 100 metros planos del enfermo terminal hacia la muerte en 110 con vallas, solo alarga un poco su duración sin resolver ningún problema”. (PADOVANI CANTON, Antonio Manuel; CLEMENTE RODRIGUEZ, María Elisa. Eutanasia y legislación. *In*: Revista Ciências Médicas. n. 2. vol. 12, p. 143).

¹²³ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Op. cit.*, p. 138.

¹²⁴ Nesse sentido: SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 139.

¹²⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Op. cit.*, p. 178.

manutenção da vida por sentimentos nobres da família do paciente (amor, piedade, compaixão etc.), a insistência em manobras artificiais retira dele a sua condição de fim em si mesmo - exceto quando a própria pessoa deseja viver a todo custo.

Permeia todo este debate o limite entre o tratamento que beneficia o paciente e o estágio em que a intervenção médica torna-se verdadeira “obstinação terapêutica”¹²⁶. A doutrina¹²⁷ identifica a obstinação terapêutica como um “resultado de um *ethos* irrefletido das carreiras biomédicas”. Seria ela o fruto de uma associação indevida entre morte e fracasso, conduzindo a dificuldade de reconhecê-la como um fato inexorável da existência.

O conjunto de medidas que prolongam a vida artificialmente são intitulados de “tratamento fútil”. Para Edmund Pellegrino, o tratamento fútil não é um princípio moral, mas sim uma avaliação da probabilidade clínica sobre a eficácia, benefício e onerosidade.

Segundo o autor, a eficácia seria a capacidade da intervenção em alterar o curso da doença ou dos sintomas de forma positiva; o benefício seria o aspecto subjetivo, verificável através da indagação ao paciente ou seu representante: vale a pena o tratamento?; por fim, onerosidade seria a avaliação dos custos de todas as ordens: psicológicos, sociais, emocionais, físicos e até financeiros impostos ao enfermo. Esta é a análise necessária para concluir se o tratamento é ou não moralmente justificável¹²⁸.

Obviamente, esta não é a única definição de futilidade terapêutica. Apenas a título de exemplo, anote-se que Teresa C. dos Reis e Carlos Henrique Silva entendem como tratamento fútil aquele que “alcança de 1 a 2% de seu objetivo (futilidade probabilística). O seu sucesso é apenas transitório, de tal forma que a

¹²⁶ PESSINI, Leo; Bertachini, Luciana. Op. cit., p. 163.

¹²⁷ Nesse sentido, cf. DINIZ, Débora. 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. 296.

¹²⁸ PELLEGRINO, Edmund D. Decision at the end of life: the use and abuse of the concept of futility. In: *Life and learning X*. Washington, D.C: University Faculty for Life, 2000, p. 93. Disponível em: www.uffl.org/vol10/pellegrino10.pdf. Acesso em: 24 jan. 2011.

situação do paciente logo retorna à condição anterior, ou pior, fica frustrado o mínimo benefício inicialmente atingido”¹²⁹.

O “antídoto” para a distanásia não é a eutanásia, mas sim a ortotanásia¹³⁰; não é o prolongamento artificial da vida, mas a oferta do cuidado enquanto ela se esvai naturalmente. Por esta razão, é preciso compreender quais são os meios ordinários e extraordinários, proporcionais e desproporcionais de sustentação vital, identificando, desta maneira, se o tratamento é útil ou fútil.

Em linhas gerais, é possível mencionar que a doutrina rejeita a prática da distanásia. O consenso se estende também à posição da Igreja Católica, que já se manifestou expressamente sobre o tema. Além de apoiar a prática da ortotanásia (como acima registrado), o Vaticano publicou, nos idos de 1980, a Declaração sobre a Eutanásia, rejeitando a obrigação do paciente e seus familiares de, em função do “dom da vida”, recorrerem a técnicas perigosas ou demais onerosas. Reconheceu a instituição o direito à recusa a tratamentos que prolonguem a vida precária e penosamente¹³¹.

2.2.7. Tratamentos extraordinários e ordinários, tratamentos proporcionais e desproporcionais

Como dito, a debate em torno da distanásia está diretamente ligado à definição de meios extraordinários e ordinários de manutenção da vida.

Maria Elisa Villas-Bôas entende como ordinárias as medidas habitualmente disponíveis, pouco dispendiosas e menos agressivas. Para autora, são exemplo de meios ordinários a nutrição e a hidratação artificial¹³².

¹²⁹ REIS, Teresa C.; SILVA, Carlos Henrique. A futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. *In: In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 396.

¹³⁰ PADOVANI CANTON, Antonio Manuel; CLEMENTE RODRIGUEZ, María Elisa. Op. cit., p. 143.

¹³¹ VATICANO. *Declarações sobre a Eutanásia*. Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_198005_05_euthanasia_po.html. Acesso em 18 jul. 2014.

¹³² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 46.

Assim, o caráter ordinário da medida residiria no fácil alcance, pelo profissional de saúde, dos meios para a manutenção da vida do paciente. Diz-se que, “na maioria dos casos, estes meios são economicamente viáveis, clinicamente acatados e normalmente empregados, bem como de utilização temporária”¹³³.

Noutra quadra se situariam as medidas ditas extraordinárias, compreendidas como “custosas, limitadas, arriscadas e, por tudo isso, de uso mais criterioso”¹³⁴.

Para Tereza Reis e Carlos Henrique Silva, os meios extraordinários são aqueles que não conseguem atender objetivos fisiológicos e não colaboram para melhoria da qualidade de vida do paciente. Ao exemplificar tais medidas, elencam a “hemotransfusão, as linhas de antibioticoterapia para tratamento de infecção refratária, o uso de drogas anabolizantes, vitaminas, hipotensores e hipoglicemiantes orais”, dentre outros.

Chama atenção o fato de que estes autores enquadram nesta categoria os procedimentos da nutrição e hidratação¹³⁵, divergindo da transcrição precedente.

O dissenso doutrinário revela a dificuldade em alcançar a distinção prática entre meios ordinários e extraordinários. Há uma harmonia conceitual, identificando como ordinárias as medidas que não representam alto custo e são de uso comum, logo acessíveis; como extraordinárias aquelas excepcionais e dispendiosas. Por ocasião da exemplificação, contudo, a divergência se instala.

Gisele Mendes de Carvalho, atenta a este impasse, adverte que a dificuldade em precisar o que são meios ordinários e extraordinários levou a nova classificação, sob a terminologia “meios proporcionais” e “meios desproporcionais”.

Quanto aos primeiros, diz-se que os custos e desgastes produzidos são adequados aos resultados esperados para o bem do paciente; quanto a estes

¹³³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: Comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2013, p.27.

¹³⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 46.

¹³⁵ REIS, Teresa C.; SILVA, Carlos Henrique. Op. cit., p. 399.

(desproporcionais), caracterizam-se como exagerados se comparados aos resultados possíveis¹³⁶.

A substituição da nomenclatura não parece solucionar a controvérsia. Classificados como ordinários e extraordinários ou como proporcionais e desproporcionais, os meios terapêuticos ainda apontam incerteza por ocasião do seu enquadramento.

Há de se observar ainda variação dessas noções de acordo com o tempo e com o paciente.

De fato, a dinâmica das pesquisas médicas e das inovações clínicas podem fazer com que os meios proporcionais de hoje passem à condição de desproporcionais, devendo, portanto, ser empregados no tratamento do enfermo.

Outra constatação é a de que as especificidades do caso podem definir também a extraordinariedade ou não das medidas tomadas¹³⁷, como se observa no exemplo abaixo:

[...] a instituição de ventilação artificial num doente com 89 anos com pneumonia bilateral, carcinoma metastático da próstata e demência de Alzheimer avançada, apresenta validade seguramente diferente da sua aplicação a um jovem de 25 anos, também com pneumonia bilateral, mas sem qualquer outra patologia subjacente¹³⁸.

Atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 524/2009, que dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença¹³⁹.

¹³⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 26.

¹³⁷ Afirma Luciana Dadalto, com apoio em Oscar E. Garay: “para uma pessoa que sofre de insuficiência renal a hemodiálise é um tratamento ordinário e necessário, em contrapartida, quando a insuficiência é definitiva e o paciente está debilitado e em idade avançada, a hemodiálise pode ser encarada como tratamento extraordinário” (DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 47)

¹³⁸ CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, JOÃO LOBO; FREITAS, António Falcão. *Relatório sobre o estado vegetativo persistente*. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf. Acesso em: 10 jul. 2014.

¹³⁹ SENADO FEDERAL. *PLS nº 524/2009*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323. Acesso em: 13 ago. 2014.

O PLS prescreve o direito do paciente a procedimentos terapêuticos que se mostrem cabíveis, a cuidados paliativos e mitigadores do sofrimento, proporcionais e adequados à sua situação.

Grande mérito do Projeto é o de definir os termos técnicos sob debate nesse estudo. “Fase terminal da doença”, “cuidados ordinários”, “procedimentos proporcionais”, “desproporcionais” e “extraordinários” possuem, cada um, sua conceituação.

Assim deixa-se claro que a doença terminal é aquela incurável, em estágio avançado e com prognóstico de ocorrência da morte próxima e inevitável, sem perspectiva de melhora – não há definição temporal.

Cuidados básicos, normais e ordinários, ainda segundo o PLS, seriam aqueles necessários e indispensáveis à manutenção da vida e da dignidade da pessoa. Neste particular, teve o projeto a atenção de exemplificar: a ventilação não invasiva, a alimentação, a hidratação, os cuidados higiênicos e o tratamento da dor seriam todos cuidados ordinários.

Procedimentos proporcionais representariam os meios terapêuticos, paliativos ou mitigadores do sofrimento que respeitam a proporcionalidade entre o investimento e os resultados previsíveis, resultando melhoria da vida do paciente. Os desproporcionais seriam identificados por exclusão, por não preencherem os critérios de proporcionalidade.

Por fim, procedimentos extraordinários se caracterizariam como aqueles procedimentos terapêuticos, ainda que em fase experimental, cuja aplicação comportaria riscos ao paciente.

Apenas os procedimentos desproporcionais e os extraordinários, segundo o PLS, são passíveis de suspensão, em caso de decisão do paciente ou sua família.

O Projeto segue em trâmite e sua última movimentação data do ano de 2013¹⁴⁰. Não se tem, portanto, qualquer lei federal que disponha sobre a matéria, tampouco regra que oriente com precisão esses conceitos. O entendimento

¹⁴⁰ Cf. SENADO FEDERAL. *Tramitação do PLS nº 549/2009*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323. Acesso em: 21 jul. 2014.

médico há de ser aplicado para identificá-los, sendo certo que isso acarreta maior insegurança para todos.

2.2.7.1. *A controvérsia em torno da alimentação e nutrição artificiais (AHA) no caso do paciente em estado vegetativo persistente (EVP)*

Em meio às imprecisões que aqui se menciona, destaque maior merece o estado vegetativo persistente e a discussão pela manutenção ou suspensão da alimentação e hidratação artificiais (AHA).

O estado vegetativo persistente é o quadro clínico em que o paciente mantém suas funções cardiovasculares, respiratórias, renais, termorreguladoras e endócrinas, assim como a alternância sono-vigília, porém não demonstram nenhum tipo de contato com o meio externo e nenhuma atividade voluntária¹⁴¹.

Percebe-se, pela definição, que a pessoa em EVP não está morta, tampouco se está acometida de doença em estágio terminal. A ausência da “terminalidade” tem repercussões de primeira relevância, podendo-se de dizer, de antemão que interferirá na análise do conteúdo das diretivas antecipadas de vontade.

Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto Penalva chamam a atenção para a peculiaridade do EVP aduzindo que ele se caracteriza “por um quadro de estabilidade e de independência de tratamentos mecânicos, pois os únicos suportes vitais que interferem na expectativa de vida do paciente em estado vegetativo persistente são a hidratação e a nutrição”¹⁴².

Segundo ressalta a doutrina, aqueles que defendem a manutenção da AHA nesses casos o fazem amparados na concepção de cuidados paliativos, que

¹⁴¹ VECIANA, Grau JM. Estado vegetativo persistente. Aspectos clínicos. *In: Medicina intensiva*. 2004. Vol. 28, Núm.3.

¹⁴² TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. *In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

sugerem a atenção ao paciente e sua família através de amparo físico, psicológico e espiritual¹⁴³.

Para António Vaz Carneiro, João Logo Antunes e António Falcão Freitas, “a AHA deveria ser considerada uma terapêutica como qualquer outra, entrando no grupo das medidas paliativas, passível portanto de recusa ou interrupção”¹⁴⁴.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de Portugal, emitiu parecer específico sobre o EVP¹⁴⁵. Para o Conselho, a manutenção da alimentação e hidratação artificiais é medida indispensável para a vida do paciente nesse estado clínico. Assim, é um direito do paciente o cuidado básico, incluída, portanto, a AHA.

Gisele Mendes de Carvalho ressalta que, em casos de EVP (bem como em estados terminais), por vezes não é o sofrimento do paciente que torna a situação tormentosa, mas sim o desgaste psicológico dos familiares e os enormes custos dos tratamentos intensivos. Para autora, visões utilitaristas e economicistas devem ser afastadas, prevalecendo o desejo do paciente e sua dignidade humana¹⁴⁶.

Numa proposta intermediária, Laura Scaldaferrri Pessoa acredita que a alimentação e nutrição mecânicas somente são defensáveis enquanto houver dúvida sobre a irreversibilidade da perda da capacidade cognitiva e relacional. Após tempo determinado, identificada a definitividade do quadro, a autora sugere a suspensão das medidas¹⁴⁷.

¹⁴³ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 48.

¹⁴⁴ CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, JOÃO LOBO; FREITAS, António Falcão. *Relatório sobre o estado vegetativo persistente*. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf. Acesso em: 10 jul. 2014. De igual modo: GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A boa morte: ética no fim da vida*. Portugal. Disponível em: <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22105/3/A%20Boa%20Morte%20%20tica%20no%20Fim%20da%20Vida.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

¹⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Parecer nº 45: parecer sobre o estado vegetativo persistente. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055770_P045_ParecerEVP_versaoFinal.pdf. Acesso em: 10 jul. 2014.

¹⁴⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 129-130.

¹⁴⁷ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 119.

Reafirma-se, entretanto, que no estado vegetativo persistente há vida e não há terminalidade. Por via reflexa, a suspensão da AHA ocasiona diretamente a morte do paciente e configurará antecipação da morte. O estudo das consequências desta suspensão se dará em capítulo próprio, após a análise do direito à vida, em torno de debate mais amplo.

3. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL

A investigação acerca dos limites da manifestação da autonomia aplicados às diretivas antecipadas de vontade exige a referência à sua definição e classificações.

A origem estrangeira do conceito e as experiências de alguns países no que toca às diretivas antecipadas têm influxo fundamental na avaliação da regulamentação do tema no Brasil.

A aproximação direta com esse debate permite retornar ao estudo da autonomia para revelar como o ordenamento garante a sua expressão por meio deste instrumento.

3.1. ORIGEM E CONCEITO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A conceituação das diretivas antecipadas de vontade (DAV) é de maior relevância para o aprofundamento do tema. Atualmente, é bastante comum no Brasil, por uma inadequada tradução do termo norte-americano *living will*, que seja feita referência à expressão “testamento vital” como sinônimo de diretivas antecipadas de vontade. Essa equiparação é imprecisa e inadequada, como se pretende pontuar.

Não obstante se registre alguma divergência doutrinária, as diretivas antecipadas de vontade devem ser compreendidas como o conjunto de manifestações prévias feitas de maneira clara e expressa pelo indivíduo acerca das medidas a serem adotadas em caso de quadro clínico que lhe torne incapaz de plena e livre expressão da sua vontade¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Comunga-se, no particular, da mesma compreensão da autora Renata de Lima Rodrigues – não obstante haja divergências quanto a outros aspectos do seu entendimento, a seguir expostos. Nas suas palavras: “Depreendemos, portanto, que diretivas antecipadas, enquanto

As diretivas antecipadas de vontade ganharam forte expressão na década de 1990 nos Estados Unidos, quando da promulgação da *Patient Self-Determination Act (PSDA)*. Desde então, diversos países passaram a editar suas próprias leis disciplinando a matéria. O Brasil não possui lei federal sobre o tema e, na ausência de lei em sentido estrito, o CFM regulamentou a matéria por meio da novel Resolução nº 1995/2012.

Como a origem das DAV remetem aos Estados Unidos, é importante breve digressão ao contexto de criação do diploma, apreendendo-se a intenção do legislador e as razões que inspiraram as normas ao redor do mundo.

3.1.1. O caso Karen Ann Quinlan e o emblemático caso Nancy Beth Cruzan

Na madrugada de 14 para 15 de Abril de 1975, Karen Ann Quinlan voltava da festa de aniversário de seu namorado após ter feito uso combinado de remédios tranquilizantes e grande quantidade de álcool. A combinação fez com que a garota de apenas 22 anos desmaiasse e ficasse por algum tempo sem respirar, ocasião em que colegas tentaram reanimá-la através de respiração boca-a-boca¹⁴⁹.

Conduzida para a emergência do *Newton Memorial Hospital*, em *New Jersey*, Estados Unidos, Karen Ann entrou em estado de coma e nunca mais recobrou a sua consciência. Diante da irreversibilidade do quadro clínico, seus pais buscaram judicialmente a retirada do respirador conectado desde a internação. Para tanto, alegaram perante a Corte local que a sua filha havia

gênero, seriam quaisquer modalidades de documentos que tenham o escopo geral de comunicar à família e/ou ao médico titular do paciente que tipo de cuidados ele gostaria de ter, caso se torne incapacitado de tomar decisões médicas no seu futuro, por exemplo, na hipótese de se encontrar em estado de coma ou acometido de qualquer outra causa psicofísica que lhe reduza ou subtraia seu discernimento para decidir. (RODRIGUES, Renata de Lima. *Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde à vida digna*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos Hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: DelRey, 2013, p. 351).

¹⁴⁹ NEW YORK TIMES. *Karen Ann Quinlan, 31, Dies*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1985/06/12/nyregion/karen-ann-quinlan-31-dies-focus-of-76-right-to-die-case.html?pagewanted=2>. Acesso em: 20 jul. 2014.

declarado em certa oportunidade a preferência pela morte em uma situação como aquela¹⁵⁰.

Embora a Suprema Corte de *New Jersey* tenha autorizado a retirada do aparelho, contrariando as previsões médicas, Karen permaneceu mais uma década viva, vindo a óbito em 11 de Junho de 1985¹⁵¹.

O caso de Karen Ann é apenas uma de algumas histórias que iniciaram o amplo debate sobre as situações de incapacidade de manifestação da autonomia precedidas por declaração informal anterior.

Joaquim Clotet elenca algumas normas que, também nos Estados Unidos, precederam a aprovação da significativa *Patient Self-Determination Act*. Dentre estas, são citadas: a *Natural Death Act*, de 1976, Estado da Califórnia, assegurando o direito do paciente de recusar o tratamento que o mantinha com vida¹⁵²; o informe *Deciding to Forego Life Sustaining Treatment*, de 1983; a resolução da Sociedade Médica de Massachusetts, de 1985, reconhecendo “o direito de autonomia dos pacientes terminais e dos indivíduos em estado vegetativo que tenham manifestado previamente sua vontade de recusar o

¹⁵⁰ NEW YORK TIMES. *Karen Ann Quinlan, 31, Dies*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1985/06/12/nyregion/karen-ann-quinlan-31-dies-focus-of-76-right-to-die-case.html?pagewanted=2>. Acesso em: 20 jul. 2014.

¹⁵¹ PALM BEACH POST. Vol. 77. Nº 87. 136 pgs. West Palm Beach, Florida. 12 jun. 1985. Disponível em: <http://news.google.com/newspapers?id=qwgjAAAIBAJ&sjid=jc4FAAAAIBAJ&pg=4910,299074&dq=karen-ann-quinlan&hl=en>. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁵² A *Natural Death Act* foi promulgada no estado da Califórnia no ano de 1976. Seu texto é, sem dúvida, uma referência para o tema em questão, não tendo sido abordado de maneira mais ampla neste estudo em razão da abrangência estadual da norma, em contraposição à *Patient Self-Determination Act*. A exposição de motivos da Lei é de extrema importância no reconhecimento da autonomia do paciente em face de situações de terminalidade e de estados de inconsciência permanente. A *Natural Death Act* também deve ser destacada por já regulamentar, conceituando de modo claro, as diretivas antecipadas de vontade, especificamente nas suas espécies testamento vital e mandato duradouro (sobre estas, ver a seguir explicação detalhada). A exposição de motivos da lei permite sua adequada compreensão e prevê a necessidade de reconhecer o direito da pessoa adulta a registrar diretivas antecipadas que versem sobre a manutenção ou suspensão de tratamentos de suporte à vida ou da outorga de representação à pessoa que decida sobre o assunto. Transcreva-se trecho da exposição de motivos: “*In recognition of the dignity and privacy which patients have a right to expect, the legislature hereby declares that the laws of the state of Washington shall recognize the right of an adult person to make a written directive instructing such person's physician to withhold or withdraw life-sustaining treatment in the event of a terminal condition or permanent unconscious condition. The legislature also recognizes that a person's right to control his or her health care may be exercised by an authorized representative who validly holds the person's durable power of attorney for health care*” (WASHINGTON STATE LEGISLATURE. *Natural Death Act*. Disponível em: <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=70.122.010>. Acesso em 23 jul. 2014).

tratamento, incluído o uso da hidratação parenteral e alimentação enteral por sondas entéricas”; a orientação do Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana, de 1986, declarando não ser antiética a suspensão de medidas que sustentem a vida em casos de irreversibilidade¹⁵³.

Não obstante, nenhuma dessas normas ou situações alcançou maior dimensão e consequência prática do que o caso de Nancy Beth Cruzan.

Em 11 de janeiro de 1983, Nancy Beth Cruzan dirigia da fábrica de queijos em Carthage, no estado de Missouri, Estados Unidos, para a sua casa, quando se envolveu em grave acidente de carro. Arremessada para fora do automóvel, Nancy foi encontrada de bruços numa vala, tendo ficado sem respirar por cerca de quinze minutos. Encontrada sem sinais vitais, foi reanimada por paramédicos, que conseguiram trazê-la de volta à vida, mas com graves danos cerebrais.

Internada em um hospital público de Missouri, Nancy Cruzan se ingressou em estado vegetativo persistente (EVP), com atividade cerebral suficiente para respirar sem a ajuda de aparelhos e responder a estímulos¹⁵⁴. Durante os oito anos em que permaneceu nessas condições, foram registradas convulsões e vômitos, tendo a paciente aberto e movido os olhos algumas vezes, porém sem sinais de reconhecimento dos seus familiares¹⁵⁵.

¹⁵³ CLOTET, Joaquim. *Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da the patient self-determination act*. In: Revista Bioética. Vol. 1, n. 2. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494/311. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁵⁴ O estado de saúde de Nancy Cruzan foi assim descrito pelo tribunal: “(1) *Her respiration and circulation are not artificially maintained and are within the normal limits of a thirty-year-old female;* (2) *she is oblivious to her environment except for reflexive responses to sound and perhaps painful stimuli;* (3) *she suffered anoxia of the brain resulting in a massive enlargement of the ventricles filling with cerebrospinal fluid in the area where the brain has degenerated and [her] cerebral cortical atrophy is irreversible, permanent, progressive and ongoing;* (4) *her highest cognitive brain function is exhibited by her grimacing perhaps in recognition of ordinarily painful stimuli, indicating the experience of pain and apparent response to sound;* (5) *she is a spastic quadriplegic;* (6) *her four extremities are contracted with irreversible muscular and tendon damage to all extremities;* (7) *she has no cognitive or reflexive ability to swallow food or water to maintain her daily essential needs and . . . she will never recover her ability to swallow sufficient [sic] to satisfy her needs. In sum, Nancy is diagnosed as in a persistent vegetative state. She is not dead. She is not terminally ill. Medical experts testified that she could live another thirty years.*”. Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/cruzan.html>. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁵⁵ LWEIN, Tamar. *Nancy Cruzan dies, outlived by a debate over the right to die*. The New York Times. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/12/27/us/nancy-cruzan-dies-outlived-by-a-debate-over-the-right-to-die.html>. Acesso em: 15 jul. 2014.

Quatro anos após o acidente, os pais de Nancy Cruzan resolveram solicitar a suspensão da hidratação e o desligamento do tubo de alimentação que a mantinha viva. O hospital público se opôs ao pedido dos genitores, que então recorreram à justiça. A partir de então, foi determinado um curador para atender aos interesses da paciente¹⁵⁶.

No primeiro momento, o tribunal local entendeu assistir direito aos pais de Nancy. A decisão se fundava na alegação dos genitores de que a sua filha havia, de forma oral, pronunciado o seu desejo de não permanecer em estado vegetativo caso isso viesse a lhe ocorrer.

Ocorre que o curador designado apresentou recurso de apelação, tendo a Suprema Corte do Estado de Missouri revertido a decisão de suspensão da hidratação e nutrição da paciente.

Para tanto, a corte estadual apreciou o conceito de consentimento informado e aplicou um critério mais rígido de prova¹⁵⁷, rejeitando a declaração que Nancy Cruzan teria dado a um amigo. Segundo os magistrados, a conversa da paciente fora uma reação genérica a situações alheias e não posicionamento específico sobre a sua recusa em caso de estado vegetativo persistente¹⁵⁸.

A batalha judicial se encerrou apenas após decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos. Declarou-se, na ocasião, ser a primeira vez que a Corte se deparava com o “direito de morrer”¹⁵⁹, razão pela qual foram invocados diversos precedentes envolvendo o consentimento informado e a recusa a tratamentos médicos.

Em decisão dividida, por cinco votos a quatro, assegurou-se o pedido dos pais de Nancy Cruzan e, por via reflexa, o direito à manifestação prévia do indivíduo acerca do tratamento – ou suspensão dele – em situações em que sua

¹⁵⁶ LOUISIANA STATE UNIVERSITY. *The Missouri Supreme Court Ruling*. Disponível em: <http://biotech.law.lsu.edu/Books/lbb/x335.htm>. Acesso em: 05 jul. 2014.

¹⁵⁷ O critério utilizado geralmente em julgamentos civis é o “*preponderance-of-the-evidence*”, segundo o qual a qualidade e não a quantidade das evidências prepondera como regra decisória. A importância do bem envolvido no caso Nancy era tamanha que os tribunais optaram pela adoção de outra regra de julgamento, conhecida como “*clear-and-convincing-evidence*”. Este padrão é mais rigoroso do que aquele primeiro, por isso utilizado geralmente em processos civis em que se discute liberdade individual. Ressalte-se que este critério é mais brando do que o empregado em casos criminais, aos quais se aplica o “*beyond-a-reasonable-doubt*”. (Cf. GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 9.ed. USA: Thomson Reuters, 2009, p. 636; 1380)

¹⁵⁸ <http://biotech.law.lsu.edu/Books/lbb/x335.htm>

¹⁵⁹ <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/cruzan.html>

vontade não podia ser expressa. A esta altura, o caso Nancy Cruzan já havia ganhado repercussão nacional, instaurando debate acalorado sobre as DAV, com protestos¹⁶⁰ e vigílias em frente ao hospital em que ela estava internada.

Em 14 de dezembro de 1990, foi autorizada a suspensão dos procedimentos de hidratação e nutrição, sendo prevista a morte dentro de um período de duas semanas. Em 26 de dezembro do mesmo ano, Nancy Cruzan veio a óbito.

3.1.2. Principais disposições da *Patient Self-Determination Act of 1990*

No início da década de 90, sob os influxos da inédita discussão judicial levada à Suprema Corte dos Estados Unidos pelo caso Nancy Beth Cruzan, o Congresso publicou a *Patient Self-Determination Act of 1990*¹⁶¹ (PSDA). A lei federal, de autoria dos senadores J. C. Danforth e D. P. Moynhan entrou em vigor em 1º de Dezembro de 1991.

A redação da PSDA é clara, devendo ser apreciada em seus detalhes a fim de estabelecer o panorama originário tido como referência para normas publicadas em outros países. Sua importância, segundo a doutrina, está em ter redefinido a posição do paciente, inserindo-o como partícipe do processo decisório e atribuindo-lhe direitos¹⁶².

A lei sob comento determina que hospitais, centros de saúde, agências de saúde domiciliar e programas de cuidados paliativos mantenham políticas e procedimentos escritos em relação a todos os pacientes em atendimento médico¹⁶³. É dever dessas instituições, nesse sentido, informar-lhes sobre seus direitos de acordo com a lei do Estado, permitindo-lhes decidir sobre a

¹⁶⁰ Quando da decisão da Suprema Corte, há registros de pessoas que tentaram entrar no quarto de Nancy Cruzan para religar o tubo de alimentação, tendo sido então detidos por esta conduta. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/12/27/us/nancy-cruzan-dies-outlived-by-a-debate-over-the-right-to-die.html>. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁶¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Paciente Self-Determination Act of 1990*. Disponível em: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.4449.IH.>. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁶² SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Delrey, 2012, p. 82.

¹⁶³ Nota-se que a lei federal não faz referência expressa aos médicos individuais.

assistência médica desejada, incluído o direito de aceitar ou rejeitar tratamento médico ou cirúrgico¹⁶⁴.

A Associação Americana de Advogados, em esclarecimento à PSDA, resume em quatro as obrigações básicas das instituições de saúde:

Fornecer, no momento da admissão do paciente, um resumo escrito sobre: seus direitos de decidir sobre os cuidados médicos, nos termos da legislação estadual; as políticas do estabelecimento referentes às diretivas antecipadas; Perguntar ao paciente sobre a existência de alguma diretiva antecipada e documentá-la nos seus registros médicos; Orientar seus funcionários e a comunidade sobre as diretivas antecipadas; nunca discriminar um paciente em função de ter ou não uma diretiva antecipada, sendo ilegal requerer que se tenha ou não uma diretiva antecipada.¹⁶⁵

Como se verifica, a legislação federal norte-americana pioneira no tratamento das diretivas antecipadas concebeu a regulamentação da matéria associada a um dever geral de informação e transparência. Somente neste contexto se torna possível a manifestação da autonomia do paciente. É direito deste saber da possibilidade de expressar sua vontade em caso de incapacidade superveniente, vinculando-se os centros médicos a abordá-lo para, sem constrangimento, indagar acerca da possível existência de diretivas – formuladas ou a formular.

A PSDA é ainda mais específica no ponto em que de fato institui as diretrizes antecipadas¹⁶⁶. Com efeito, reconhece o diploma norte-americano “o direito de formular diretrizes antecipadas relativas à prestação de cuidados em

¹⁶⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Patient Self-Determination Act of 1990*. Disponível em: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.4449.IH>. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁶⁵ “1. Give you at the time of admission a written summary of: your health care decision-making rights (Each state has developed such a summary for hospitals, nursing homes, and home health agencies to use, the facility's policies with respect to recognizing advance directives; 2. Ask you if you have an advance directive, and document that fact in your medical record if you do. (It is up to you to make sure they get a copy of it); 3. Educate their staff and community about advance directives; 4. Never discriminate against patients based on whether or not they have an advance directive. Thus, it is against the law for them to require either that you have or not have an advance directive”. Tradução nossa. Disponível em: http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_issues_for_consumers/patient_self_determination_act.html. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁶⁶ A *Patient Self-Determination Act of 1990* emprega a expressão “advance directives”. Ao longo do estudo, será utilizada a expressão diretivas antecipadas e diretivas antecipadas de vontade (DAV), sem que haja qualquer distinção entre ambas.

caso de incapacidade”. Ato contínuo, a lei aponta instrumentos de duas ordens¹⁶⁷:

- (a) promovidos pelo próprio paciente, aí incluída a nomeação de um agente ou substituto para tomar decisões em seu nome do paciente e o fornecimento de instruções escritas acerca dos cuidados de saúde do indivíduo;
- (b) promovidas pelo centro médico, através da inquirição periódica acerca dos desejos do paciente, documentando-os no prontuário respectivo.

A doutrina especializada¹⁶⁸ classifica as formas de efetivação das *advance directives* em três: a manifestação explícita da própria vontade (MEPV)¹⁶⁹, denominada “*living will*”; o poder permanente do responsável legal ou curador para o cuidado da saúde (PRCS – *durable power of attorney*); decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico (DACM – *advance care medical directive*).

A esta altura, constata-se que as diretivas antecipadas são um gênero do qual são espécies modalidades determinadas de manifestação da autonomia, sendo o testamento vital, sem dúvida, o instrumento mais genuíno da expressão da vontade do indivíduo.

¹⁶⁷ As duas primeiras formas de instrumentalizar as diretivas se depreendem do seguinte trecho original em inglês: “(i) to inform such individuals of an individual's rights under State law (whether statutory or as recognized by the courts of the State) to make decisions concerning such medical care, including the right to accept or refuse medical or surgical treatment and the right to formulate advanced directives recognized under State law relating to the provision of care when such individuals are incapacitated (such a directive in this subparagraph referred to as an ‘advanced directive’), such as through--(I) the appointment of an agent or surrogate to make health care decisions on behalf of such an individual, and (II) the provision of written instructions concerning the individual's health care (including instructions for the disposition of organs)”. A terceira e última forma, segundo se entende, encontra-se positivada nos seguintes termos, extraídos do texto da lei norte-americana: “(ii) to inquire periodically (and to document in the individual's medical record) whether or not the individual has executed an advanced directive and to document in such record the individual's wishes (if any) with respect to such medical care”. (Disponível em: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.4449.IH>. Acesso em 22 jul. 2014).

¹⁶⁸ ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital. In: Revista Bioética. Centro Universidade São Camilo: 2013, p. 259-270; RODRIGUES, Renata de Lima. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde à vida digna. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos Hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: DelRey, 2013, p. 351; CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da the patient self-determination act. In: Revista Bioética. Vol. 1, n. 2. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494/311. Acesso em: 10 jul. 2014; CAMATA, Gerson. Em defesa da ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 146.

¹⁶⁹ A autora não emprega a sigla.

Não se quer dizer, com isso, que os demais mecanismos sejam menos úteis ou relevantes. Ao revés, como pondera Renata de Lima Rodrigues “[...] as diretivas antecipadas, em todas as suas modalidades, podem se revelar como poderoso instrumento promocional de uma série de situações jurídicas existenciais diretamente ligadas à dignidade da pessoa humana”¹⁷⁰.

É ponto fulcral deste estudo compreender quais situações podem, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, ser objeto das diretivas antecipadas de vontade. Impende destacar que a PSDA não serve de modelo nesse aspecto, porque, em que pese conceitue e especifique as diretivas antecipadas, a lei norte-americana não prevê em quais hipóteses clínicas são elas aplicáveis.

Não se trata, ressalve-se, de falha do diploma estrangeiro. Ao revés, esta “lacuna”, acredita-se, significa um respeito à autonomia legislativa dos estados norte-americanos. À lei federal coube regulamentar a possibilidade de o indivíduo registrar suas diretivas antecipadas, enquanto leis estaduais conferirão maior ou menos amplitude a elas.

Apontada essa característica da legislação referência sobre a matéria, deve-se passar à análise de cada um dos instrumentos de expressão das diretivas antecipadas de vontade (DAV), verificando seu conceito, sinônimos e características. Para tanto, recorre-se à conceituação enunciada por Joaquim Clotet¹⁷¹, complementando-a sempre com a análise crítica de diplomas normativos e de outras referências¹⁷².

¹⁷⁰ RODRIGUES, Renata de Lima. Op. cit., p. 356-357.

¹⁷¹ CLOTET, Joaquim. *Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da the patient self-determination act*. In: Revista Bioética. Vol. 1, n. 2. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494/311. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁷² Rejeita-se, deste modo, o entendimento de Renata de Lima Rodrigues, segundo quem: “[...] diretivas antecipadas não são um gênero, mas a natureza mesma de todos os negócios jurídicos unilaterais que, independente de sua forma ou de suas formalidades, tenham como finalidade os cuidados futuros com a saúde em caso de incapacidade – leia-se, falta de discernimento –, e que sejam hábeis a garantir e valorizar as escolhas autônomas de todo indivíduo em relação ao trato de seu corpo, saúde e vida digna” (RODRIGUES, Renata de Lima. Op. cit., p. 353).

3.1.2.1. *A Manifestação Explícita da Própria Vontade (MEPV), living will ou testamento vital*

A Manifestação Explícita da Própria Vontade (MEPV) engloba o tratamento médico que seria desejado (incluindo-se a recusa a medidas específicas), em situações de inconsciência em geral, assim compreendidas a impossibilidade de comunicação entre médico e paciente.

Segundo o autor Joaquim Clotet, “Esta é a forma mais generalizada para fazer, manter e tomar efetivas decisões sobre futuros estados de saúde com incapacidade de decisão”¹⁷³.

A MEPV é sinônimo do *living will*. Como referido, esta expressão ganhou notoriedade e espalhou-se por diversos países, sendo traduzida, no Brasil, como “testamento vital”. É dever anotar, contudo, que a tradução guarda algumas impropriedades em relação ao instituto do testamento tal qual previsto na codificação brasileira. Nesse sentido, Cristiane Avancine Alves:

Torna-se interessante perceber que a expressão *living will* não pode ser literalmente traduzida para a língua portuguesa, pois *will* pode indicar tanto o desejo de algo que se queira que aconteça no futuro, bem como se constituir no documento em que se declara qual o destino que se deseja dar aos próprios bens¹⁷⁴.

Apesar da impropriedade terminológica, essa denominação vem sendo empregada largamente. Vez ou outra, contudo, ela é referida como gênero, razão pela qual é oportuno fincar a seguinte adequação conceitual: o “testamento vital”,

¹⁷³ CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da the patient self-determination act. In: Revista Bioética. Vol. 1, n. 2. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494/311. Acesso em: 10 jul. 2014.

¹⁷⁴ A autora complementa o seu raciocínio: “se no testamento civil temos disposições que irão valer para depois da morte, nas ‘diretivas antecipadas de vontade’ temos disposições referentes a atos anteriores à morte. A pessoa que decide documentar, por escrito, sua vontade quanto ao tratamento que quer receber em estado de inconsciência, expressa essa mesma vontade em vida. Portanto, e logicamente, não após a sua morte. Essa percepção revela-se na elaboração de leis que regulamentam a atuação dos profissionais da saúde quanto à aplicabilidade de documento que ateste essa vontade” (ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital. In: Revista Bioética. Centro Universidade São Camilo: 2013, p. 259-270).

living will, ou MEPV representa apenas uma das formas de diretivas antecipadas de vontade¹⁷⁵.

Em termos legais, aponta-se como origem primeira do testamento vital a *Natural Death Act*, lei do estado da Califórnia, Estados Unidos, do ano de 1976¹⁷⁶.

A *Natural Death Act* não alcançou a mesma dimensão que a *Patient Self-Determination Act* basicamente em razão do caráter estadual da lei e por sua precedência em relação ao emblemático “caso Nancy Cruz”, já mencionado. Todavia, é inegável a sua contribuição para a compreensão do testamento vital, dada a clareza com que o tema foi positivado há cerca de quatro décadas.

O grau de elaboração da lei estadual californiana é tamanho que o diploma constava com um modelo de *health care directive*, além de conceituar diversas expressões relevantes para a correta aplicação da manifestação antecipada de vontade da pessoa acometida de incapacidade superveniente¹⁷⁷.

Feita estas observações, insiste-se que o testamento vital é o instrumento que melhor alberga os anseios da pessoa capaz de se expressar, assegurando-lhe da maneira mais segura o registro da sua vontade para que o profissional de saúde possa atendê-la em momento posterior.

O *living will* abre a possibilidade de afastar o dilema familiar em saber qual a melhor decisão a ser tomada quando o indivíduo já não pode indicá-la. Elimina também a imposição do desejo dos familiares, priorizando a vontade da própria pessoa. Ernesto Lippmann adverte nesse sentido:

[...] a elaboração do testamento vital garantirá uma decisão familiar mais tranquila e harmônica, em um momento de saúde debilitada. Afinal, uma das grandes angústias e fontes de desavenças familiares entre aqueles que têm uma pessoa queria em estado terminal é a questão de até que altura se deve investir na terapia do paciente, e quais são, de fato suas, vontades¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Recorde-se que, até este ponto, a análise feita se refere à lei norte-americana (PSDA).

¹⁷⁶ Nesse sentido, Cf. VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 121.

¹⁷⁷ Conferir, a este respeito, o endereço virtual do Poder Legislativo de Washington: <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=70.122.030>. Acesso em: 23 jul. 2014.

¹⁷⁸ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 22.

Recordando a distinção feita na obra de Kant entre autonomia e heteronomia, o testamento vital rejeita veementemente este último modelo. Confere-se à própria pessoa o poder de ditar seu futuro, através da opção pelos procedimentos médicos a serem adotados diante de circunstâncias incapacitantes.

Confrontando a manifestação explícita da própria vontade (MEPV) do paciente com os ensinamentos da bioética apresentados por Beauchamp e Childress, nota-se que esta espécie de DAV privilegia o modelo denominado da autonomia pura.

Inserido no conjunto dos chamados “modelo de decisão substituta”, o modelo ou critério da autonomia pura é útil para pacientes que previamente manifestaram uma decisão ou preferência autônoma relevante. Tragam-se à baila as palavras dos autores:

Se devem respeitar as decisões autônomas que os pacientes incapazes previamente capazes tomaram no passado sobre questões que se referiam a si mesmos. Exista ou não uma diretiva prévia, os juízos autônomos prévios devem ser respeitados. (Sempre que sejam conhecidos, não simples conjecturas, e tenham relação direta com a situação que se está contemplando)¹⁷⁹⁻¹⁸⁰.

Apenas para distinguir com um exemplo, aponte-se que o caso citado da jovem Karen Ann Quinlan definitivamente não traduz situação de aplicação da autonomia pura. Não havendo registro ou conhecimento expresso e específico sobre o desejo da garota caso se encontrasse em estado vegetativo persistente, a decisão tomada pelos juízes norte-americanos (de desligamento do aparelho respirador) se apoiou em modelo diverso, conhecido como julgamento substituto.

¹⁷⁹ Tradução livre do original: “*Se deben respetar las decisiones autónomas que los pacientes incompetentes previamente competentes tomaron en el pasado sobre cuestiones que se referían a sí mismos. Exista o no una directiva previa, los juicios autonómicos previos deben ser respetados. (Siempre que estos juicios sean conocidos, no simples conjeturas, y tengan relación directa con la situación que se está contemplando.)*”. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Masson, S.A, 1998, p. 165.

¹⁸⁰ Segundo Wolfgang Frisch, o entendimento do paciente deve ser atendido ainda que quem avalia a situação o considere irracional (FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas, p. 98. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nºs 1 e 2, p. 67-114, ano 14, jan./jun., 2004. Coimbra: Coimbra Editora, 2004). Pontue-se que o autor manifesta essa posição ao apreciar o consentimento nas intervenções médico-cirúrgicas e não as diretivas antecipadas de vontade.

Por fim, anote-se que o testamento vital pode ser cumulado com a nomeação de um procurador, no que se convencionou chamar de “mandato duradouro”, abaixo estudado. Entende-se, contudo, que a designação de alguém específico para fazer cumprir os desígnios do paciente não é essencial para a validade do *living will*¹⁸¹⁻¹⁸².

A figura do mandatário no testamento vital não encontra previsão na PSDA, tampouco na resolução brasileira que cuida do tema, a Resolução nº 1.995/2012¹⁸³. Não obstante, a estipulação de um procurador não é vedada por nenhuma das normas.

Em suma, acredita-se que a instituição de um representante, no testamento vital, é elemento acessório, conquanto se reconheça a sua relevância e a conveniência de sua indicação, máxime pela celeridade e segurança que pode conferir ao cumprimento da vontade do paciente.

3.1.2.2. *O poder permanente do Procurador Responsável para o Cuidado da Saúde (PRCS), durable power of attorney ou mandato duradouro*

Segunda espécie de diretiva antecipada mencionada na PSDA, o Procurador Responsável para o Cuidado da Saúde (PRCS), em inglês conhecido como *durable power of attorney*, é retratado como modalidade de simples compreensão.

O PRCS “responde à pergunta: quem é que vai agir como responsável pelo paciente? A resposta vai determinar a pessoa à qual o médico deverá encaminhar-se para obter o consentimento informado e assim tomar as decisões cabíveis”¹⁸⁴.

¹⁸¹ Entendendo ser “indispensável que o testamento vital designe pelo menos um responsável”, cf. LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 39.

¹⁸² Comunga-se, no particular, com o entendimento de Luciana Dadalto (DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 88).

¹⁸³ O diploma ético será estudado em momento oportuno, mas registre-se que a figura do procurador foi prevista na Resolução. O que não encontra previsão é, especificamente, o mandatário para o testamento vital. Por outro lado, não há qualquer dispositivo que o impeça.

¹⁸⁴ CLOTET, Joaquim. *Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da the patient self-determination act*. In: Revista Bioética. Vol. 1, n. 2. Disponível em:

O PRCS é conhecido na doutrina brasileira como “mandato duradouro”. Enquanto mandato, rege-se, a princípio, pelas normas constantes do Título V, Capítulo X, do Código Civil, que disciplinam os contratos jurídicos em geral e incluem dentre eles o contrato de mandato.

Naturalmente, é preciso emprestar ao diploma codificado hermenêutica compatível com todas as peculiaridades que circundam este instrumento das diretivas antecipadas de vontade, especialmente o seu caráter não-patrimonial.

Ressalva feita, pode-se afirmar que mandato duradouro é um negócio jurídico em que se identificam duas partes muito claras: a figura do outorgante ou mandante e do outorgado ou mandatário. No âmbito específico das diretivas antecipadas, outorgante é a pessoa que deseja nomear terceiro para cumprir sua vontade em momento posterior de incapacidade; outorgado, a pessoa nomeada para tanto.

Em incursão pela disciplina geral da representação no Código Civil, Maria Nevares e Vencelau Meires apontam algumas dificuldades quanto à eficácia deste instrumento¹⁸⁵.

Caracterizando-se o mandato duradouro como a representação voluntária diante da incapacidade superveniente, haveria conflito entre a sua previsão e o art. 682, II, do CC-2002. Segundo este dispositivo, ocorreria a cessação do mandato em razão da interdição de uma das partes e, como assevera parte da doutrina civilista, não seria possível representar aquele que não tem poderes para agir por si mesmo.

Esta regra, analisada isoladamente, implicaria, por conseguinte, a inviabilidade do manejo do mandato duradouro.

Não obstante, em interpretação sistemática do *Codex*, sobretudo das normas gerais atinentes ao negócio jurídico, as autoras acabam por concluir pela sua admissibilidade, prelecionando:

No caso de poderes de representação conferidos para defesa de interesses existenciais em hipótese de incapacidade

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494/311. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁸⁵ NEVARES, Ana Luiz Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o direito de testar. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 91-98.

superveniente, a incapacidade não funciona como causa extintiva da representação, mas, ao contrário, como causa aquisitiva. Se o direito brasileiro admite a defesa de interesses da pessoa mesmo após a sua morte, com a valorização a vontade do testador na sucessão testamentária, o ordenamento não teria coerência se não se pudesse valorizar a vontade da pessoa ainda viva, mas portadora de enfermidade que a tornou incapaz civilmente.¹⁸⁶

A conclusão das autoras, acima transcritas, vai ao encontro do que já foi observado o abordar a visão da autonomia no âmbito do direito civil. Naquela oportunidade, reportou-se ao aparecimento de situações existenciais como objeto de relações jurídicas. De modo mais simples, o que se registra é que a complexidade da vida moderna (ou hipermoderna¹⁸⁷) reclama não só novas normas, mas também atualizada apreciação dos dispositivos já existentes.

Superado o aparente impasse no âmbito da legislação estritamente civil sobre o tema, urge afirmar que o mandato duradouro se afigura legítima forma de expressão da autonomia individual. Através dele, viabiliza-se também a manifestação dos desejos da pessoa, contudo alguns aspectos remanescem delicados diante do PRCS.

O *durable power of attorney* transfere para terceiro a responsabilidade decisória sobre os cuidados a serem tomados na situação de incapacidade do paciente. Esta opção representa clara adesão ao modelo de julgamento substituto, também descrito por Beauchamp e Childress em sua obra “Princípios da Ética Biomédica”.

O modelo de julgamento substituto expõe a incapacidade de decisão por parte do paciente, mas reafirma o seu direito de decidir. Por isto, “seria injusto privar a um paciente incapaz de seu direito de decidir simplesmente por que agora não seja (o nunca tenha sido) autônomo. Assim, se o paciente é incapaz de tomar uma decisão autônoma, deve designar um substituto”¹⁸⁸.

A escolha do procurador, ou substituto, deve ser extremamente cuidadosa. Há de se ter em vista que a decisão tomada por ele é feita à luz da autonomia

¹⁸⁶ NEVARES, Ana Luiz Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Op. cit., p. 91-98.

¹⁸⁷ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

¹⁸⁸ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 163.

do seu outorgante, pessoa que lhe confiou os poderes decisórios futuros¹⁸⁹. Será importante evitar, assim, qualquer pessoa que tenha limitações pessoais éticas e/ou religiosas para o cumprimento da vontade do paciente. Alguém que tem como princípio a vida como bem absoluto e dom divino, por exemplo, pode ter restrições na hora de fazer valer a autonomia do paciente enfermo, ainda que ciente dos seus interesses.

Conquanto possa parecer contraditório, a opção por alguém com vínculo familiar, muitas vezes uma vantagem na escolha do mandatário, pode ser um fator complicador. O apego decorrente da estreita relação pode dificultar no momento de atender a decisão do parente incapacitado, prejudicando assim a vontade do outorgante¹⁹⁰.

Retornando ao ordenamento jurídico positivado, não se pode olvidar que o mandato está inserido no rol dos contratos jurídicos e, nessa condição, é negócio jurídico bilateral. Assim, mesmo tendo como objeto a relevante decisão sobre os cuidados médicos na hipótese da incapacidade, afigura-se possível a recusa do mandatário na aceitação deste mister.

Por outro lado, o mandato se reputa aceito ainda que de maneira tácita, o que se depreende do começo da sua execução¹⁹¹. A partir deste momento, opera-se o dever do mandatário, sendo inclusive passíveis de indenização quaisquer atos que prejudiquem a vontade expressa pelo paciente¹⁹².

Ernesto Lippmann aborda o tema das diretivas de maneira prática, com preocupações que concernem mais diretamente à sua execução. Lippmann se refere ao “procurador dos cuidados de saúde” como o responsável por executar o testamento vital. Embora, como visto, o PCRS não esteja vinculado

¹⁸⁹ Como referido por Beauchamp e Childress, o outorgado deve ser alguém que “se vista com as roupas do incapaz”. (Ibid., loc. cit.)

¹⁹⁰ Nesse sentido: “Assim, nomear o cônjuge, os filhos, ou os pais é razoável, devido à proximidade e ao afeto que os une ao paciente, mas, de outro lado, é perigoso, pois estas pessoas possuem valores próprios, que podem diferir dos pacientes, além da proximidade para com estes, o que pode dificultar a tomada de decisões” (DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 87)

¹⁹¹ Nesse sentido o art. 659 do Código Civil: “A aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução”.

¹⁹² O art. 667 e seguintes do Código Civil dispõem sobre as obrigações do mandatário, referindo-se o primeiro dos dispositivos sobre o seu dever de indenização: “O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”.

necessariamente à existência do *living will*, as observações feitas pelo autor quanto à escolha do mandatário são dignas de nota.

A primeira observação se refere à escolha de pelo menos dois procuradores – e não um apenas – para cumprimento dos desejos do mandante. As demais recomendações foram abaixo enumeradas¹⁹³:

- (i) deve-se verificar se os mandatários possuem condições de decidir com firmeza quando chegado o momento para fazer valer a vontade do paciente;
- (ii) os escolhidos devem ser consultados previamente e estar plenamente envolvidos com a decisão do outorgante;
- (iii) a escolha deve recair não só sobre uma pessoa na qual se confie plenamente, como também sobre alguém que, pelos seus valores religiosos e morais, se sinta confortável com os anseios do paciente;
- (iv) o procurador deve ser maior de idade e alguém mais jovem;
- (v) não é recomendável que os procuradores sejam pessoas possivelmente beneficiadas com herança ou quaisquer valores por parte do paciente;
- (vi) por questões éticas, veda-se que seja procurador um médico da equipe responsável pelos cuidados do paciente¹⁹⁴.

3.1.2.3. *A Decisão ou ordem Antecipada para o Cuidado Médico (DACM), advance care medical directive ou diretiva do centro médico avançado*

Na divisão proposta neste trabalho, encerram os instrumentos de manifestação das DAV a chamada Decisão ou ordem Antecipada para o Cuidado Médico (DACM).

Trata-se, sem dúvida, da espécie de diretiva menos explorada na literatura. Por essa razão, transcreve-se Joaquim Clotet, que assim leciona:

¹⁹³ Foram feitas as necessárias adaptações ao entendimento do autor, tendo em vista que, como dito, o enfoque dado se refere ao procurador especificamente como realizador da manifestação explícita da própria vontade, ou testamento vital.

¹⁹⁴ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 40-41.

Por meio de uma DACM é a pessoa que, depois de consultar com seu médico, familiares ou outras pessoas, decide de forma precisa a classe de atendimento ou cuidados que quer ou não quer receber no futuro estado de paciente terminal. O mesmo indivíduo pode, também indicar um curador ou pessoa responsável a fim de que este possa ajudar na interpretação e aplicação das decisões já tomadas ou na resolução de novos problemas¹⁹⁵.

Outros autores já qualificam o *advance care medical directives* como instrumento pelo qual “o paciente estabelece os procedimentos a que não quer se submeter e nomeia um representante. Reputam ser este um documento mais completo, voltado para pacientes terminais¹⁹⁶.

Em que pese a conceituação dos autores, não se visualiza de modo claro, na redação da *Patient Self-Determination Act of 1990* a previsão desta espécie de DAV.

Não obstante – e em certa medida -, a decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico pode ser depreendida da lei federal norte-americana quando prescreve como dever dos centros médicos (aqui incluídos desde hospitais a centros de cuidados paliativos) “inquirir periodicamente (e documentar no prontuário do indivíduo) se o indivíduo executou uma diretiva antecipada e documentar os desejos individuais (caso haja) relativos a esses cuidados médicos”¹⁹⁷.

Gerson Camata, sinteticamente, entende que esta espécie de DAV ocorre quando o paciente deixa um documento escrito, elaborado após consulta detalhada com médico especializado, registrando assim seu desejo posterior¹⁹⁸. O contato com o médico é fundamental para a preservação do consentimento informado, cuja noção será abordada em seguida.

¹⁹⁵ CLOTET, Joaquim. *Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da the patient self-determination act*. In: Revista Bioética. Vol. 1, n. 2. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494/311. Acesso em: 22 jul. 2014

¹⁹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Delrey, 2012, p. 82.

¹⁹⁷ Tradução livre do texto legal: “[...] *to inquire periodically (and to document in the individual's medical record) whether or not the individual has executed an advanced directive and to document in such record the individual's wishes (if any) with respect to such medical care*”. Disponível em: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.4449.IH>. Acesso em: 24 jul. 2014.

¹⁹⁸ CAMATA, Gerson. Op. cit., p. 146. Aponte-se que o autor entende que as diretivas antecipadas são voltadas à decisões realizáveis em caso de terminalidade, o que, *data venia*, não se vislumbra na lei norte-americana.

Pelas compreensões transcritas acima, a DACM é manifestação híbrida, que se enquadraria tanto no modelo de autonomia pura quanto no modelo de julgamento substituto.

Quanto às decisões tomadas de maneira esclarecida e então previamente manifestadas perante familiares, amigos ou mesmo profissionais da área de saúde, a autonomia pura prevaleceria; quanto à “resolução de novos problemas”, aqui já se faria presente o modelo do julgamento substituto, na medida em que a decisão a ser tomada pelo incapaz enfrenta situações não previstas por ele, logo não decididas.

3.1.3. O consentimento informado e as diretivas antecipadas de vontade

O debate sobre o consentimento informado se insere no contexto da relação médico-paciente e é de fundamental importância para o exercício da autonomia do indivíduo¹⁹⁹. A expressão “consentimento” deriva do latim “*com*” - “*sentire*”, significando, portanto, concordância, assentimento, permissão. Indica, assim, conformidade com o que é pedido ou desejado²⁰⁰.

Segundo o *Black’s Law Dictionary*, consentimento informado (*informed consent*) significa

Escolha consciente do paciente sobre um tratamento ou procedimento médico, feito depois de um médico ou outro profissional de saúde prestador de cuidados de saúde fornecer qualquer informação que um profissional razoavelmente prudente na comunidade médica daria a um paciente sobre os riscos envolvidos no tratamento ou procedimento proposto²⁰¹

Segundo Beauchamp e Childress, o debate sobre o consentimento informado se tornou um dos temas centrais da ética biomédica após a divulgação

¹⁹⁹ Sobre o consentimento informado e as intervenções biomédicas, cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Considerações jurídico-penais acerca das intervenções biomédicas. *In*: IBCCRIM, boletim 166, 2006. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/196-166---Setembro---2006. Acesso em: 05 ago. 2014.

²⁰⁰ LEINO-KILPI et ali. *Patient’s autonomy, privacy and informed consent*. Biomedical and Health Research. Amsterdam: IOS press, 2000, p. 110.

²⁰¹ Tradução livre: “A patient’s knowing choice about a medical treatment or procedure, made after a physician or other healthcare provider discloses whatever information a reasonably prudent provider in the medical community would give to a patient regarding the risks involved in the proposed treatment or procedure” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 9.ed. USA: Thomson Reuters, 2009, p. 346).

das experiências médicas realizadas nos campos de concentração nazifascistas²⁰². A reflexão sobre o consentimento é, sem dúvida, uma reação natural às atrocidades cometidas no curso das pesquisas feitas sobre humanos - cuja autonomia foi completamente anulada através de recursos como a coação, a força física e a fraude.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi publicado o Código de Nuremberg, em 1947, estabelecendo um conjunto de princípios éticos direcionados à pesquisa em humanos. O documento representa um marco pelo reposicionamento (ou seria posicionamento?) da autonomia do indivíduo em face das pesquisas médicas. A transcrição do primeiro artigo do Código deixa clara a dimensão e importância conferida à expressão da autonomia:

1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento [...]²⁰³.

Em que pese o contexto da edição do Código de Nuremberg se refira à pesquisas em seres humanos, é natural a sua importância para a prática da Medicina em geral, de modo que o seu conteúdo é uma referência no campo ético.

Ao preconizar o direito do pesquisado/paciente de exercer a sua decisão livre de vícios de qualquer ordem e amparado em informações fornecidas pelo pesquisador/profissional de saúde, o diploma abriu um novo caminho em direção ao denominado “consentimento informado”.

²⁰² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Barcelona: Masson, S.A, 1998, p. 134.

²⁰³ O restante do dispositivo foi ocultado por não guardar pertinência direta com o tema abordado: “[...]O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente”. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/nuremcod.htm>. Acesso em: 24 jul. 2014.

Voltando à Beauchamp e Childress, pode-se afirmar que o termo “consentimento informado” surgiu mais de uma década após do Código de Nuremberg e seu efetivo estudo se deu somente a partir da década de 70. Por outro lado, refletindo sobre o momento atual da ética médica, ensinam os autores que “nos últimos anos, o interesse já não está no campo da obrigação do médico ou pesquisador de *expor* a informação, mas sim na qualidade da *compreensão* e o *consentimento* do paciente ou sujeito”²⁰⁴

O consentimento informado, diferentemente dos temas abordados até este ponto, não se refere necessariamente a situações de incapacidade de expressão da vontade ou de terminalidade. Sua noção é mais ampla e engloba, como dito, toda a relação médico-paciente (ou profissional de saúde-paciente, para ser correto), no bojo da qual este tem o direito de conhecer todas as circunstâncias que envolvem seu quadro clínico, a fim de que possa sobre ele refletir, discutir com o profissional e, então, escolher as melhores opções para o seu tratamento.

Embora extensa, é indispensável aludir à definição dada por Maria Elisa Villas-Bôas sobre o consentimento informado, tido pela autora como um “requisito para o exercício da autonomia”, devendo ser “livre, expresso e esclarecido”. *In verbis*:

Para que o paciente consinta ou dissinta em um procedimento, é preciso que ele saiba exatamente o que está concordando ou de que esta discordando. Assim, é mister que o médico o informe, em linguagem clara e acessível, de que se trata a medida, seus riscos e benefícios, porque está sendo indicada naquela ocasião etc. Além do esclarecimento, é preciso que haja efetiva compreensão das informações dadas e habilidade psicológica para, além de compreendê-las, poder o receptor manejá-las, de modo a produzir uma decisão coerente e verdadeiramente indicativa de sua vontade. Para ter validade jurídica, o consentimento deve ser expresso por indivíduo lealmente capaz e de maneira livre e voluntária, sem coação física ou moral. O consentimento tem também por característica o fato de ser renovável a cada fase ou novo procedimento e revogável a qualquer tempo²⁰⁵.

No panorama apresentado, há de se constatar que o consentimento não representa mera expressão dos desejos do paciente. É algo além, revelando uma relação de intercâmbio entre profissional de saúde e paciente, cabendo

²⁰⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Op. cit., p. 134.

²⁰⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 120-121.

àquele o dever de esclarecer da maneira mais cuidadosa e inteligível possível para que este (o paciente) consiga apreender o conteúdo e empregar este conhecimento na manifestação da sua autonomia²⁰⁶.

Miguel Kottow²⁰⁷ apresenta algumas dificuldades ao que denomina “decisão informada” (fruto do consentimento informado). O autor recorda a existência de incertezas no conhecimento médico-científico, chegando a pontuar que a medicina não é uma ciência, pois seu objetivo não é o conhecimento geral, mas sim a ação terapêutica singular. Apesar desse quadro de incerteza, conclui:

Ainda que opere em um âmbito de incerteza, o médico aplica sob o seu melhor julgamento os conhecimentos que possui e, do mesmo modo, embora não seja possível informar exhaustivamente, é impositivo conduzir o processo de informação o mais plenamente possível, conscientes de que os resquícios desconhecidos são inevitáveis e ficam aliviados pela confiança técnica e moral que o paciente deposita no médico.

O consentimento informado se encontra assegurado em diplomas do ordenamento jurídico brasileiro. Luciana Dadalto²⁰⁸, ao abordar o tema, recorda que a Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor prescrevem o direito à informação conferido a todo e qualquer cidadão – e especificamente àquele em relação de consumo. Com efeito, na Lei Maior, o art. 5º, XIV²⁰⁹,

²⁰⁶ Uma abordagem abrangente para o consentimento informado consta de três etapas, envolvendo sete elementos do processo: “Pré-Condições: 1. Capacidade (para entender e decidir), 2. Voluntariedade (na decisão); Elementos da Informação: 3. Explicação (informações sobre riscos e benefícios), 4. Recomendação (proposta de alternativa mais adequada), 5. Compreensão (dos termos 3 e 4); Elementos do Consentimento: 6. Decisão (em favor de uma opção, dentre no mínimo duas propostas), 7. Autorização”. Beauchamp TL, Faden R. Meaning and elements of informed consent. In: Reich W. Encyclopedia of Bioethics. New York: McMillan, 1995:1238-41.

²⁰⁷ Tradução nossa do trecho: “*Aunque funcione en un ámbito de incertidumbre, el médico aplica a su mejor entender los conocimientos que posee y, del mismo modo, si bien no es posible informar de un modo exhaustivo, es impositivo llevar el proceso de información lo más acabadamente posible, conscientes de que los residuos ignotos son inevitables y quedan paliados por la confianza técnica y moral que el paciente deposita en el médico*” (KOTTOW, Miguel. *Participación informada em clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados*. Bogotá: Alya Saada, 2007, p. 49-51).

²⁰⁸ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 63.

²⁰⁹ CF/88, art. 5º, XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 jul. 2014.

ampararia este direito fundamental; na lei do consumidor, o art. 6º o estabelece²¹⁰.

Não são essas normas mais precisas do que o Código de Ética Médica (CEM), instituído por meio da Resolução nº 1.931 de 2009. O diploma ético se volta ao paciente conferindo-lhe poder na tomada de decisões sobre os procedimentos a serem realizados, como se confere de um dos Princípios Fundamentais constantes do Capítulo I do Código:

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas²¹¹;

Adequado mencionar também as vedações contidas nos artigos 31 e 34 do CEM:

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

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Numa análise global das normas do diploma ora transcrito, percebe-se que o Conselho Federal de Medicina buscou, através da edição do seu recente Código de Ética Médica, positivar dupla orientação: para o paciente, conferiu-se o direito de se manifestar livremente acerca das medidas a serem efetivadas no curso do seu tratamento, salvo situações de iminente risco de morte; para o médico, estabeleceu-se o dever de informar ao paciente, bem como respeitar suas decisões, exceto se inadequadas de acordo com o conhecimento médico existente.

Feita esta breve aproximação sobre a noção de consentimento informado, afigura-se fácil concluir pela sua essencialidade à relação médico-paciente.

²¹⁰ CDC, art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: III - 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”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 24 jul. 2014.

²¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

Trata-se de exigência intrínseca da autonomia do paciente, porque apenas a sua compreensão adequada sobre as circunstâncias que cercam o seu quadro clínico permite uma decisão válida sobre o tratamento desejado.

Transparece também a diferença existente entre o consentimento informado e as diretivas antecipadas de vontade, conquanto haja pontos de encontro entre as duas concepções.

A manifestação legítima da autonomia individual perpassa sempre pela adequada inteligência dos fatores que circundam a decisão a ser tomada. O direito à informação permeia o processo decisório, sendo dele indissociável. Essas diretrizes são comuns ao consentimento informado (ou consentimento “livre e esclarecido”²¹²) e às diretivas antecipadas de vontade (DAV).

Por conceito, as diretivas antecipadas de vontade, em qualquer dos três instrumentos já indicados, têm seu ponto de contato com o consentimento informado no que se refere à aceitação de medidas terapêuticas ou recusa delas. Ambas as formas de expressão da autonomia do paciente se caracterizam por conferir-lhe o direito de respeito às suas opções pessoais. Esta é a razão pela qual Renata de Lima Rodrigues entende que as DAV se inserem na sistemática da teoria geral do consentimento informado:

As diretivas antecipadas podem ser inseridas na sistemática da teoria geral do consentimento informado porque se supõe que a pessoa que as tenha formulado tenha recebido, previamente à sua manifestação de vontade, as informações necessárias quanto à natureza, objetivos, consequências e riscos das intervenções médico-cirúrgicas, as quais deseja ou não se submeter, sendo certo que essa expressão volitiva pode e deve ser revogável a qualquer tempo²¹³.

Razão parece assistir à percepção da autora sobre o tema. A perspectiva assinalada ensina que o consentimento informado é mais amplo, abrangente, enquanto as DAV mais restritas.

²¹² Esta expressão é preferida por Luciana Dadalto. Cf. DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 59 e ss.

²¹³ RODRIGUES, Renata de Lima. Diretivas Antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde e à vida digna. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 350.

O consentimento informado se refere a toda e qualquer situação de tomada de decisão do paciente, englobadas sobretudo as hipóteses em que presente sua capacidade de manifestação sobre as medidas terapêuticas a serem tomadas. Por sua vez, as DAV, embora pressuponham a decisão informada, têm lugar quando o registro dos desejos do paciente foi feito anteriormente e a aplicação destes se dá em momento de incapacidade.

Assim, de modo claro e sintético, diga-se que as diretivas antecipadas de vontade pressupõem o consentimento informado, mas com ele não se confundem porque se caracteriza pela manifestação da autonomia em momento de capacidade para que esta seja respeitada quando da incapacidade de comunicação superveniente.

3.1.4. Experiências internacionais em matéria de diretivas antecipadas de vontade

Sem qualquer pretensão de esgotar a análise das DAV no direito comparado, pretende-se apreciar como têm se dado algumas experiências internacionais nesse âmbito.

Em Portugal, as diretivas são reguladas pela Lei nº 25/2012²¹⁴. A redação do diploma é clara e a margem de sua aplicação é deveras ampla. O seu manejo, segundo o art. 2º, 1, da norma, se dará em qualquer caso de incapacidade de expressão da vontade do indivíduo. Não houve restrição a situações de terminalidade.

O cuidado do legislador português foi tamanho que disciplinou quais conteúdos podem constar das DAV, bem como aqueles que são rejeitados.

No primeiro grupo (podem constar das diretivas), estão a não submissão a tratamento de suporte artificial das funções vitais e não submissão a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado – “notadamente no que concerne às medidas de

²¹⁴ PORTUGAL. Lei nº 25/2012. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>. Acesso em 10 jul. 2014.

suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte, dentre outros.

Noutra quadra, diretivas que contrariem a lei, a ordem pública ou as boas práticas; que possam provar deliberadamente a morte não natural e evitável e aquelas em que a vontade do outorgante não tenha sido clara e inequívoca deverão ser consideradas, de acordo com a Lei nº 25/2012, “juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito”.

Ainda segundo o diploma português, qualquer pessoa poderá nomear procuradores para que possam decidir pelo indivíduo incapaz de fazê-lo. Esta pessoa será designada “procurador de cuidados de saúde”.

O Uruguai foi um pouco mais restritivo ao enunciar as diretivas antecipadas²¹⁵. No país latino-americano, as diretivas são voltadas a situações de doença terminal, incurável e irreversível. Tal quadro clínico, segundo a Lei nº 18.473, deverá ser atestado por dois médicos.

Pelo que se entende do diploma uruguaio, os cuidados paliativos não deverão ser suspensos, ainda diante da manifestação prévia por meio das DAV.

Nos termos do art. 6º, ainda da Lei sob comento, por ocasião do registros das diretivas, deverá o sujeito indicar um procurador para velar por seu cumprimento. Chama a atenção a previsão legal de um procurador de saúde vinculado às diretivas registradas. Não enunciou a lei a possibilidade de nomeação de um procurador independente, que decida o melhor para o paciente na ausência de registros prévios – não há, contudo, vedação expressa.

A Argentina também instituiu as DAV, o que foi feito por meio da Lei nº 26.742, datada de 24 de Maio de 2012²¹⁶.

A norma federal argentina assegura a autonomia do indivíduo garantindo-lhe o direito de aceitar e rechaçar tratamentos médicos, com ou sem expressão de causa.

²¹⁵ URUGUAI. Lei nº 18.473/2009. Disponível em: <http://200.40.229.134/leyes/TextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>. Acesso em: 17 ago. 2014.

²¹⁶ ARGENTINA. Lei nº 26.742/2012. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

A lei é clara e abrangente quanto às situações clínicas que admitem a expressão por meio das diretivas. Quadros de doença irreversível e incurável “ou” estados terminais admitem as DAV.

Concedeu-se ao paciente também o direito a rejeitar procedimentos cirúrgicos, reanimação artificial, medidas extraordinárias de suporte vital e, ainda, procedimentos de hidratação e alimentação quando estes produzam como único efeito a prolongação de estágio irreversível **ou** incurável.

O diploma argentino deixa claro que as diretivas que impliquem em práticas eutanásicas serão tidas como inexistentes, não devendo ser atendidas pelos profissionais de saúde.

Por fim, faça-se um último registro, atinente à lei espanhola que trata da matéria.

A Lei nº 41 do ano de 2002²¹⁷ (uma década antes das leis latino-americanas aqui apontadas) dispõe sobre autonomia, consentimento informado e, especificamente, sobre as chamadas *instrucciones previas*.

Nos termos do dispositivo espanhol, as instruções prévias se destinam a situações de incapacidade de manifestação por parte do sujeito, podendo regular os cuidados e tratamentos de saúde.

A norma espanhola não discrimina quais cuidados podem ser solicitados ou rejeitados por meio das diretivas, o que torna delicada a compreensão do seu âmbito de aplicação. Documento mais recente, o “*Guía para hacer la voluntad vital anticipada*” dispõe que as DAV, na Espanha, se aplicam quando o indivíduo estiver inconsciente, em coma ou simplesmente incapaz de decidir²¹⁸.

²¹⁷ ESPANHA. Lei nº 41/2002. Disponível em: http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/transparencia/ley_autonomia_paciente.pdf. Acesso em: 10 jul. 2014.

²¹⁸ JUNTA DE ANDALUCIA. *Guía para hacer la voluntad vital anticipada*. Sevilla: Consejería de Salud, 2012, p. 1.

3.2. AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA RELATIVAS À EXPRESSÃO DA VONTADE PARA AS SITUAÇÕES DE INCAPACIDADE DE MANIFESTAÇÃO

Postergou-se para este ponto, intencionalmente, a abordagem das resoluções do Conselho Federal de Medicina que regulamentam a manifestação da autonomia do paciente incapaz de se expressar. Didaticamente analisadas num mesmo item, permitem a compreensão do redimensionamento conferido à vontade do indivíduo na relação médico-paciente.

Paralelamente, é dever pontuar que a regulamentação ética levada a cabo pelo CFM expõe uma grave lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se da ausência de lei federal que normatize o âmbito válido da manifestação da autonomia do portador de enfermidade.

Com isto, três fenômenos são detectados: (a) a insegurança jurídica na atuação diária por parte dos profissionais de saúde, dos pacientes e dos familiares; (b) a iniciativa regulamentar no âmbito administrativo; (c) o ativismo judicial, pela necessidade de atuação do Poder Judiciário para colmatar os vazios normativos.

3.2.1. A Resolução nº 1.805/2006 e o novo Código de Ética Médica

O Conselho Federal de Medicina possui algumas resoluções cruciais para o desenvolvimento do debate em torno da manifestação da autonomia em situações de terminalidade.

No ano de 2006, foi publicada pelo CFM a Resolução nº 1.805. O diploma ético se declarava amparado em dois dispositivos constitucionais, a saber: o art. 1º, III, que instituiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República; o art. 5º, III, que veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante.

Com base nessas duas referências constitucionais, a Resolução nº 1.805/2006, em seus reduzidos três artigos, conferia ao médico a possibilidade

de limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolongassem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável.

Para atuar amparado nesta norma deontológica, três condições eram exigidas: (i) a obrigação de esclarecer ao doente ou ao seu representante as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação; (ii) fundamentação e registro da decisão no prontuário do paciente; (iii) a garantia do direito de consultar segunda opinião médica²¹⁹.

A exposição de motivos do próprio diploma normativo indica uma preocupação com o caráter paternalista conferido à relação médico-paciente no modelo da ética médica tradicional, que teria conduzido a situações de obstinação terapêutica. Ressaltou-se, à época da sua edição, a necessidade de preparo do profissional de saúde com as situações em que identificada uma doença terminal.

O médico é aquele que detém a maior responsabilidade da “cura” e, portanto, o que tem o maior sentimento de fracasso perante a morte do enfermo sob os seus cuidados. Contudo, nós, médicos, devemos ter em mente que o entusiasmo por uma possibilidade técnica não nos pode impedir de aceitar a morte de um doente. E devemos ter maturidade suficiente para pesar qual modalidade de tratamento será a mais adequada. Deveremos, ainda, considerar a eficácia do tratamento pretendido, seus riscos em potencial e as preferências do enfermo e/ou de seu representante legal²²⁰

Embora a resolução do CFM represente um avanço em termos de orientação ética e reposicionamento da autonomia do paciente, seu texto não esteve imune a críticas. Questionamentos de diversas ordens, mas sobretudo morais e legais, foram apresentados, gerando ampla discussão sobre o tema.

O Ministério Público Federal, fundamentando sua atuação na proteção de interesses individuais indisponíveis e, mais especificamente, na proteção do direito à vida (previsão do art. 6º, VII, da Lei Complementar nº 75/93), propôs

²¹⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 12 jul. de 2014.

²²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Exposição de motivos da resolução nº 1.805/2006. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm >. Acesso em: 12 jul. de 2014.

perante a Justiça Federal do Distrito Federal a Ação Civil Pública, tombada sob o nº 2007.34.00.014809-3, pretendendo a anulação da resolução.

A ACP foi ajuizada após a instauração de um procedimento administrativo no qual restou recomendada a revogação da resolução sob comento. Não tendo ocorrido tal ato revogatório, a Procuradoria da República entendeu pela imprescindibilidade de propositura da medida judicial.

Para compreender o “espírito” do conteúdo da peça inicial, deve-se frisar a seguinte citação, constante em letras maiúsculas: “PARA O DOENTE TERMINAL, O PEDIDO PRA MORRER NÃO PASSA DE UM PEDIDO DE SOCORRO”²²¹. Apesar da extensão da ação (composta de cento e trinta e uma laudas), pode-se resumi-la aos seguintes argumentos:

- (i) O Conselho Federal de Medicina extrapolou o seu poder regulamentar autorizado pela Lei nº 3.268/57 e, com isso, o princípio da legalidade. Não era dado ao CFM “indicar as condições de aquisição ou restrição de direito”, tendo em vista que somente à lei compete tal matéria. Regulamentos especificam direitos criados por lei, não o criam;
- (ii) O direito à vida é indisponível. A eutanásia e a ortotanásia são condutas criminosas previstas no art. 121 do Código Penal. Não fosse esta última crime, não haveria lei visando a sua descriminalização – o anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal prevê a descriminalização. Ademais, não prospera a tese de que, no que tange à ortotanásia, teria havido a não-recepção do art. 121 pela Constituição Federal;
- (iii) “Não há liberdade quando não se escolhe o bem. E quem escolher morrer jamais escolherá o bem”;
- (iv) A ortotanásia é sinônimo de eutanásia passiva e existe uma preocupação que se busque, por meio dela, a eugeniação social da população, com a “purificação do povo brasileiro daqueles que não podem mais trabalhar ou produzir num mundo capitalista”;
- (v) Fatores de cunho psicológico (fragilidade emocional) e sociais (custos do tratamento, pressão dos planos de saúde) interferem na decisão de

²²¹ Ressalta-se que não há, a princípio, qualquer crítica à frase, sendo a transcrição utilizada apenas para a compreensão do interesse do órgão fiscalizador ao propor a ACP.

vida ou morte, não podendo, assim, ser relegada ao paciente ou seu representante;

- (vi) Ainda que se compreenda a ortotanásia como ato lícito, não é suficiente o consentimento do paciente ou do seu representante legal, sendo imprescindível a presença e oitiva prévia do Ministério Público e anuência do Juízo competente²²².

Até então, a discussão parecia centrar-se no caráter criminoso ou não da ortotanásia e em que medida a resolução estaria invadindo a competência da União para legislar sobre a matéria. Invocando o art. 2º da já citada lei nº 3.268/1957²²³, Luciano de Freitas Santoro afirma que:

[...] ao que parece, o Conselho Federal de Medicina, ao aprovar a mencionada Resolução, não pretendeu descriminalizar a ortotanásia no Brasil, **seja porque não é de sua competência, seja porque tal comportamento não configura o crime previsto no art. 121 do Código Penal.**²²⁴

Ocorre que, num primeiro momento, não foi este o entendimento do Judiciário. Antecipando os efeitos da tutela, foi concedida a suspensão da resolução, acolhendo-se os argumentos ministeriais. A decisão, proferida pelo juiz Roberto Luis Luchi Demo, se lastreou nas seguintes razões:

E parece caracterizar crime porque o tipo penal previsto no sobredito art. 121, sempre abrangeu e parecer abranger ainda tanto a eutanásia como a ortotanásia, a despeito da opinião de alguns juristas consagrados em sentido contrário.

[...]

Desse modo, a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda que essa resolução venha de encontro aos anseios de parcela significativa da classe médica e até mesmo de outros setores. Essa glosa há de ser feita, como foi feita em outros países, mediante lei aprovada pelo

²²² Petição inicial da Ação Civil Pública do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf/view>. Acesso em: 12 jul. 2014.

²²³ Lei nº 3.268/1957. “Art. 2º. O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

²²⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 165. Grifou-se o trecho extraído da obra.

Parlamento, havendo inclusive projeto-de-lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional.²²⁵

O Conselho Federal de Medicina recorreu desta decisão e, após a produção de prova, o próprio órgão ministerial pugnou pela improcedência do pedido. O debate em torno da resolução chegava ao fim, revertendo-se a decisão primeira. A motivação do Ministério Público foi integralmente adotada na sentença definitiva, tendo aquele juízo se apoiado nos seguintes pontos:

1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida²²⁶.

Há de registrar que a decisão pela manutenção da vigência da resolução sob análise é completamente adequada. A ortotanásia, diferentemente do quanto exposto na petição inicial da ACP e acolhido na antecipação dos efeitos da tutela, não encontra adequação típica no ordenamento jurídico-penal.

O tortuoso caminho seguido pela Resolução nº 1.805/2006 tem como pano de fundo a confusão conceitual recorrente entre eutanásia passiva e ortotanásia, já retratada em oportunidade anterior. Como esta última prática não representa encurtamento da vida, não se amolda ao art. 121, §1º, do Código Penal.

Superado o entrave judicial instaurado, o ato normativo ético do Conselho Federal de Medicina representou sem dúvida um grande avanço no que tange à relação médico-paciente e à autonomia deste. A comunidade jurídica foi

²²⁵ Decisão de antecipação de tutela da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <http://processualdf.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaoPro.php?SECAO=DF&proc=200734000148093>. Acesso em: 13 jul. 2014.

²²⁶ Sentença da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Data da publicação: 09/12/2010. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaoPub.php?SECAO=DF&proc=200734000148093&sec=3400&var=14&ntp=06/12/2010&mat=393&tpb=4&seq=7>. Acesso em: 10 dez. 2010.

chamada a refletir mais detidamente sobre o tema em função da judicialização do caso com a Ação Civil Pública proposta. A distinção entre eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e outros conceitos relevantes foi largamente debatida. Abriu-se indiscutível espaço para a mudança de postura da medicina já preconizada na exposição de motivos da Resolução nº 1.805/2006.

No ano de 2009, uma nova norma foi publicada, agora com caráter mais abrangente. Criando o novo Código de Ética Médica (CEM), a Resolução nº 1.931/2009 buscou consolidar a visão menos paternalista da medicina tradicional, conferindo amplo espaço para a manifestação da vontade do paciente ou de seus representantes legais.

Antes mesmo da publicação do Código, as autoras Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto Penalva já dissertavam sobre suas qualidades:

Enfim, é possível afirmar que as mudanças propostas para o Código de Ética Médica significam uma verdadeira mudança de paradigma, pois coloca o paciente na posição de protagonista do seu tratamento, valorizando suas manifestações de vontade válidas e responsáveis, seja para o presente, seja para o futuro, de modo a dar eficácia às vontades prévias do paciente, que deverão ser instrumentalizadas através do testamento vital²²⁷.

Os Princípios Fundamentais, previstos no Capítulo I do Código, merecem transcrição integral, porque orientam a conduta do médico na interação com o paciente²²⁸:

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, **buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente;**

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, **o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas**²²⁹;

²²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 71-72.

²²⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 13 jul. 2014. Os grifos não constam do original.

²²⁹ Por ocasião da abordagem do conceito de consentimento informado, fez-se também a transcrição deste dispositivo.

XXII - 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.

Fica clara a orientação ética do Conselho Federal de Medicina de privilegiar a escolha do paciente. Esta escolha, entretanto, não está acima das previsões legais, tampouco dos procedimentos “cientificamente reconhecidos”. Nas situações de irreversibilidade e terminalidade, deverão ser evitadas as medidas diagnósticas e terapêuticas desnecessárias, tudo com o propósito de propiciar o bem-estar do paciente.

Certamente preocupada com interpretações equivocadas da norma, a resolução deixou expresso ser vedado ao médico “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”, ressaltando 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 (artigo 41, *caput* e parágrafo único do CEM).

A disciplina ética da relação médico-paciente em vigor confere à autonomia do paciente um papel de destaque, inserindo-se no contexto delineado no item anterior. A autonomia, aqui, refere-se às situações jurídicas existenciais (vida/morte) e denota a possibilidade do indivíduo, após os esclarecimentos médicos indispensáveis, poder tomar decisões acerca dos procedimentos a serem adotados no fim da sua vida.

Das suas passagens aqui transcritas é plausível afirmar que o diploma ético, a um só tempo, ampara a prática da ortotanásia, com a indicação dos cuidados paliativos para esta hipótese e rejeita as medidas da eutanásia e distanásia. Aquela, por vedar ao médico atender o pedido do paciente para o abreviamento da sua vida; esta, por conferir ao paciente o direito de discordar de medidas extraordinárias para a manutenção da vida.

Feitas estas referências, impõe-se analisar a recente Resolução nº 1.995/2012, também do Conselho Federal de Medicina. De fundamental importância, esta norma é o primeiro instrumento no ordenamento jurídico brasileiro que conceitua e disciplina as “diretivas antecipadas de vontade”.

3.2.2. A Resolução 1.995/2012 e a conceituação das diretivas antecipadas de vontade

Como visto, a discussão sobre as diretivas antecipadas de vontade remontam à década de 70 do século XX. Os Estados Unidos regulamentaram, desde então, a matéria, ainda que em legislação estadual.

No Brasil, conquanto seja mais recente o debate, acredita-se que há tempo e maturidade suficiente para que seja objeto de lei federal. À míngua de lei em sentido estrito sobre o tema, instalam-se as consequências já apontadas, chamando a atenção, neste ponto, o fenômeno da regulamentação administrativa do tema²³⁰.

A título de curiosidade, anote-se, com Nilson Roberto da Silva Gimenes, que as Testemunhas de Jeová se utilizam de um documento intitulado “Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde”. Conquanto não esteja normatizadas, tais instruções, registradas em cartão carregado pelas Testemunhas junto à sua carteira de identidade, enquadram-se no contexto das diretivas ora sob estudo.

De todo modo, é a Resolução nº 1.995/2012/CFM que se ocupou de conceituar as diretivas antecipadas de vontade. Com base no retrospecto feito neste estudo, pode-se aduzir que o diploma ético não é inusitado, representando, ao revés, mais um passo para o reconhecimento da autonomia do paciente.

José Roberto Goldim destrincha a terminologia (diretivas antecipadas de vontade) para deixar claro o seu objetivo:

Diretiva, por ser um indicador: uma instrução, uma orientação, e não uma obrigação; Antecipada pois é dita de antemão, fora do conjunto das circunstâncias do momento atual da decisão;

²³⁰ Sobre a utilidade da edição de uma lei sobre o tema: “Nesse contexto, a elaboração de uma lei específica que regulamente as diretivas antecipadas de vontade suscita duas reflexões: se, por um lado, a lei tornaria legalmente protegidos médicos e funcionários quanto à adoção da declaração antecipada de vontade do paciente, por outro lado tem-se a importância de uma lei bem redigida, atenta e sensível ao contexto clínico, para que possa ser efetiva diretriz de ação jurídica e social” (ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital. *In*: Revista Bioética. Centro Universidade São Camilo: 2013, p. 259-270)

Vontade, ao caracterizar uma manifestação de desejos, com base na capacidade de tomar decisão no seu melhor interesse²³¹

Atente-se para o fato de que outras leis (em sentido amplo) já haviam tratado da recusa a tratamentos, porém nenhuma delas foi capaz de disciplinar as DAV como a resolução sob análise²³². A transcrição do conceito se impõe:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade²³³.

O primeiro artigo é suficiente para iniciar uma gama de reflexões.

A primeira observação que se impõe é que a Resolução nº 1.995/2012 não é, de modo algum, uma reedição da Resolução nº 1.805/2006, tão contestada judicialmente.

Afirme-se que a resolução mais antiga dispõe sobre a prática da ortotanásia, logo é direcionada aos casos em que a doença terminal acomete o paciente. Nessas situações (consoante a Resolução nº 1.805/2006), podem ser suspensos os tratamentos médicos de prolongamento da vida, mantendo-se os cuidados paliativos.

Ao contrário, a literalidade do diploma ético mais recente (Resolução nº 1.995/2012) não restringe as DAV à situações de terminalidade. Estariam abarcadas, assim, um sem número de hipóteses abrigadas sobre a expressão “momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (art. 2º, supra transcrito).

Este posicionamento é adotado por Diogo Luna Moreira e Maria de Fátima Freira Sá. Os autores, após descreverem as DAV como “manifestação escrita, feita por pessoa capaz que, de maneira livre e consciente, determina suas opções, seus desejos e preferências”, defendem que elas são aplicáveis às situações clínicas em que o titular da vontade está impedido de se comunicar²³⁴.

²³¹ GOLDIM, José Roberto. *Diretivas antecipadas de vontade: comentários sobre a Resolução 1955/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/diretivas2012.pdf>. Acesso em 10 Ago. 2014.

²³² Nesse sentido a já mencionada Lei Mário Covas e as Resoluções do CFM.

²³³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 25 jul. 2014.

²³⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Delrey, 2012, p. 191. De

Ora, de se concluir, ao menos preliminarmente, que a Resolução nº 1.995/2012 é aplicável a situações de doença terminal; a quadros clínicos como o estado vegetativo persistente, a demência avançada, a estágios avançados de esclerose lateral amiotrófica; a situações temporárias de inconsciência etc.

Ou seja: em toda situação de inviabilidade de expressão da vontade, poderão ser utilizadas as diretivas de vontade do paciente. É o que também sugere o art. 2º da norma deontológica:

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

O CFM estaria declarando, portanto, que as DAV são cabíveis quando da incapacidade de comunicação ou de expressão livre e independente da vontade do paciente. Dito isto, reconheça-se existir uma aparente contradição entre a literalidade do texto normativo e as Considerações da Resolução nº 1.995/2012.

É que as Considerações fazem menção às situações de terminalidade de vida, o que também foi feito pelo CFM através de nota divulgada em seu endereço virtual²³⁵.

Não obstante, reitera-se o entendimento de que o documento tem amplitude maior – “incapacidade de comunicação ou de se expressara” - e eventuais restrições serão impostas pelo ordenamento jurídico, especialmente pelo Direito Penal.

Além de definir as DAV, a norma ética preceitua o dever do médico em considerar o procurador indicado pelo paciente: “caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico” (art. 2º, §1º).

igual modo: “Apesar do direito a recusar tratamento médico ineficaz existir independentemente de haver lei específica sobre o tema, salienta-se que a Resolução CFM 1.995/12 39 dispõe acerca da possibilidade de o paciente terminal decidir sobre cuidados e tratamentos que quer ou não ser submetido no caso de possível incapacidade de exercer livremente sua vontade”. (ROCHA, Andréia Ribeiro et. al. Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética. In: Revista Bioética, Vol. 21, n. 1, 2013).

²³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida*. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3. Acesso em 08 ago. 2014.

Estabelece também o diploma que serão registradas no prontuário do paciente as diretivas que forem diretamente comunicadas ao médico (art. 2º, §4º).

Observa-se que a Resolução nº 1.995/2012 coincide em muitos aspectos com a PSDA, norma federal norte-americana. Tendo sido apreciada com detalhes a *Patient Self-Determination Act of 1990*, far-se-á apenas breve menção comparativa.

Em primeiro lugar, a norma ética descreve o que se denomina manifestação explícita da própria vontade (MEPV), *living will* ou testamento vital. Como visto, este instrumento permite que o paciente documente os seus desejos em caso de incapacidade superveniente. É o que prevê o art. 2º, *caput*, da Resolução.

Mônica Aguiar²³⁶ recorda os modelos de autonomia propostos por Beauchamp e Childress e, comentando especificamente este dispositivo (o art. 2º, *caput*), ensina que se trata do “modelo da autonomia pura”, caracterizado pelo prestígio ao desejo manifestado do paciente quando era capaz. Ressalta a autora que a “decisão pode ter sido manifestada oral e diretamente ao médico, não se exigindo forma especial, estando sua produção dentro do campo da confidencialidade entre médico e paciente”.

Em segundo lugar, o que se nota é a previsão do PRCS, procurador responsável para o cuidado da saúde, também intitulado de mandato duradouro ou *durable power of attorney*. Reflete-se aqui a possibilidade de nomeação de um representante da vontade do paciente, cujo amparo normativo está no art. 2º, §1º, da resolução sob análise.

Há de se recordar que a função deste “procurador de saúde” pode ser exercida tanto de modo associado a um testamento vital como de modo independente. É dizer: o paciente que registra o testamento vital pode designar um mandatário para o cumprimento da sua vontade ou pode o mesmo ser instituído sem que tenha havido registro específico anterior.

²³⁶ AGUIAR, Mônica. *Modelos de Autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do conselho federal de medicina*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>. Acesso em: 15 jul. 2014.

Por outro lado, quando o mandato duradouro ocorre desvinculado do testamento vital, também tem respaldo normativo (no mesmo dispositivo), devendo-se apenas rememorar que sua atividade está adstrita à vontade do incapaz, nos termos do que fora expressado por ele quando lúcido – oralmente, por exemplo.

Mais uma vez recorrendo à precisa análise de Mônica Aguiar, afirma-se que quanto ao procurador, adotou a Resolução o modelo do julgamento substituto. De acordo com a autora, não há qualquer paradoxo na previsão, pela Resolução, das duas possibilidades, cumuladas ou independentes, tendo em vista que tudo dependerá da preferência do paciente, que pode preferir registrar sua vontade ou delegar o poder de decisão a um representante²³⁷.

Como dito, os três instrumentos de efetivação das diretivas antecipadas positivados na PSDA são facilmente identificados na redação do diploma ético sob comento. É por isto que, por fim, se indica o art. 2º, §4º, responsável por preceituar o dever do médico de registrar, “no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhe foram diretamente comunicadas pelo paciente”.

Esta previsão se coaduna com as DACM, ou decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico. É a maneira mais direta de registro das diretivas, expondo um dever do profissional de saúde em atender à vontade que lhe é expressa pelo paciente, anotando-a no prontuário.

Neste último caso, não há registro formal anterior ou pessoa designada a cumprir a vontade do paciente, mas o apontamento nos registros médicos da vontade dos anseios do paciente em caso de incapacidade superveniente.

O inconformismo pela via jurídica com a Resolução nº 1.995/2012 não encontrou ressonância no Poder Judiciário, ao menos em sede de decisão liminar. Tendo mais uma vez ajuizado Ação Civil Pública (tombada sob o nº 1039-86.2013.4.01.3500), o MPF viu denegada a ação.

²³⁷ AGUIAR, Mônica *Modelos de Autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do conselho federal de medicina*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>. Acesso em: 15 jul. 2014.

Acredita-se no acerto da decisão proferida pela Primeira Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, porém há de se destacar uma premissa equivocada – segundo se entende – adotada pelo magistrado. Veja-se:

Igualmente, em exame inicial, entendo que a Resolução é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que **assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos**, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício²³⁸.

Há de se verificar que a Resolução não se restringe a assegurar ao paciente em estado terminal os cuidados paliativos, rejeitando tratamentos distanásicos. Em verdade, como reiteradamente se afirmou, a norma do CFM é mais ampla e abrange situações diversas de incapacidade de comunicação.

Deste modo, acreditando ser acertada a decisão do Judiciário sobre a legalidade da Resolução nº 1.995/2012, deve-se pontuar a abrangência da norma, aspecto que não foi tangenciado no *decisum* proferido em março do ano de 2013.

Relegou-se a item próprio o cotejo da Resolução nº 1.995/2012 e das normas penais brasileiras, bem como com aos preceitos constitucionais que se referem ao direito à vida. Isto porque o objeto central deste estudo é apreciar a compatibilidade do diploma deontológico com o ordenamento jurídico.

Nessa linha, não é suficiente explorar o que a Resolução declara, devendo-se verificar até que ponto é possível empregá-la com a abrangência proposta pelos seus enunciados. De modo mais pontual, necessário perquirir se atos de disposição da vida são válidos e, sendo, em que medida ou circunstâncias são admitidos.

²³⁸ SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS. *Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014. Grifos nossos.

4. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* INTERESSE PRIVADO E A INTERFACE COM O DIREITO PENAL

Como se afirmou, as diretivas antecipadas de vontade são importante instrumento de manifestação da autonomia da pessoa. Representam a possibilidade de decisão de acordo com o desejo previamente declarado, sendo manejada quando o paciente se encontra incapaz de se expressar.

Neste capítulo, pretende-se investigar qual a dimensão e alcance das DAV, considerando que elas simbolizam o interesse privado do indivíduo. Compreende-se que há inadiável necessidade de apreciar a compatibilidade deste interesse com o interesse público.

Assim, far-se-á importante compreender o que vem a ser interesse público e a relação entre essas duas categorias, verificando qual relação existe entre elas – se de antagonismo ou complementariedade.

Para tanto, deve-se abordar a noção, extraída do direito administrativo, de “supremacia do interesse público”, cujo emprego costuma traduzir a possibilidade de prevalência deste sobre o interesse privado – em toda e qualquer relação.

Identificar o papel do Estado na administração dos interesses público e privado, bem como o critério que orienta a ponderação entre eles permitirá retornar ao estudo das diretivas antecipadas de vontade e compreender o âmbito de sua aplicação.

A relevância desta abordagem reside na impropriedade de análise isolada da autonomia do indivíduo (por ora compreendida como “interesse privado”) sem confrontá-la com as demais regras do ordenamento.

4.1. O DIREITO À LIBERDADE NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A democracia pode ser conceituada como um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo²³⁹.

Três princípios são vislumbrados para a definição do conceito: limitação do poder, representatividade e cidadania. A democracia é, assim, a confluência dessas três características, que não podem entrar em desequilíbrio, sobre pena de descaracterização deste regime de governo²⁴⁰.

A estruturação da democracia tem como nascedouro a Revolução Francesa, preconizadora dos conhecidos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade²⁴¹. Foi a derrubada do *Ancien Régime* que redimensionou a manifestação de vontade por parte do povo²⁴². A consolidação da democracia, entretanto, não foi algo imediato.

O século XX assistiu, entre as duas Grandes Guerras e a Guerra Fria, o debate sobre a deseabilidade dessa forma de governo. Superada essa inquietação, passou-se a formular qual o modelo democrático desejado (se a participação direta ou a formação de procedimento eleitoral para tanto) e, ainda, a sua compatibilidade com o modo de produção capitalista²⁴³.

²³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 126.

²⁴⁰ TOURAIN, Alain. *O que é democracia?* Trad. José Guilherme Teixeira de Freitas. Petrópolis: 1996, p. 128.

²⁴¹ Erhard Denninger propõem três novos conceitos, a substituírem a liberdade, igualdade e fraternidade. Seriam eles a segurança, diversidade e a solidariedade. O autor sugere esses novos parâmetros a partir do constitucionalismo moderno – sobretudo posterior à reforma constitucional alemã (DENNINGER, Erhard: “*Security, Diversity, Solidarity*” instead of “*Freedom, Equality, Fraternity*”. In: *Constellations*, Volume 7, nº 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000).

²⁴² Sobre a o Antigo Regime e o momento pré-revolucionário, cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4.ed. Tradução de Yvonne Jean. Brasília: Editora UnB, 1997; quanto à heterogeneidade dos grupos revolucionários que se uniram para a derrubada do regime absolutista, cf. SOBOUL, Albert. *História da Revolução Francesa*. 2.ed. Tradução de Hélio Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 39, HUNT, Lynn. *Política, cultura e classe na Revolução Francesa*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 207 e HOBBSBAWN, Eric. *Ecos da Marselhesa: dois séculos revelem a Revolução Francesa*. Tradução de Maria Celia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 39.

²⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa; Avritzer, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: Santos, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 29-84.

O pós-guerra foi o momento histórico de consolidação da democracia ou, em outras palavras, da negação das formas homogeneizadoras de organização da sociedade, reconhecendo a pluralidade humana²⁴⁴⁻²⁴⁵.

A valorização do “coletivo-individual” (porque se incentiva a manifestação do indivíduo, mas num contexto de expressão coletiva dos seus anseios) permeia o regime em comento. Alain Touraine ressalta²⁴⁶, entretanto que o poder não deve ser considerado exatamente “do povo”, mas sim como o poder praticado com a inversão da lógica estatal, para que ela passe a seguir o curso sociedade civil-sociedade política-Estado e não o contrário.

Ainda com apoio em Touraine, diga-se que o verdadeiro regime democrático passa pela conciliação dos interesses diversos dos cidadãos (sociedade civil) que deverão ser unificados – o que não significa a supressão do interesse da minoria – numa vontade que melhor atenda a todos (sociedade política) e para que um poder maior possa garantir que os direitos sejam exercidos da melhor forma e que nenhum ataque contra esse sistema seja cometido, provenha ele de outro país ou dos próprios cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 enquadra-se perfeitamente nesses contornos, tendo estruturado um regime democrático marcado pelos objetivos de igualização, através da efetivação dos direitos sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). É dizer: no Brasil, a Carta Política prescreve como necessária à realização da democracia a universalização e a participação popular, expressões da igualdade material²⁴⁷.

²⁴⁴ Idem, p. 50-51.

²⁴⁵ No mesmo sentido, Alain Touraine aduz: “o mundo contemporâneo deve reconhecer o pluralismo cultural que corresponde à mundialização da economia e da cultura. Uma sociedade nacional culturalmente homogênea é, por definição, antidemocrática” (Touraine, Alain. Op. cit., p. 165).

²⁴⁶ Idem, p. 64. Importante transcrever os conceitos apresentados pelo autor: “Portanto, entendo aqui por *Estado* os poderes que elaboram e defendem a unidade da sociedade nacional diante das ameaças e poderes externos ou internos, em relação também a seu passado e futuro, portanto à sua continuidade histórica. É mais do que um poder executivo: é igualmente administração. O *sistema político* tem uma função diferente, a saber: elaborar a unidade a partir da diversidade e, por conseguinte, subordinar a unidade às relações de força que existem no plano da sociedade civil, reconhecendo o papel dos partidos políticos que se interpõem entre os grupos de interesses ou as classes e o Estado. [...] A *sociedade civil* não se reduz a interesses econômicos; é o domínio dos atores que são orientados por valores culturais e, ao mesmo tempo, por relações sociais, muitas vezes, conflitantes” (TOURAIN, Alain. Op. cit., p. 63).

²⁴⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 127.

Não é possível tratar da democracia sem adentrar no tema da liberdade, ainda que isso seja feito de forma sucinta.

A Carta Magna, fruto de anseios redemocratizantes, faz clara opção pela valorização reiterada do direito de liberdade, positivando-o no seu Preâmbulo, fundamentos, objetivos e, por óbvio, no seu art. 5.º, *caput* e incisos (sem mencionar outras tantas passagens da Lei Maior). Era natural que, após o nefasto período ditatorial brasileiro, o legislador constituinte estatuísse de maneira inuvidosa o novo paradigma político vigente.²⁴⁸

O dispositivo mais explícito quanto ao direito à liberdade é o art. 5.º, II, da CF/1988 cuja redação é conhecida: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Importa notar, de antemão, que a própria Constituição erige e “limita” a liberdade, porquanto a submete à lei.

José Afonso da Silva ensina que: “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.²⁴⁹ A ideia de “realização da felicidade pessoal” deve ser interpretada adequadamente, para que não remeta a um hipotético direito de sobrepujar a felicidade de outrem.

A exata dimensão da liberdade – ainda na visão daquele autor - se enquadra nos estritos termos da autoridade (legítima), preservando, desse modo, a ordem social²⁵⁰. Com isto, a felicidade do cidadão é assegurada enquanto sua busca não atenta contra a coação estatal emanada do próprio povo, ou seja, enquanto não é perpassada a fronteira da busca feita pelo próximo e do respeito às instituições.

Ronald Dworkin relaciona (mais: vincula) o direito de liberdade ao direito à igualdade. Em apertada síntese, pode-se dizer que o autor compreende que o que se tem não é um direito à liberdade, mas sim um direito à igualdade, sendo a liberdade uma das suas formas de exteriorização²⁵¹.

²⁴⁸ Segundo conta Hans Joachim Hirsch, o mesmo ocorreu na Alemanha, após o período nazifascista (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. t. III, p. 80).

²⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 233.

²⁵⁰ Idem, p. 232.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2.ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XV-XVI.

A igualdade, portanto, seria o mais fundamental dos direitos, de modo que apenas devem ser reconhecidos os direitos individuais a diferentes liberdades quando o direito à igualdade exigir tais direitos²⁵².

Paulo Bonavides confere a mesma relevância à igualdade quando preleciona:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo²⁵³

Conferindo-se esse destaque ao direito à igualdade, vê-se que a democracia traz consigo espaço amplo para expressão da liberdade, todavia propõe limites às manifestações pessoais e particulares dos cidadãos, o que é plenamente admissível.

Em verdade, para garantir a liberdade de todos é preciso restringir a liberdade quando vista individualmente. Esses limites ocorrem quando se parte do pressuposto “dworkiniano” de liberdade como expressão da igualdade e permitem a conclusão, de que “A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável”²⁵⁴.

Voltando-se às diretivas antecipadas de vontade, nota-se que são elas expressão da liberdade do indivíduo²⁵⁵. Como se referem aos tratamentos que a própria pessoa entende que devem ser empreendidos ou suspensos, teriam, a princípio, relação apenas com o próprio paciente que as manifesta.

A princípio, a liberdade apenas pode ser restringida quando afetar a liberdade alheia ou outros direitos. É o que entende Marçal Justen Filho ao aduzir que “Limites [à liberdade] podem ser cogitados somente quando o exercício da

²⁵² Ibid., p. 421.

²⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 376.

²⁵⁴ Ibid., p. 378.

²⁵⁵ Neste ponto, em particular, optou-se por abordar “liberdade” como sinônimo de “autonomia”, porém há de se recordar que foram feitas as devidas restrições a essa associação direta. Com efeito, o conceito filosófico de liberdade representa a ausência de empecilhos e autonomia, pelo que se entende, não significa a inexistência de qualquer obstáculo, mas a possibilidade de manifestação dos ideias particulares dentro da ordem jurídica vigente.

liberdade individual for apto a afetar a liberdade alheia. A questão não se põe quando a liberdade envolve exclusivamente do próprio sujeito”²⁵⁶.

Pende identificar, neste passo, se a opção pela cessação da vida de uma pessoa interfere em direito alheio, de modo a autorizar o Estado a impor restrições a manifestação da liberdade nesse sentido. Trata-se de verificar o confronto entre o interesse privado e o interesse público, observando como se orienta esta relação.

É possível antecipar que a liberdade do indivíduo que se manifesta através das diretivas entrará em confronto com o direito à vida do qual ele próprio é titular. Com isto, haverá de se investigar se o Estado deve intervir nesse âmbito e, devendo, de que modo pode fazê-lo.

Surge assim o questionamento sobre a existência de interesse público na vida de uma pessoa, especificamente quando o interesse dela própria é a morte, dadas certas circunstâncias. Há de se analisar se o interesse privado deve prevalecer e demanda a abstenção do Estado e de que forma solucionar o conflito entre eles.

4.2. INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* INTERESSE PRIVADO E O CRITÉRIO ORIENTADOR DA ATUAÇÃO ESTATAL

No que alcança o presente estudo, o interesse privado está representado pela expressão do indivíduo acerca da manutenção ou suspensão de tratamentos por ocasião de incapacidade de se manifestar.

A possibilidade de restrição desse interesse privado é o polo oposto da análise, denominada de interesse público. Diante do contexto democrático vigente, pretende-se perquirir a existência de um padrão de prevalência entre ambos e de que modo eles se relacionam.

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A relação entre interesse público e interesse privado não é nova, podendo ser vista, ainda que embrionariamente, na separação entre “direito público” e “direito privado” que se apresenta desde o *Corpus Iuris Civilis*, obra fundamental para a ciência jurídica ocidental. Sobre o tema, assevera Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A grande dicotomia *direito público e privado* remonta ao Direito Romano. Sua base é um famoso trecho de Ulpiano (Digesto, 1.11.1.2): ‘*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*’. (O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares²⁵⁷).

Ao analisar o Estado burguês e a sociedade capitalista, Michel Mialle pontua que esta “distinção-oposição” entre público e privado não é natural, tendo sido construída com o fito de alçar o Estado à condição de instância autônoma na formação social. Essa premissa ideológica sugerida pelo autor no século XX está acompanhada do posicionamento da liberdade como própria da esfera individual e da coação como afeta ao público²⁵⁸.

Outros autores clássicos, utilizando diferentes denominações e enfoques, também abordaram a relação entre o privado e o público.

Hegel, a título de exemplo, trabalhou com as noções de “família”, “sociedade civil” e “Estado”, considerando este como último estágio no caminho pela efetivação da eticidade.

Para o autor, o Estado seria o âmbito em que a liberdade se concretizaria, uma vez que os interesses privados seriam racionalizados e atendidos, numa etapa que simbolizaria a superação do momento intermédio – sociedade civil -, tendo em vista que neste os conflitos individuais estariam recrudescidos.

Assim como a sociedade civil é o campo de batalha dos interesses individuais de todos contra todos, assim aqui se trava o conflito entre este interesse geral e os interesses da comunidade particular e, por outro lado, entre as duas espécies de interesses reunidas e o ponto de vista mais elevado do Estado e suas determinações. O espírito corporativo, que nasce da legitimidade dos domínios particulares, no interior de si

²⁵⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 134.

²⁵⁸ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p.154-160.

mesmo se transforma em espírito do Estado, pois no Estado encontra o meio de alcançar seus fins particulares²⁵⁹.

A respeito da ótica estatal hegeliana, Boaventura Sousa Santos é preciso ao observar que “a família é a tese, a sociedade civil é a antítese e o Estado é a síntese”²⁶⁰. O Estado, portanto, conformaria os interesses egoísticos realçados na denominada “sociedade civil”, ganhando corpo não como órgão repressor, mas sim como espaço de realização da liberdade individual²⁶¹.

Trata-se de visão peculiar e que, como visto em Mialle, não se coaduna com a proposta ideológica capitalista. Não por outra razão, a concepção de Hegel não se firmou como majoritária. O que se percebe é que, embora o Digesto se referisse a momento histórico-social específico e longínquo, regulamentando sociedade com baixo nível de complexidade, a dicotomia romana não se perdeu, tendo, ao revés, influenciado a concepção de público e privado que até hoje se verifica na tradição jurídica ocidental.

Com efeito, o *Corpus Iuris Civilis*, ao apresentar a sobredita separação, estabeleceu as bases para o que Norberto Bobbio alcinharia de “primado do público”. Segundo o autor, o primado do público teria se apresentado como contraponto ao Estado liberal e ao Estado mínimo, configurando-se da seguinte maneira:

Ele [o primado do público] se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até à eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais, e portanto sobre a crítica de uma das teses mais correntes do utilitarismo elementar²⁶²

Abarcando a perspectiva acima exposta, a doutrina administrativista brasileira tradicional construiu e sedimentou a noção de “supremacia do

²⁵⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 267.

²⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 120.

²⁶¹ Em que pese tenha a virtude de identificar o Estado como promotor da liberdade e interesse individual, não se percebe nesta obra de Hegel a consideração dos indivíduos enquanto seres plurais, parecendo reduzir-lhe ao todo/Estado. Nesse sentido, cf. SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.

²⁶² BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público / privado. In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 14.ed. São Paulo: Paz e Terra, p. 24.

interesse público”, cujo substrato é justamente a prevalência do coletivo sobre o indivíduo.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello preconiza a superioridade do interesse da coletividade, que há sempre de prevalecer sobre o interesse do particular, até mesmo para o asseguramento deste. Com isto, duas consequências surgiriam: “a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”²⁶³.

Hely Lopes Meirelles traça caminho semelhante, porém adota certa prudência quando, conferindo valor supremo ao interesse público, destaca que a prevalência do interesse público deve ser extraído do caso concreto²⁶⁴.

Observa-se de modo nítido que a concepção adotada estabelece não apenas a dissociação entre o interesse público e o interesse privado, mas sua verdadeira oposição. Acredita-se que esse raciocínio merece ser revisitado, haja vista que o conteúdo do “público” e do “privado” não existe necessariamente em relação de antagonismo.

A doutrina administrativista moderna antepõe à noção de interesse público a necessidade de situar a dignidade da pessoa humana como o epicentro da ordem constitucional²⁶⁵, pela simples razão de não ser possível “definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica”²⁶⁶.

²⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

²⁶⁴ A visão do autor pode se verificar no seguinte excerto: “A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto; daí a dificuldade que os autores enfrentam para a sua definição.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p 101). Embora estabeleça a primazia do interesse público, a dita “prudência” do autor se verifica quando afirma que o interesse será verificado no caso concreto. Trata-se de um avanço em relação às demais concepções tradicionais.

²⁶⁵ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 27.

²⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.38.

É partindo dessa linha intelectual que Paulo Ricardo Schier deixa claro que:

A assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que é tocado²⁶⁷.

Apesar da preciosa estruturação e arcabouço teórico do pensamento ora defendido, essa proposta de ruptura paradigmática em direção aos anseios constitucionais é tida por José dos Santos Carvalho Filho como uma “visão pretensamente modernista”. Para o administrativista, ainda que o ordenamento preveja garantias contra o Estado, o particular deve ceder sempre em face do coletivo²⁶⁸.

Em que pese a visão do autor, não parece compatível com a atual ordem constitucional defender um suposto “princípio” da supremacia do interesse público.

A incompatibilidade advém basicamente de três aspectos determinados:

- (a) o interesse norteador do Estado deve se identificar com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os objetivos da República explicitados na Constituição Federal;
- (b) denominar de “princípio” a supremacia de algum interesse representa uma contradição em termos;
- (c) é inadequada dicotomia entre público e coletivo, por um lado, e particular e individual, por outro.

Estas constatações inexoráveis, hauridas do contexto do Estado Democrático de Direito, indicam que o público, enquanto tal, realmente deve reposicionar o seu epicentro em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁶⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217-242.

²⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

Em primeiro lugar, há de se observar que as ações estatais, num estágio pretensamente democrático da sociedade, são legítimas apenas quando atendam aos preceitos constitucionais. A Constituição Federal é precisa ao fixar os fundamentos e objetivos da República, apontados nos arts. 1º e 3º, respectivamente, dispositivos cuja leitura permitem rechaçar de plano o aludido princípio da supremacia do interesse público.

Valores como “dignidade da pessoa humana”, construção de “sociedade livre, justa e solidária”, redução das “desigualdades sociais e regionais” e promoção do “bem de todos” não dão margem ao estabelecimento de um princípio que oriente a prevalência dos interesses do maior número de pessoas sobre as demais.

Ao contrário, o que se depreende da sua leitura é a orientação ao aplicador do direito para que considere a individualidade da pessoa humana, sem descuidar do contexto social em que está inserida, afinal pretende-se justiça, solidariedade e igualdade (no seu aspecto material).

Doutrina e jurisprudência brasileiras advertem sobre a dificuldade de conceituar a “dignidade da pessoa humana”. Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmén Lúcia Antunes, pontua que “não por ser um princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo se pode ignorar a ambigüidade e a porosidade do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana”²⁶⁹. Para a autora, a noção deste princípio está sempre em construção.

Sem ignorar esta limitação, Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável²⁷⁰

²⁶⁹ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, p. 2. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 de mai. de 2014.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 126.

A dignidade está presente em documentos internacionais históricos, sendo importante anotar sua ressignificação ao longo do tempo até alcançar o patamar que se extrai do trecho acima.

Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “dignidades” aparece no art. 7º do documento com o sentido de *status*, cargo, emprego²⁷¹. O salto qualitativo dado à expressão advém do século XVIII, quando o movimento iluminista conferiu nova inteligência à dignidade, que passou a se referir à condição humana e ao valor do indivíduo em si. O artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos positiva esta visão, assentando que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”²⁷²; o preâmbulo da Carta das Nações Unidas segue a mesma orientação, destacando, no pós-guerra, “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano”²⁷³.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, manteve essa postura axiológica, tendo adotado como fundamento da República esta perspectiva conceitual de dignidade, que se irradia por inúmeros dispositivos.

De fato, não há como dissociar a dignidade de artigos da Lei Maior como o art. 170, *caput*, que regulamenta a ordem econômica e prescreve o dever de assegurar “a todos a existência digna”; o art. 205, que alude à educação como direito de todos e dever do Estado a ser promovido e incentivado com vistas ao “pleno desenvolvimento da pessoa”; o art. 226, §7º, que dispõe sobre o planejamento familiar, estabelecendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana; o art. 227, *caput*, que anuncia como dever de todos garantir a dignidade à criança, ao adolescente e ao jovem; o art. 230, que determina a obrigação de defender a dignidade das pessoas idosas; o art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que, com a Emenda

²⁷¹ DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 23 mai. 2014.

²⁷² DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 23 de mai. de 2014.

²⁷³ A Carta foi incorporada ao ordenamento brasileiro através do Decreto nº 19.841/1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 28 mai. de 2014.

Constitucional nº 31 de 2000, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com o desiderato de assegurar “níveis dignos de subsistência”.

Pelo plexo de normas acima destacadas, deve-se concluir que as medidas tomadas pelo Estado, no campo da produção normativa ou das intervenções administrativas, devem ser norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente de normas infraconstitucionais mais específicas.

Esta é a constatação a que chega o autor Ricardo Maurício Freire Soares, quando afirma que no século XX ocorreu “a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, superando-se o modelo anacrônico segundo o qual a Constituição era vista como um mero convite político à atuação dos Poderes Públicos”²⁷⁴.

Dessa forma, estão postas e são aplicáveis as normas que disciplinam a atuação geral do Estado, estando bem fixado o direcionamento deste ente. O princípio da dignidade da pessoa humana se irradia de tal modo que potencializa a realização da justiça, promovendo a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, dentre outras consequências de relevância prática²⁷⁵.

Ao pronunciar a relevância axiológica da dignidade da pessoa humana, decreta-se por inteiro o afastamento da visão simplista do interesse público como interesse do maior número de pessoas, da coletividade ou do Estado, porque seria verdadeira instrumentalização do indivíduo inseri-lo em um grupo maior, amorfo, cujas pretensões não são passíveis de determinação.

Essa janela conceitual daria margem para o preenchimento arbitrário, raciocínio que, em última instância, abre possibilidade para o surgimento de regimes autoritários, promovidos pela suposta proteção do que a maioria deseja.

Gustavo Binebojm adverte nesse sentido, asseverando que

²⁷⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de Introdução ao Estado do Direito*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 191.

²⁷⁵ Nesse sentido: “O princípio da dignidade da pessoa humana permite, assim, reconstruir o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização da justiça ao oportunizar: a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional, a inadequação dos conceitos de ‘reserva do possível’ no constitucionalismo brasileiro, a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais, e a recusa a hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 264)

É fácil constatar porque a idéia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (ou do público sobre o privado) é incompatível com o Estado democrático de direito. Tributária do segundo imperativo categórico kantiano, que considera cada pessoa como um fim em si mesmo, a noção de dignidade humana não se compadece da *instrumentalização* das individualidades em proveito de um suposto 'organismo superior'²⁷⁶.

A dignidade humana, sem dúvida, é o cânon interpretativo que remete à revisitação da dicotomia público-privado, porém, segundo se entende, não pode ser lida senão em conjunto com os ditames constitucionais que preconizam a igualdade material e a promoção do bem estar – constantes dos objetivos da República, conforme sinalizado alhures.

É preciso avançar, ainda que de maneira breve, sobre a segunda razão de discordância com a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Reside esta, como pontuado, na contradição que há em construir um princípio que propõe, aprioristicamente, a prevalência de um valor (público) sobre outro (privado).

Da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, é possível entender as razões pelas quais não se deve conferir legitimidade à dita supremacia. A colisão entre dois princípios, para o autor, gera à necessidade de cessão de um deles. Desta colisão, entretanto, não resulta a invalidade do princípio cedente, mas apenas a conclusão de que, à luz de determinadas condições, ocorre aquela prevalência²⁷⁷.

À primeira vista, nota-se que o substrato fático é essencial para a análise da colisão entre duas normas-princípios, o que torna o resultado da operação inesperado, impassível de antecipação. Consequentemente, um princípio não pode se apresentar como supremo em relação a outro, salvo após – e provisoriamente - o processo de “colisão”, que depende da concretude do caso para se instaurar.

²⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. Ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 83.

²⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93.

Para Humberto Ávila somente as circunstâncias do fato concreto determinam o peso relativo de cada norma-princípio. Por isto a solução de uma colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual”²⁷⁸.

Efetivamente, o que se observa é que as condições ditam a prevalência de um princípio – e somente elas. Ademais, da operação de colisão não se extrai que o princípio “vencedor” passa a ser supremo, pois a relativização do contraposto não significa diminuição do valor envolvido, mas tão somente retração para aplicação do seu colidente – e de acordo com as circunstâncias específicas do caso.

Por este simples motivo é que a supremacia do interesse público sobre o privado pode ser categorizado como “‘uma regra abstrata de preferência no caso de colisão’ (‘Kollisionspräferenzregel’) em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio *prima facie*”²⁷⁹.

Disto isto, é necessário voltar-se para a Constituição Federal de 1988, para compreender que seu texto alberga tanto os interesses ditos “privados” como “públicos”, sendo precipitada a instituição da supremacia de um deles.

Da gama de direitos fundamentais asseguradas pela Lei Maior, depreende-se que o Estado deve se mobilizar em torno da proteção destes valores, e não de interesse previamente determinado e identificado com algum titular.

Ao colocar em polos obrigatoriamente opostos o interesse coletivo e o individual, ignora-se que a própria “realização de interesses particulares quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois aqueles são também públicos”²⁸⁰.

²⁷⁸ ÁVILA, Humberto. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 180-181

²⁷⁹ ÁVILA, Humberto. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional, In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 185.

²⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 142.

Isto significa que a realização do interesse público não será sempre a realização do interesse da maioria ou do Estado, podendo, contudo, confundir-se com estes se as circunstâncias do caso concreto assim demandarem.

Retomando à *summa divisio* direito público/direito privado é imprescindível repensá-la no estágio político-social atual.

A conservação destas categorias, origem mediata da separação entre interesse público e privado, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. O privado, não obstante possa ser tido como sinônimo de individual, não pode ser mais enxergado como oposto ao público ou coletivo. O respeito à individualidade integra a *anima* da coletividade, de modo que da colisão do interesse de um grupo maior não resultará necessário o domínio sobre o menor, ainda que este último represente uma única pessoa.

Não só é lícito como é dever do estado proteger a pessoa humana em sua dignidade, sendo irrelevante a quantidade de pessoas que se contrapõem ao seu interesse: não se trata de uma colisão quantitativa, mas qualitativa.

Esta reflexão é corroborada pelas palavras de Daniel Sarmiento, que constitui a síntese do posicionamento adotado e demanda transcrição integral:

[...] o critério público/privado não é útil para a resolução de conflitos de interesses que se estabeleçam numa sociedade aberta e democrática, seja pela imprecisão e indeterminação intrínsecas aos respectivos conceitos, seja pelo reconhecimento de que ambas as dimensões da vida humana, pública e privada, - se é que de apenas duas dimensões se pode falar - são igualmente importantes para a realização existencial da pessoa, e é a pessoa, e não o Estado, o 'valor-fonte' do ordenamento jurídico, na feliz expressão de Miguel Reale²⁸¹. Não há, por outro lado, dois ordenamentos jurídicos distintos, correspondentes ao Direito Público e ao Direito Privado, mas uma única ordem jurídica, que tem no seu cimo uma Constituição, cujos princípios e valores devem informar a resolução dos conflitos surgidos em qualquer área²⁸².

Entende-se, portanto, que o interesse público é também integrado pelo interesse privado, na medida em que o individual constitui o coletivo e é dele

²⁸¹ O autor pontua que a expressão é retirada de: REALE, Miguel. A pessoa, valor-fonte fundamental do Direito. In: *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 59-69.

²⁸² SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

indissociável. Resulta deste ponto de vista ser mais adequado falar em interesses públicos (no plural), dada a sua variabilidade e fluidez conceitual. A amorfia, aqui, não representaria um “cheque em branco” para o aplicador do direito, querendo indicar apenas a pluralidade aferível no caso concreto.

Em viés sinótico, a relação entre público e privado no Estado Democrático de Direito exige um continente “fixo” – extraído do princípio da dignidade da pessoa humana e da promoção da igualdade – e um conteúdo “líquido” – condições extraídas da situação concreta. A relação continente/conteúdo é constante e propicia resultado que tende a ser diverso do que seria construído a partir da prevalência de um dos interesses.

Uma vez que as diretivas antecipadas de vontade podem contrapor a autonomia do indivíduo ao direito à vida, há de se identificar qual o posicionamento adequado do Estado quando desta colisão. Deve ser analisada, assim, a possibilidade de disposição da vida.

4.3. O DIREITO À VIDA E A ANÁLISE DA SUA DISPONIBILIDADE POR PARTE DO INDIVÍDUO

Os direitos pressupõem a vida²⁸³ e, por esta razão, seria ela “o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais”²⁸⁴. Desta constatação, entretanto, é preciso investigar se a vida tem em si valor absoluto, colocando-se em relação de prioridade diante dos demais direitos constitucionais.

²⁸³ Neste sentido: “a *vida humana*, que é objeto do direito assegurado no art. 5.º, *caput*, da CF/1988 integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). (...) Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos” (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 198).

²⁸⁴ JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 663. De igual modo, cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

A abordagem do tema é inadiável dentro do contexto das diretivas antecipadas de vontade. É preciso saber quais limites a ordem jurídica impõe à autonomia do indivíduo que declara quais tratamentos deseja receber em caso de incapacidade de se expressar.

Nesse ponto, o estudo perpassa pela avaliação da possibilidade de disposição da vida, bem como pela existência do intitulado “direito de morrer”.

Predomina na doutrina constitucionalista brasileira o entendimento segundo o qual a vida é um bem indisponível por parte do indivíduo. Todavia, há forte corrente que sustenta a possibilidade de disposição deste direito.

Celso Ribeiro Bastos preleciona exatamente nesse último sentido. O autor refuta o caráter indisponível do direito à vida e apresenta basicamente dois fundamentos.

O primeiro deles é a distinção entre indisponibilidade e inviolabilidade. A Constituição Federal prescreve a “inviolabilidade” do direito à vida e não a sua “indisponibilidade”. Inviolabilidade seria proteção contra ato de terceiros; indisponibilidade seria impossibilidade de dispor. Se a Constituição assegura apenas a “inviolabilidade”, pode o indivíduo dispor livremente da sua vida.

O segundo fundamento é a inexistência, no Direito Penal, de punição para a tentativa de suicídio. Assim, chegar-se-ia à conclusão de que o titular do direito pode dele dispor irrestritamente, por inexistência de empecilho constitucional²⁸⁵.

²⁸⁵ Na íntegra, as palavras do autor, proferidas por ocasião de parecer referente às transfusões de sangue em Testemunhas de Jeová: “Antes de adentrarmos no próximo tópico que trata de uma espécie de liberdade, que é a religiosa, cumpre ainda observar, dentro da questão do direito à vida e à livre disponibilidade, que a legislação criminal pune aquele que pratica o homicídio, aquele que pratica o aborto e, por fim, aquele que auxilia na prática do suicídio. Nesta última hipótese, contudo, não há punição para o próprio autor da tentativa de suicídio. Insista-se, neste ponto, que a Constituição acaba por assegurar, tecnicamente falando, a inviolabilidade do direito à vida, assim como o faz quanto à liberdade, intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente. Não se trata, propriamente, de indisponibilidade destes direitos. Realmente, não há como negar juridicidade a ocorrências nas quais pessoas se despojam inteiramente, v.g., de sua privacidade. Não se vislumbra qualquer cometimento de um ato contrário ao Direito em tais circunstâncias. Por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos. No caso presente, não se fala em indisponibilidade, mas sim de inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é a “inviolabilidade do direito à vida” (art. 5º, caput)”. (BASTOS, Celso Ribeiro. Parecer. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Revista Igualdade XXXV. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2_2.php. Acesso em: 31 jul. 2014).

Antes de tecer comentários sobre esse pensamento, importa pontuar que a visão do autor constitucionalista é extraído de parecer sobre o direito de recusa de pacientes à transfusão de sangue²⁸⁶. Refere-se, assim, a pessoas em estado de plena consciência.

De pronto, vê-se que o contexto é distinto do objeto deste estudo, no qual se analisam situações de incapacidade de expressão da vontade atual do paciente.

Não obstante, as premissas das quais se utiliza Celso Ribeiro Bastos são empregada por outros autores para justificar a possibilidade de livre disposição do bem jurídico vida²⁸⁷⁻²⁸⁸. Por não representar entendimento isolado, merece ainda mais detida observação.

Analisar-se-á cada uma dessas premissas, de modo a investigar se existe ou não autorização constitucional para a disposição da vida e, caso exista, em que medida ela se dá.

²⁸⁶ Gustavo Binembojm, no exercício do mister de procurador do estado do Rio de Janeiro, também apresentou parecer pela possibilidade de transfusão de sangue em testemunhas de jeová, sem, contudo, discutir a disponibilidade do direito à vida. O autor fundamenta seu argumento na superação do modelo paternalista da medicina, na pluralidade/respeito à diferença característicos do Estado Democrático de Direito, na liberdade religiosa, no direito ao próprio corpo, e à privacidade. Quanto ao direito à vida, afirma o autor: “É bem que de se ver que não há qualquer colisão ou contradição do exercício da autonomia privada com o direito à vida. Com efeito, o direito à vida consiste no direito ao modo singular de ser e viver de cada pessoa humana, coerente com suas íntimas convicções ou seus desejos mais recônditos, ainda quando diferentes dos professados pela maioria das pessoas. O risco de morte, em situações de grave periculosidade à vida do paciente, deve ser entendido como mais um dentre os inúmeros riscos interentes ao viver humano” (BINEBOJM, Gustavo. Parecer nº 09/2009. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro. Vol. 65. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=464993>. Acesso em: 30 jul. 2014).

²⁸⁷ Nesse sentido, Carlos Barquero, citado por Manuel de Rivacoba, afirma que “*La vida ha de considerarse un bien jurídico disponible por parte de su titular, debiéndose reconocer absoluta libertad de disposición.*” (RIVACOBÁ, Manuel de Rivacoba y. Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 45. vol. 2, Coleção Jus Aeternum.); também cf. PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54-57.

²⁸⁸ Outra observação inadiável é a de que o parecer de Celso Ribeiro Bastos se destina a situações em que alguém deseja intervir para salvar a vida e se quer reconhecer a autonomia para impedir esta intervenção. Enquanto isto, o argumento da disponibilidade livre e absoluta da vida se depara com situações de intervenção para a prática da morte. Ainda que neste último caso haja consentimento, o âmbito de discussão, ao que parece, é bastante distinto, devendo portanto se ter cuidado com a transposição do raciocínio sem mais detida análise.

4.3.1. Indisponibilidade ou inviolabilidade do direito à vida?

A distinção entre indisponibilidade e inviolabilidade do direito à vida é defendida com suporte na própria terminologia empregada pela Constituição Federal de 1988. De fato, a Carta Magna prescreve, no seu art. 5º, *caput*, a “inviolabilidade do direito à vida”.

Como antecipado, para Celso Ribeiro Bastos, inviolabilidade e indisponibilidade não se confundem, sendo inviolável e disponível o direito à vida²⁸⁹.

Laura Scalldaferri Pessoa compartilha deste entendimento e assevera:

Mas quando um indivíduo singular e determinado é o único titular do bem jurídico – e esse é o caso da vida – sua possibilidade de disposição não pode sofrer nenhuma limitação, aí incluída naturalmente a disposição que resulta na própria destruição do objeto²⁹⁰

Para a autora, a defesa da indisponibilidade do direito à vida é fruto da influência cristã que enxerga na vida um dom divino – e a Deus pertencente²⁹¹. O Estado, afirma, não pode incorporar este preceito, dada a sua necessária laicidade. Assim, conclui: “A indisponibilidade, como já afirmado, significaria a própria perda do direito à vida, com a transferência da qualidade de titular do bem jurídico do indivíduo para um ente diverso”²⁹².

²⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Parecer. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Revista Igualdade XXXV. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2_2.php. Acesso em: 31 jul. 2014.

²⁹⁰ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

²⁹¹ A indisponibilidade do direito à vida recebe, certamente, influxos do Cristianismo. Basta recordar que Caim foi expulso do paraíso e condenado a vagar sem rumo por ter assassinado seu irmão, Abel (Nesse sentido: “E agora maldito és tu desde a terra, que abriu a sua boca para receber da tua mão o sangue do teu irmão/Quando lavrares a terra, não te dará mais a sua força; fugitivo e vagabundo serás na terra” (Gênesis, Capítulo 4, Versículos 11-12. *Bíblia Sagrada*. 28. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1973, p. 6). Por outro lado, o Decálogo apresentado pelo profeta Maomé trazia como quinto mandamento o imperativo “não matarás” (Êxodo, Capítulo 20. *Bíblia Sagrada*. 28. ed. Trad. João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1973, p. 77).

²⁹² PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.

Postergando-se o debate sobre a disponibilidade ou não, deve-se afirmar que não se entende que a indisponibilidade da vida representaria a transferência de sua titularidade para ente diverso – o Estado, no caso.

É ainda mais equivocada – acredita-se – a assertiva de que a transferência da titularidade representaria, por si só e automaticamente, a perda do direito à vida.

Em verdade, esse argumento que oscila entre extremos está fadado a incorrer nos mesmos equívocos que condena. É dizer: ao contrapor-se ao direito indisponível à vida e propor sua substituição pelo direito irrestrito à autonomia, migra-se de um oposto a outro, mas submete-se às mesmas críticas que se opunha.

Já tendo sido feita menção à Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, torna-se fácil compreender a inexistência de direito fundamental absoluto. É que, uma vez postos em colisão, os direitos são todos passíveis de restrição – dadas circunstâncias específicas²⁹³.

Assim, o direito à vida não é absoluto. O direito à autonomia não é absoluto²⁹⁴. Desta assertiva decorre a conclusão de que as restrições²⁹⁵⁻²⁹⁶ a um e outro não devem ser entendidas como transferência de titularidade ou perda do mesmo, mas como decorrência natural do conflito entre eles.

²⁹³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 300-301.

²⁹⁴ A expressão “absoluto”, neste ponto, significa inflexível, indiscutível, irrestringível. A ressalva deve ser feita porque, como é cediço, costuma-se elencar, como característica dos direitos da personalidade (e entre eles está a vida), o seu caráter absoluto no sentido de “oponível *erga omnes*”. Nesse sentido: SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 21.ed. Atualizadora Maria Celina Bodin de Moraes. São Paulo: Forense, 2006, p. 242.

²⁹⁵ Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto: “Mesmo que dado direito fundamental esteja previsto sem qualquer contenção firmada pelo legislador constituinte originário, isso não deve engendrar conclusão de que poderá ser exercido sem peias ou limites, principalmente porque a ideia poderia reconduzir à prevalência absoluta de um direito fundamental em face de outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios da unidade e da concordância prática” (SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 673).

²⁹⁶ Nesse sentido: “Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face de princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites. Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições a sua própria restrição e restringibilidade” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 300-301)

O direito à vida permanecerá sendo do indivíduo, ainda que o Estado eventualmente imponha algumas restrições a ele. Não haverá, com isto, apropriação ou extinção do direito do cidadão.

Aliás, frise-se que o ordenamento jurídico está repleto de leis que restringem o exercício do direito à vida, bem como de outros direitos também caros ao indivíduo²⁹⁷.

Trata-se de uma atitude nitidamente paternalista, que retira do cidadão o direito de decisão no intuito de proteger-lhe, mas não lhe tolhe o direito em si – ao revés, busca potencializá-lo.

Como primeiro exemplo, veja-se que o Código de Trânsito Brasileiro prevê como infração grave a não utilização do cinto de segurança²⁹⁸. A norma merece menção específica porque o desrespeito à obrigatoriedade deste item afeta única e exclusivamente o titular do direito à vida²⁹⁹.

Com semelhante caráter, a legislação trabalhista exige a utilização, pelo empregado, de equipamentos de proteção individual, cobrando do empregador sua fiscalização. Esses equipamentos protegem a pessoa e, ainda que pretenda

²⁹⁷ Recorde-se, em sede internacional, o célebre caso do “arremesso de anões”. O prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou estabelecimento no qual se realizava esta prática de entretenimento, caracterizada pelo lançamento de anões em casas noturnas. O anão e o estabelecimento levaram o caso ao tribunal administrativo, que cassou a decisão do prefeito. O Conselho de Estado (mais alta corte administrativa da França), por sua vez, reformou a decisão, aludindo ao princípio da dignidade da pessoa humana como suficiente para a interdição da atração realizada. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge.html>. Acesso em: 13 Ago. 2014.

²⁹⁸ “Art. 65. É obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional, salvo em situações regulamentadas pelo CONTRAN; Art. 167. Deixar o condutor ou passageiro de usar o cinto de segurança, conforme previsto no art. 65: Infração – grave. Penalidade – multa. Medida administrativa - retenção do veículo até colocação do cinto pelo infrator. (BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Lei nº 9.503/1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 30 jul. 2014).

²⁹⁹ Ressalte-se a hipótese em que o condutor se encontra com outros passageiros no veículo, já que estudos demonstram que a não utilização do cinto pode comprometer a vida alheia (DENATRAN. III Seminário Denatran de Educação e Segurança no Trânsito. Cinto de Segurança. Disponível em: [http://www.denatran.gov.br/eventos/seminarios/cinto_cadeirainha/arquivos/MARCUS%20ROMA%20RO%20-%20III%20Semin%C3%A1rio%20DENATRAN%20\(Cinto%20de%20Seguran%C3%A7a\).pdf](http://www.denatran.gov.br/eventos/seminarios/cinto_cadeirainha/arquivos/MARCUS%20ROMA%20RO%20-%20III%20Semin%C3%A1rio%20DENATRAN%20(Cinto%20de%20Seguran%C3%A7a).pdf). Acesso em: 01 ago. 2014)

ela não utilizá-los, arriscando a sua vida, a lei o obriga – a ponto de ser demitido por justa causa em caso de reiteração do desuso³⁰⁰.

Por fim, e ainda que não se refira diretamente ao direito à vida, a Lei Maria da Penha foi criada com o propósito de reduzir a diferença de gênero e proteger a mulher no âmbito das relações íntimas de afeto³⁰¹. O Supremo Tribunal Federal, analisando a constitucionalidade da lei, chancelou a sua compatibilidade com a Constituição e ainda declarou o caráter público incondicionado da ação penal com a qual se persegue o crime de violência doméstica³⁰².

Sendo mais claro, o STF declarou que, ainda que a mulher seja contrária à persecução penal do seu agressor, o Ministério Público poderá denunciá-lo.

A digressão feita busca apenas revelar que há leis e decisões judiciais que demonstram a existência de restrições aos direitos dos cidadãos, o que não significa usurpação da sua titularidade, muito menos a sua extinção – repete-se.

Em todos os casos citados, a autonomia, vontade ou interesse privado do cidadão pode ser diverso daquele prescrito na lei – ou compreendido pela jurisprudência – e, ainda assim, não prevalecerá.

Com isto, pode-se afirmar com segurança que o titular do direito à vida é o cidadão e não o Estado. Os direitos fundamentais são titularizados pelo indivíduo e o Estado existe em sua função - e não o inverso. Não por outra razão, a matriz orientadora daquele ente é o princípio da dignidade da pessoa humana, como se concluiu em momento precedente.

³⁰⁰ Nesse sentido prescreve a Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 158 - Cabe aos empregados: [...] Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: [...] b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa”.

³⁰¹ Lei Maria da Penha, art. 1º: “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 04 ago. 2014)

³⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Constitucionalidade nº 19. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424.

Ocorre que os direitos fundamentais são reconhecidos pela doutrina como irrenunciáveis³⁰³⁻³⁰⁴, não podendo, ainda, ser alienados ou transferidos³⁰⁵⁻³⁰⁶.

À míngua de prescrição constitucional pela indisponibilidade da vida, acredita-se que o reiterado discurso doutrinário que lhe atribui essa característica advém da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais em geral.

Todavia, há de se concluir, diante da inexistência de direitos absolutos, que a vida é, em última instância, bem disponível. A sua disposição, contudo, depende de esforço argumentativo claro, que impede a afirmação de que se pode dispor “livremente” deste direito.

Adiar-se-ão comentários específicos a esse entendimento para apresentar o segundo argumento usualmente empregado para fundamentar a disponibilidade do direito à vida: a ausência de punição para a tentativa de suicídio.

³⁰³ Juarez Estevam Xavier Tavares afirma que a vida é “evidentemente irrenunciável”, de modo que o consentimento da vítima não pode, de modo algum, refletir-se na caracterização do injusto. (TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *O consentimento do ofendido no direito penal*. [S.L.]: [1990]). Recorde-se também que o Código Civil plasmou no seu art. 12 a irrenunciabilidade dos direitos à personalidade: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

³⁰⁴ Virgílio Afonso da Silva defende a possibilidade de renúncia em dada situação, mas rechaça a renúncia total e voltada a todo e qualquer ato. Nesse sentido: “Quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação. Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa situação determinada. E só pode ser assim, quer se trata de direitos fundamentalíssimos, quer se trata de direitos patrimoniais [...]” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64-65) Anote-se, em complemento, que a renúncia, para dada situação, do direito à vida, implica na renúncia total e perene, tendo em vista a peculiaridade deste bem.

³⁰⁵ “Direitos fundamentais não são passíveis de alienação, deles não se pode dispor, tampouco prescrevem. Inalienabilidade é características que exclui quaisquer atos de disposição, quer material – disposição física do bem -, quer jurídica – renúncia, compra e venda ou doação” (MASSON, Nathalia. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 197).

³⁰⁶ Tratando dos direitos humanos e sua imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade, assevera André de Carvalho Ramos: “A imprescritibilidade implica reconhecer que tais direitos não se perdem pela passagem do tempo existindo o ser humano, há esses direitos inerentes. A inalienabilidade pugna pela impossibilidade de se atribuir uma dimensão pecuniária desses direitos para fins de venda. Finalmente, a indisponibilidade ou irrenunciabilidade revela a impossibilidade de o próprio ser humano – titular desses direitos – abrir mão da sua condição humana e permitir a violação desses direitos” (RAMOS, André de Ramos. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94)

4.3.2. A ausência de punição para a tentativa de suicídio como fundamento para a disponibilidade do direito à vida

É também usual que se empregue, como fundamentação para a disponibilidade livre e irrestrita do direito à vida, a inexistência de punição para a tentativa de suicídio³⁰⁷. Dessa compreensão, chega-se a extrair do ordenamento jurídico um suposto “direito de morrer”.

No âmbito do Direito Penal, a doutrina é uníssona. Para os estudiosos do ramo, não se pode confundir a ausência da punição com a ausência de ilicitude. Dito de outra forma, entende a doutrina que o suicídio é ilícito, conquanto seja desprovido de punição correlata.

Argumentos diversos – que não a licitude do suicídio – justificariam a ausência de sanção penal para a conduta. Seriam eles:

- (a) a instituição de pena para a tentativa de suicídio é destituída de função coativa psicológica – função preventiva da pena³⁰⁸. A pessoa que pretender eliminar sua própria vida não seria inibida pela existência de sanção penal³⁰⁹;
- (b) a prisão de alguém que tentou se matar é destituída de lógica porque se este ato foi praticado em liberdade, com muito mais motivação seria praticado no cárcere³¹⁰;

³⁰⁷ Nesse sentido o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, transcrito inicialmente.

³⁰⁸ Sobre a função preventiva da pena, ensina Cezar Roberto Bitencourt: “A prevenção geral fundamenta-se em duas idéias básicas a idéia da intimidação ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. [...] Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114).

³⁰⁹ “Afora a insensatez que seria criminalizar o *suicídio* em si, observando-se as finalidades declaradas da sanção criminal, sob o ponto de vista *repressivo* seria indefensável uma pena contra um cadáver (*mors omnia solvit*); sob o ponto de vista *preventivo*, seria absolutamente inócua, a ‘coação psicológica’ contra quem não se intimida sequer com a superveniência imediata da própria morte” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Vol. 2. 7.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96)

³¹⁰ Nessa linha, cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Vol. II. 10.ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 195; VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia: humanizando a visão jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 221.

(c) o Direito Penal é norteado pelo princípio da lesividade, especificamente no subprincípio ou aspecto deste, denominado “alteridade”³¹¹. A noção de alteridade empregada pela doutrina penalista estatui que não se deve punir a conduta que não excede o âmbito do próprio autor, que é exatamente o que se tem no caso do suicídio – bem como das automutilações³¹²;

Em síntese, a ausência de punição para a tentativa de suicídio é entendida como medida de Política Criminal, uma opção do Estado feita após sopesar benefícios e prejuízos da instituição de sanção para a conduta.

A ideia da ilicitude da conduta suicida é reforçada por outro dispositivo do Código Penal. O diploma codificado prevê o crime de constrangimento ilegal, aplicável a todo aquele que obrigar alguém a fazer aquilo que a lei não manda, ou a não fazer o que a lei permite³¹³.

Embora típica a conduta denominada de “constrangimento ilegal”, o art. 146, §3º, II, do CP, autoriza a coação quando exercida para impedir o suicídio.

Para a doutrina penal brasileira, a vida é bem indisponível³¹⁴, do que decorre a autorização legal para impedir o suicídio. Sendo esta conduta

³¹¹ Já mencionado quando da abordagem do suicídio como expressão da autonomia do indivíduo, a alteridade é entendida como aspecto da lesividade para Nilo Batista, que afirma: “Este princípio [da lesividade] transporta para o terreno penal a questão geral da *exterioridade e alteridade* (ou *bilateralidade*) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo -, o direito ‘coloca face-a-face, pelo menos dois sujeitos’” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 91).

³¹² Assim leciona Rogério Greco: “Assim, por mais que a vida seja um bem que mereça a proteção do Estado, dada sua evidente importância, tal proteção não poderá ser realizada por intermédio do Direito Penal na hipótese daquele que procurar eliminar a própria vida. Isso porque tal comportamento não tinge bens de terceiros, senão os do próprio agente, da mesma forma que não pode o Estado, punir, também por intermédio do Direito Penal, as automutilações” (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Vol. II. 10.ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 194).

³¹³ Nos termos do Código Penal: “Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

³¹⁴ Na doutrina argentina, Hans Joachim Hirsch não só defende a indisponibilidade como discorre que, abandonada a proteção da vida por si mesma, poderia ser gerada uma colisão de interesse entre o individual – pela manutenção da vida – e um eventual interesse geral em sua destruição, tratando-se de simples questão de ponderação. O autor defende um interesse geral jurídico-penalmente relevante de respeito à vida do próximo: “*más allá del interés individual del sujeto en la protección de su vida, se afirma la existencia de un interés general jurídico-penalmente relevante en el respeto de la vida de los congéneres*”. (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [1990], p. 80).

antijurídica, não pode ser punido aquele que coage o suicida. Nesse sentido ensina Luiz Régis Prado:

A par disso, tem-se que tampouco configura o delito de constrangimento ilegal a coação exercida para impedir suicídio. A indisponibilidade do direito à vida motiva a exclusão da ilicitude de quem, buscando impedir o suicídio de outrem, emprega violência, grave ameaça ou qualquer outro meio hábil a reduzir-lhe a capacidade de resistência. Consoante destacado, não há constrangimento na coação exercida para impedir a prática de uma conduta antijurídica (v.g., suicídio). Na hipótese em análise, há conflito de bens de valor desigual, com sacrifício do bem de menor valor (liberdade pessoal) ³¹⁵⁻³¹⁶.

Resumindo-se, o suicídio é compreendido pela doutrina brasileira como ato ilícito na órbita penal e sua ilicitude autoriza, inclusive, a coação voltada para impedi-lo. Esta visão conflita diretamente com a exposta inicialmente, segundo a qual a ausência de punição para a tentativa de suicídio corroboraria a possibilidade de livre disposição da vida.

Oportunamente, há de se reiterar que não se acredita na indisponibilidade apriorística do direito à vida – aspecto que será abordado adiante, insista-se. Nesse contexto, não há como negar que conceber o direito à vida como disponível (ainda que em última instância), gera repercussões inevitáveis na ideia que se tem de ilicitude do suicídio.

Embora não seja objeto deste estudo investigar diretamente a licitude ou ilicitude do suicídio, não se pode furtar a apontar essa contradição. Se o fundamento da ilicitude do suicídio é a indisponibilidade do direito à vida, a conclusão pela disponibilidade há de ser confrontada com esse raciocínio.

Para explorar o tema de maneira mais substancial, ver-se-á o entendimento pela existência do suposto “direito de morrer” para, então, analisar todos estes argumentos em conjunto.

³¹⁵ PRADO, Luiz Régis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. Vol. 4. São Paulo: RT, 2014, p. 311-312.

³¹⁶ Também nesse sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Vol. 2. 7.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96; MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado: parte especial*. Vol. 2. 4.ed. São Paulo: Método, 2012, p. 223; JESUS, Damásio E. *Código Penal anotado*. 6.ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 438.

4.3.3. A análise da existência do “direito de morrer”

A existência de um suposto direito de morrer guarda íntima conexão com a autonomia do indivíduo ou com o “interesse privado”, expressão empregada no início do corrente Capítulo.

O direito de morrer se enquadra numa visão que alija completamente o Estado, porque privilegia apenas o querer do cidadão - nada além. Em seguida, exige deste mesmo Estado a chancela da vontade expressada.

Diaulas Costa Ribeiro³¹⁷ expõe claramente o seu raciocínio nesse sentido. Para o autor, “viver a vida com autonomia é um direito potestativo, que pode ser exercido sem qualquer anuência de terceiros; ninguém precisa de licença de outrem para viver a sua própria vida, mormente em países sem pena de morte”. Esta seria a razão para impedir que o Estado opusesse restrições ao direito de morrer.

Nessa esteira, o direito de viver seria renunciável³¹⁸ pelo seu titular, porque, do contrário, seria “dever” e não “direito”.

O entendimento não é isolado. Para Marco Antônio Oliveira Azevedo³¹⁹, o direito de viver corresponde a um poder. Este poder é fruto da inexistência de direito alheio de exigir que o indivíduo não disponha de sua própria vida.

Em outras palavras, para o autor, se terceira pessoa não pode exigir que alguém permaneça vivo, este alguém tem o “poder” sobre sua vida.

Prosseguindo nesse raciocínio, afirma que retirar o poder do indivíduo sobre a sua própria vida corresponde a escravizá-lo. Transcreva-se:

Parece-me que alegar a impossibilidade de fazer uso de um poder de modo a retirar de outrem a proibição de dar fim à minha vida é, em analogia, escravizar-me. É submeter-me a uma obrigação sem que exista qualquer portador plausível de algum direito sobre mim. É impedir-me de forma arbitrária de fazer uso do poder que razoavelmente tenho ou ao menos deveria ter

³¹⁷ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2006, vol.22, n.8, p. 1749-1754.

³¹⁸ Veja-se que, embora haja divergência quanto à disponibilidade ou não da vida, nenhuma das referências mencionadas entende pela possibilidade de “renúncia” ao bem.

³¹⁹ AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. *O direito de morrer*. Disponível em: <www.rolim.com.br/2002/_pdfs/leitor.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2010.

sobre mim mesmo e sobre minha própria vida (sabendo-se que se tratam de circunstâncias nas quais é razoável que a vida tenha deixado de ser um bem a seu portador)³²⁰.

Por fim, a conclusão a que chega o autor é que o “direito de morrer” é essencial ao “direito à vida” e pensamento oposto implica em impor a vida como obrigação – e caminhar para o totalitarismo³²¹.

Para Paulo Cesar Santos Bezerra, conflitos sobre a eutanásia (e, portanto, pelo direito à vida) devem ser resolvidos no âmbito da esfera privada do “moribundo paciente” e de sua família. A intervenção do Estado não deveria alcançar este espaço, mas apenas interesses escusos por ventura existentes – como a eutanásia praticada para o recebimento de herança³²².

Inúmeras objeções podem ser feitas a estas compreensões³²³. A primeira delas, amparada nas lições de Francisco Pontes de Miranda, é a de que não há como se extrair, do direito de viver, o direito de morrer. Com precisão, o autor preconiza:

Pensou-se que o direito à vida implicava direito à morte. O homem, se tem direito de viver, tem direito de morrer. A sociedade não teria interesse a pregar à vida quem não a quer. O suicídio seria saída voluntária do círculo social. O sofisma ressalta. A todo direito corresponde dever, mas dever de outrem; a toda pretensão corresponde obrigação, mas obrigação de outrem. Se o sujeito passivo é total, o próprio titular está incluído, no que se possa evitar a confusão³²⁴

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco expõem pensamento semelhante ao de Pontes de Miranda. Para os autores, o direito de viver, por ser um direito, não se confunde com uma liberdade. Disto se poderia concluir que

³²⁰ AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. *O direito de morrer*. Disponível em: <www.rolim.com.br/2002/_pdfs/leitor.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2010.

³²¹ AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. *O direito de morrer*. Disponível em: <www.rolim.com.br/2002/_pdfs/leitor.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2010.

³²² BEZERRA, Paulo Cesar Santos. O Direito à vida à luz de uma questão polêmica: a eutanásia. In: *Diké*. Revista Jurídica do Curso de Direito da Uesc. Ano VIII. Ilhéus: Editus, 2006, p. 22.

³²³ Também refutando o direito de morrer, cf. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 135-136; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20.ed. revista, atualizada e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 117.

³²⁴ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, p. 41-42.

não se inclui naquele a opção por não viver. Não por outra razão, a vida deve ser protegida ainda que contrariamente à vontade do seu titular³²⁵.

Esta última visão, em particular, chama a atenção porque ressalta uma dificuldade de ordem prática do argumento pelo direito de morrer.

Entende-se que, existindo esse direito, à renúncia do seu titular corresponderia a possibilidade de o Estado se abster quanto às ações que beneficiam aquele cidadão.

Seguindo esta linha, se a pessoa atenta contra a sua própria vida, estaria clara a sua intenção de morrer. Como o Estado deve se afastar quando o indivíduo manifesta a sua autonomia – à qual se confere valor irrestrito -, não teria este ente mais qualquer obrigação para com o suicida.

Não parece ser esta a razão de existir do Estado, conforme se anunciou de maneira pormenorizada. Acredita-se que interesse privado e interesse público devem gravitar em torno de um mesmo critério orientador, o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio repele o direito irrestrito de morrer e seus desdobramentos.

É dever refutar, ainda, a compreensão de que a inexistência do direito de morrer conduz a trilha para o totalitarismo.

A existência de um Estado Democrático de Direito está atrelada ao exercício da democracia, o que não significa, entretanto, direito à liberdade ilimitada. Ainda que a democracia seja, por excelência, o espaço político-ideológico da expressão da liberdade, o cidadão não poderá cobrar do Estado o cumprimento de toda e qualquer vontade sua.

Por isto se encara como absurda a construção de que a opção de determinado indivíduo pela morte tem como consequência a necessária autorização de terceiro para que lhe tirem a vida³²⁶. Pensar deste modo é afastar as normas vigentes do ordenamento para privilegiar a autonomia, sem critérios.

³²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 260. Também cf. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 121-122.

³²⁶ AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. *O direito de morrer*. Disponível em: <www.rolim.com.br/2002/_pdfs/leitor.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2010.

A expressão da autonomia, portanto, mesmo no regime democrático, é valor norteador, mas ponderável e restringível. O Estado deve intervir para viabilizá-la ou restringi-la.

Neste contexto de superdimensionamento da autonomia, Hans Joachim Hirsch aduz de modo categórico que aqueles que desejam a morte necessitam de apoio espiritual diante desses desejos depressivos, não da ajuda de alguém que lhes possa tirar a vida impunemente³²⁷.

Em que pese o caráter moral da ponderação do autor, trata-se de argumento a ser considerado, importante diante do extremismo a que se vê conduzida a discussão sobre o direito à disposição irrestrita da vida.

4.4. A INDISPONIBILIDADE *PRIMA FACIE* DO DIREITO À VIDA

Já se viu, até aqui, que há doutrinadores que defendem a possibilidade de disposição da vida, alegando sua inviolabilidade, mas sua disponibilidade; outros que entendem ser a vida bem indisponível e, por fim, que existem restrições no ordenamento ao exercício de alguns direitos fundamentais.

Como já antecipado, este estudo não se posiciona pela existência de direitos absolutos, nem mesmo o direito à vida. A vida é bem disponível, porém é preciso delimitar o âmbito de sua disposição – sempre criterioso e nunca irrestrito, segundo se entende.

Fosse a vida bem indisponível, a Constituição Federal de 1988 não teria prescrito, no seu art. 5º, XLVII, a autorização à pena de morte em caso de guerra declarada³²⁸⁻³²⁹. Estando diante de um ordenamento que valoriza a vida e se

³²⁷ HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [1990], p. 97.

³²⁸ “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.”

³²⁹ Nesta esteira ensina Rogério Greco: “Embora a Lei Maior nos tenha assegurado esse direito, a vida pode ser considerada como um direito absoluto do cidadão? A resposta a essa indagação só pode ser negativa. Isto porque, mesmo sendo o mais importante de todos, o direito à vida não é absoluto, pois a Constituição da República, mesmo que excepcionalmente, permitiu a *pena de morte*, nos casos de guerra declarada, nos termos do seu art. 84, XIX” (Greco, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte especial. Vol. II Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 145).

orienta pela dignidade da pessoa humana, a possibilidade de aplicação da pena de morte indica que este direito não tem caráter absoluto.

Parece acertada a distinção feita por Gisele Mendes de Carvalho quando discute os conceitos de irrenunciabilidade e indisponibilidade. A vida é irrenunciável porque à renúncia corresponderia a desobrigação por parte do Estado e dos particulares. Simultaneamente, é disponível, porque o próprio titular – e mais ninguém – pode fazer concessões a ele atinentes³³⁰.

Não obstante, a disposição da vida tem caráter excepcional (ou excepcionalíssimo). Será dever do intérprete ou aplicador do direito ponderar, caso a caso, sobre a relativização do bem envolvido.

Neste ponto, duas anotações são inevitáveis:

(a) não parece razoável o discurso de que a vida, sendo disponível, pode ser objeto de renúncia pelo indivíduo;

(b) há, sim, situações na relação médico-paciente que revelarão a possibilidade de disposição da vida, afastando a intervenção médica a qualquer custo.

No que tange à primeira anotação, invoca-se Luis Roberto Barroso, cuja posição afigura-se conciliadora e pertinente.

Reconhecendo que a Constituição não emprega a expressão “indisponível”, o autor compreende que os direitos fundamentais estão submetidos a alguns limites implícitos e a ordem jurídica pode instituir restrições – direcionadas a proteger direitos de terceiros, a ordem pública ou até mesmo o próprio titular do direito fundamental³³¹.

Nathalia Masson entende também que “em certas ocorrências fáticas nada impedirá que o exercício dos direitos seja restringido em prol de uma finalidade aceita ou tolerada pela ordem constitucional”³³². Sua perspectiva converge com a conclusão de Barroso:

³³⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 120.

³³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2014.

³³² MASSON, Nathalia. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 197.

[...] o valor objetivo da vida humana desfruta de uma posição preferencial no ordenamento jurídico, podendo o direito à vida ser considerado indisponível *prima facie*. Nada obstante, não se trata de um direito absoluto, havendo hipóteses constitucionais e legais em que se admite a sua flexibilização. A assunção do risco de morte poderá ser legítima quando se trate do exercício de outras liberdades básicas pelo titular do direito.³³³

A inadmissibilidade da disponibilidade total e irrestrita do direito à vida, pelo que se compreende neste estudo, protege – e não violenta - o titular do direito fundamental. Este “impedimento” à manifestação da autonomia rejeita o direito de morrer, mas se coaduna com o direito de morrer dignamente.

Com amparo em Sarlet, Mitidiero e Marinoni, compreende-se que a dignidade da pessoa humana e a vida, embora se encontrem em relação de íntima conexão, são direitos autônomos. A sua autonomia pode colocá-los, inclusive, em “conflito”³³⁴⁻³³⁵. Da relação de oposição pode sagrar-se preponderante qualquer dos dois direitos, conquanto a superação do direito à vida exija maior esforço argumentativo.

Em outras palavras, a vida pode ser violada com o consentimento do sujeito, desde que a preponderância de outro direito permita esta conclusão. Para tanto, é inevitável o sopesamento entre os dois bens envolvidos e a análise das circunstâncias que circundem o caso concreto.

A exigência de maior esforço argumentativo permite adotar a noção de “indisponibilidade *prima facie*” da vida³³⁶. À primeira vista, a vida é bem

³³³ BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2014.

³³⁴ Nas palavras do autores: “Todavia, é preciso enfatizar que, por mais forte que seja a conexão, dignidade e vida não se confundem! Cuida-se de direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar a interrupção da gravidez ou mesmo a eutanásia”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 367)

³³⁵ Ressalve-se que, com base nas advertências já transcritas de Robert Alexy, o adequado seria usar a expressão “colisão” – e não conflito – tendo em vista a contraposição de direitos fundamentais na situação abordada.

³³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2014. Pensamento semelhante se extrai do seguinte excerto: “No que se verifica substancial consenso é no sentido de que, embora não se trate de um direito absoluto propriamente dito, intervenções no direito à vida somente poderão ser juridicamente justificadas em caráter excepcional e mediante requisitos materiais e formais rigorosos e sujeitos a forte controle”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 376)

indisponível, porém, dada a inexistência de direito absoluto, é possível superar esta premissa inicial para possibilitar sua disponibilização – desde que o direito em conflito apresente justificativa concreta e suficiente.

A noção de “direito à morte digna” carrega consigo o freio constitucional que a ordem jurídica impõe ao suposto “direito à morte”. Ou seja: não há direito de morrer pura e simplesmente, sendo possível sustentá-lo se (e somente se) houver a inserção de elemento de conflito que gere a ponderação.

Roxana Borges Cardoso leciona nesta linha, valendo a sua citação integral:

O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com o direito à morte. O direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência; refere-se ao desejo de ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. Este tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio a suicídio, que são intervenções que causam a morte. Não se trata de defender qualquer procedimento que causa e morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação³³⁷.

Não de outra maneira expõe Letícia Ludwig Möller, para quem é plenamente plausível que o indivíduo em estado de doença terminal defina os rumos do seu tratamento médico e morra de forma digna e com autonomia. A autora consigna, ainda, ser desnecessária a inclusão expressa de um “direito à morte com dignidade e autonomia”, podendo ser este extraído do ordenamento positivado³³⁸.

Ao tratar do conceito de “dignidade da pessoa humana” é preciso afastar veementemente qualquer possibilidade de sopesamento que conclua pela eliminação da vida contra a vontade do indivíduo. Este cenário é completamente impossível na realidade constitucional atual.

A impossibilidade de tal resultado ponderativo advém da conclusão a que já se chegou, de que inexistente relação de antagonismo entre o interesse público e o interesse privado.

³³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 232.

³³⁸ MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.146-147.

Como não são opostos, mas coexistentes dentro de uma mesma lógica orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não é possível falar em superação do direito à vida motivado por interesses alheios ao indivíduo – ainda que esses interesses sejam da maioria de um grupo.

Embora possa parecer óbvia, esta assertiva se impõe pelo desvio possível de hermenêutica, a concluir que a indignidade da vida pode ser um critério arbitrário e externo ao indivíduo. Não se acredita possível que o grupo social eleja certas opções de vida como indignas e decida pela sua manutenção ou abortamento.

Aliás, raciocínios desta espécie são conhecidos na história e merecem total rejeição, seja por razões meramente humanitárias, seja por incompatibilidade axiológica com o ordenamento constitucional vigente.

Relembrando o contexto totalitarista da Alemanha nazista que representou verdadeira “higienização social”, Renata de Freitas Martins observa:

Talvez esta concepção retrógrada de humanitarismo seja a mesma dos idos de outubro de 1939, quando foi iniciado o programa nazista de eutanásia, sob o código ‘Aktion T 4’. O objetivo inicial era eliminar as pessoas que tinham uma ‘vida que não merecia ser vivida’. Este programa materializou proposta teórica da ‘higienização social’. São os ‘deuses’ humanos decidindo sobre as vidas alheias, sob os auspícios de preconceitos e valores inaceitáveis.³³⁹

Em síntese, o direito à vida é indisponível *prima facie*, cabendo a sua disposição por parte do titular quando outro direito fundamental esteja em conflito e elementos concretos sugiram a preponderância deste. Não se admitirá a ponderação que considere um conceito de dignidade externo ao indivíduo, impondo-lhe a obrigação de morrer, por exemplo.

Como anotou-se, é possível vislumbrar hipóteses em que a relação entre o profissional de saúde e o paciente indicarão a possibilidade legítima de disposição da vida, sempre orientada pela indisponibilidade *prima facie*.

³³⁹ MARTINS, Renata de Freitas. “Eutanásia Humanitária” ética ou prática falaciosa visando-se ao pretensão controle da população de animais de rua e de zoonoses? In: SANTANA, Heron José de; SANTANA, Luciano Rocha. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 1, n. 1 (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006, p. 199-205.

4.5. O ÂMBITO LÍCITO DE APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A ÓTICA PENAL

Como já mencionado, as diretivas antecipadas de vontade foram conceituadas pela Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, representando importante instrumento de manifestação da autonomia do indivíduo incapaz de expressar seus desejos quanto aos tratamentos médicos que deseja ou não receber.

Essa resolução é posterior a dois diplomas deontológicos de extrema relevância: a Resolução nº 1.885/2006 e o Código de Ética Médica, de 2009. Nestes, como pontuado em item próprio, o CFM deixou clara a mudança de postura do órgão no intuito de superar a medicina paternalista e se aproximar de um modelo que privilegie a autonomia do paciente.

Diante da inexistência (segundo se entende) de um direito irrestrito à morte, as diretivas antecipadas de vontade, tal qual descritas na Resolução nº 1.995, precisam se voltar ao ordenamento jurídico para que se interprete sua margem de aplicação.

Nessa linha, Luciana Dadalto ensina que é conceito basilar das DAV que não contenham disposições contrárias ao ordenamento jurídico do país em que são propostas³⁴⁰.

Dito de outro modo, vedada a manifestação ilimitada da autonomia, o cumprimento sem critérios das diretivas antecipadas pode gerar a responsabilidade do profissional que as cumpra. Especificamente, diga-se que se vislumbra a tipicidade em relação ao delito de homicídio, a depender do teor das DAV (art. 121 do Código Penal, ainda que com a redução de pena do §3º).

Nesse contexto é que assume primordial importância a noção de “terminalidade”. O diagnóstico de uma doença terminal, assim caracterizada pela irreversibilidade do quadro e pela proximidade da morte, significa também a

³⁴⁰ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/2012. *In*: Revista Bioética. 2013. 21(1): 106-12.

isenção do dever médico de atuar obstinadamente para manutenção da vida do paciente.

A implicação prática deste entendimento é a de que a ortotanásia não constitui crime, justamente por não representar antecipação da morte. Em que pese inexistir norma explícita a respeito da licitude desta prática, é manifesta a ausência de tipicidade da conduta.

O art. 13, §2º, do Código Penal, estabelece quando a omissão é penalmente relevante, elencando as hipóteses em que existe um “dever de agir” para determinadas pessoas³⁴¹. O médico possui este dever, em regra, impondo-se-lhe a manutenção da vida do paciente.

O que se entende é que a terminalidade exclui o dever do médico de salvar a vida do paciente, sendo substituído pelo dever de assisti-lo no seu quadro incurável³⁴².

Para a doutrina, o estágio terminal da doença significa a impossibilidade de salvamento do enfermo, excluindo-se assim o dever de agir e, portanto, a tipicidade da conduta:

[...] apesar de o médico ter o dever de assistir o paciente, não terá o poder de salvá-lo, a razão pela qual carecerá da capacidade de agir exigida nos crimes omissivos impróprios, pois não há qualquer finalidade em submeter o paciente a um prolongamento da vida quando a morte for iminente e inevitável, especialmente porque o meio utilizado não se mostra adequado por impor um tratamento desumano e degradante, e, portanto, contrário à dignidade da pessoa humana³⁴³

Não por acaso, a Resolução nº 1.805/2006 deixou expressa a possibilidade do médico limitar ou suspender os tratamento de saúde quando da enfermidade grave e incurável.

A licitude da ortotanásia reforça a noção de disponibilidade da vida. Fosse a vida indisponível, o dever médico de mantê-la se estenderia *ad infinitum* e a distanásia seria a regra.

³⁴¹ Código Penal: art. 13, § 2º: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

³⁴² Recorde-se, aqui, a noção de cuidados paliativos, abordada em item próprio e precedente.

³⁴³ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 162.

Contudo, tal qual registrado, a prática da distanásia, caracterizada pelo emprego de meios extraordinários de manutenção da vida, é rejeitada ética e penalmente.

De maneira clara e direta: identificada a doença terminal, o profissional de saúde estará autorizado a tão somente acompanhar a ocorrência da morte no seu tempo correto, natural. Sua abstenção não configurará crime de homicídio praticado por omissão³⁴⁴, porque insistir no tratamento seria distanásia³⁴⁵.

Essas premissas são indispensáveis para a análise da compatibilidade entre as diretivas antecipadas de vontade e o ordenamento jurídico pátrio.

Deve-se recordar que a Resolução nº 1.995/2012 não consignou, no seu texto, qualquer restrição à manifestação prévia de vontade. A norma deontológica do CFM apenas anuncia a possibilidade de expressão documentada dos anseios do paciente para momento de posterior incapacidade, sem restringi-la ao estágio terminal da doença³⁴⁶.

Em outras palavras, pacientes em qualquer situação de inconsciência poderiam ter sua declaração antecipada de vontade atendida. Este é exatamente o ponto em que o profissional de saúde responsável deverá compreender os limites impostos pelo ordenamento jurídico-penal à vontade manifestada.

³⁴⁴ É o que também preleciona Letícia de Campos Velho Martel: “Em face desta leitura, não comete crime de homicídio omissivo impróprio o médico ou membro de equipe de saúde que, atendendo à escolha livre e informada de seu paciente ou, se for caso, de seus representantes, suspende ou não inicia intervenções extraordinárias ou capazes apenas de prolongar a vida do paciente, sem possibilidade de reabilitação ou cura. Entrementes, dada a plurissignificação dos enunciados normativos, as outras interpretações expostas seguem sendo possíveis na moldura do direito penal. Portanto, a condição dos envolvidos continua nebulosa” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro: 2010, p. 376. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 10 Ago. 2014)

³⁴⁵ Com este entendimento, concluem Giselly Campelo Rodrigues e Talita da Fonseca Arruda: “É neste aspecto em que não há disposição do bem vida, mas sim apenas a objeção à sua prolongação, que o consentimento pode se fazer presente. Na verdade consiste em um não consentir, em um não consentir que se aplica ao paciente todo e qualquer trancamento que possa lhe prolongar o sofrimento, sem sua vontade”. (RODRIGUES, Giselly Campelo. Consentimento do ofendido: breves considerações de dogmática penal e suas consequências na relação jurídica médico-paciente. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) *Revista de Ciências Penais*. Ano 8. Vol. 14. São Paulo: RT, 2011, p. 89)

³⁴⁶ Reitere-se, como dito no capítulo 3, que não se nega que, nos considerandos e na Exposição de Motivos, a Resolução se refere a pacientes em estado terminal e a pacientes em fim de vida. Não obstante, a sua redação é ampla e genérica, de modo que parece desarrazoado restringi-las aprioristicamente. A restrição, segundo se entende, se dá no caso concreto, e para harmonizar as DAV com o ordenamento.

O contexto aqui abordado impõe a distinção clara entre (a) situações em que a vontade registrada do paciente não implicará sua morte; (b) situações em que a vontade registrada do paciente implicará sua morte, mediata ou imediatamente.

A despeito da obviedade desses dois panoramas, mister ressaltar que as diretivas podem ser empregadas para inúmeras situações e que, naquelas em que o atendimento à vontade registrada “não” puder ocasionar a morte do paciente, o seu campo de aplicação será legítimo e compatível com o ordenamento.

Com clareza, diga-se que as diretivas podem ser registradas a fim de consignar quais tratamentos ordinários o paciente (incapaz de se comunicar) gostaria de receber, elegendo uns e preterindo outros³⁴⁷.

Por outro lado, nas situações em que a vontade registrada implique a sua morte, a aplicação das DAV restringe-se sobremaneira. É sobretudo nesses casos que o seu atendimento poderá representar a incidência da norma penal.

Ora, sendo a vida bem indisponível *prima facie*, acredita-se que apenas situações de terminalidade poderão autorizar a disposição pelo seu titular. Nos demais casos, o médico responsável praticará crime de homicídio por omissão, em que pese o registro prévio pela suspensão do tratamento.

A prática de meios extraordinários ou desproporcionais, assim compreendidos aqueles cujo emprego seja inadequado em razão ausência de benefícios e perspectiva de reversão ou melhoria do quadro, pode ser rejeitada pelo paciente através das diretivas antecipadas de vontade.

Noutra quadra, a solicitação de abstenção da prática de medidas ordinárias ou proporcionais é incompatível com o ordenamento jurídico (sobretudo penal), porque o direito à vida não está no raio de disponibilidade do paciente nesses casos.

Utilizando-se de exemplos, pacientes com demência avançada, esclerose lateral amiotrófica ou em estado vegetativo persistente não poderão ter suas

³⁴⁷ Poderá a pessoa, por exemplo, deixar consignado que opta pela diálise peritoneal e rejeita a hemodiálise, ou que prefere a ingestão de hipoglicemiantes orais, preterindo a administração de insulina.

diretivas antecipadas de vontade atendidas caso isso ocasione a sua morte. Ou seja: os meios de manutenção da vida destas pessoas não podem ser suspensos sob a justificativa de que assim desejavam.

Nas situações em que o atendimento as diretivas implicam a morte, o dever de agir do médico persiste e a soma da inconsciência com o pedido expresso não o afastam. Portanto, a ação ou omissão do médico será a causa direta da morte e a existência de DAV não excluirá a ilicitude.

Particularmente quanto ao EVP, recorde-se o tormentoso dissenso sobre a matéria, mas o entendimento firmado pela indispensabilidade de oferecimento da alimentação e hidratação artificiais ao paciente. A suspensão da AHA, então, representa fato delituoso, porque esta conduta seria a causa imediata da morte do sujeito³⁴⁸.

De igual modo, nos outros dois exemplos (demência avançada e esclerose) é inadmissível, nos termos do ordenamento jurídico-penal, que se ponha fim à vida dos portadores dessas enfermidades pela simples razão de existir declaração prévia.

O que se compreende é que, ausente a doença terminal, não há sopesamento, não há ponderação a ser realizada que permita a superação da indisponibilidade *prima facie* do direito à vida. A ausência de interação com o mundo circundante e/ou a ausência de dor dessas pessoas não estão aptas a autorizar a sua morte.

Portanto, em quadros clínicos não terminais o atendimento a diretivas que sabidamente resultem na morte do paciente representaram eutanásia, vedada não só pelo Código Penal como pelo Código de Ética Médica, no seu art. 41, que considerada defeso o abreviamento da vida do paciente, ainda que a seu pedido.

Deixe-se registrado que o posicionamento firmado neste estudo não esvazia a utilidade das diretivas antecipadas de vontade. De modo algum. A divisão em diretivas que podem ocasionar a morte e diretivas que não a

³⁴⁸ Calha trazer à baila as palavras de Leo Pessini: “O doente em estágio vegetativo é pessoa humana e, como tal, merece respeito nos seus direitos fundamentais, dos quais o primeiro é o direito à vida, e à tutela da saúde” (PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. *In: Revista Bioética*, n. 2, vol. 13, p. 72).

ocasionarão revela exatamente que inúmeros estágios de inconsciência poderão conduzir o médico ao atendimento da vontade registrada previamente.

Por outro lado, nos casos em que o registro deixado pelo paciente significar a opção por suspensão de procedimento que ocasionará (mediata ou imediatamente) sua morte, o atendimento à sua expressão prévia dependerá, sim, da terminalidade da doença.

Gabriel Rocha Furtado, ponderando sobre o testamento vital, reconhece a indignidade da submissão a tratamentos indesejados pelo sujeito, todavia conclui que o testamento vital deve conter direcionamentos que não tenham como escopo causar a morte da pessoa, mas minimizar sofrimentos e garantir-lhe uma morte boa e natural³⁴⁹.

Por fim, não se pode negar que a regulamentação de matéria tão delicada por meio de uma resolução é inadequado. Há de ser debatido o tema e editada lei federal que não apenas conceitue as diretivas, porém indique seu âmbito de aplicação e até mesmo defina noções da Medicina que influenciam diretamente na esfera penal³⁵⁰.

Ideias como a de terminalidade, meios extraordinários e ordinários possuem relevância ímpar para a configuração das condutas como delituosas ou indiferentes penais. Diante da lacuna, a interpretação sistemática socorre o hermeneuta, mas cria zona turva para os profissionais de saúde, pacientes e suas famílias.

³⁴⁹ FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. *In*: Revista eletrônica de direito civil. A.2. n.4. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014.

³⁵⁰ Luciana Dadalto aponta as omissões que entende relevantes na Resolução sob comento: “A resolução 1995/2012, reforça essa subordinação ao deixar claro que o médico deverá respeitar à vontade do paciente manifestadas nas diretivas antecipadas. Todavia, essa resolução não resolve questões basilares no que tange à este instituto: quais os sujeitos que podem fazê-la, quais os tratamentos e cuidados que podem ser recusados, qual será o papel do médico na feitura deste documento, e por fim, como se dará o registro deste documento no Brasil”. (DECLARAÇÕES PRÉVIAS DE VONTADE EM CASO DE TERMINALIDADE: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos Hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: DelRey, 2013, p. 384). De igual modo, Andréia Ribeiro da Rocha et. al. entendem que há uma carência de previsão legal quanto aos requisitos formais dessa declaração de vontade. (ROCHA, Andréia Ribeiro et. al. Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética. *In*: *Revista Bioética*, Vol. 21, n. 1, 2013).

5. CONCLUSÕES

A construção do conceito de autonomia sofre influxos de diversas áreas do conhecimento e ocupa posição relevante no contexto constitucional atual. À compreensão da filosofia kantiana somaram-se as concepções do utilitarismo, da bioética e do direito civil, formando uma noção de autonomia que corresponde à capacidade de autodeterminação do sujeito vinculada à possibilidade de livre decisão e conformação com o ordenamento jurídico.

Notoriamente, não é possível compreender a autonomia dissociada do contexto social e, portanto, não há de se conferir valor irrestrito aos desejos do indivíduo, ainda que seja ele pessoa capaz e consciente.

A autonomia ganha expressão potencializada no âmbito da relação médico-paciente. Neste campo, a tradicional medicina com caráter paternalista vem sendo substituída por uma visão que privilegia a opinião do paciente. O seu consentimento informado adquire espaço ímpar e é alçado a uma nova posição, de destaque. Com isto, evitam-se equívocos históricos resultantes da negação dos anseios do sujeito.

O suicídio não é conduta punível no ordenamento jurídico-penal brasileiro. O princípio da lesividade, no seu aspecto alteridade, informa que não devem ser sancionadas as condutas que não ultrapassem a esfera do próprio agente. Não obstante, a concepção de autonomia extraída da filosofia kantiana rejeita esta conduta, porque representaria a instrumentalização do homem – ainda que por ele mesmo.

O auxílio ao suicídio, a eutanásia, a ortotanásia e a distanásia se enquadram no grupo das práticas de abreviamento da vida realizadas com auxílio ou intervenção de terceiros. Na relação médico-paciente, seus conceitos

devem ser rememorados a fim de delimitar o âmbito de manifestação da autonomia do indivíduo, bem como a responsabilidade do profissional envolvido.

O auxílio ao suicídio e a eutanásia são explicitamente vedadas pelo Código Penal, havendo norma expressa tipificando a conduta (arts. 122 e 121, §1º, respectivamente). Sendo condutas que atentam contra o direito à vida alheia, a sanção penal se impõe. O sofrimento da vítima, nesses casos, não é suficiente a excluir a ilicitude de conduta, podendo figurar, neste último caso, apenas como causa de redução da pena.

A eutanásia representa a antecipação da morte daquele que sofre. A sua prática é realizada por compaixão, piedade. Distingue-se, com isso, da ortotanásia, que representa a morte no seu tempo adequado, natural. A ortotanásia invoca o conceito de cuidados paliativos, que compreendem medidas de assistência àqueles cuja cura não é mais possível.

A ortotanásia ocorre no contexto das doenças terminais. As doenças terminais são aquelas reputadas graves e incuráveis. Sendo a irreversibilidade a característica marcante, o paciente está autorizado a solicitar que apenas sejam mantidos os tratamentos ordinários, refutando meios extraordinários de prolongamento da vida.

A manutenção da vida a todo custo é conhecida como distanásia, prática alcunhada de “obstinação terapêutica” e que carrega consigo verdadeiro desrespeito à dignidade da pessoa humana à medida em que insiste no emprego de meios de tratamento desproporcionais.

O Conselho Federal de Medicina tem sido responsável pela edição de resoluções voltadas à valorização da autonomia do paciente. Nesse sentido, a Resolução nº 1.805/2006, o Conselho de Ética Médica e a Resolução nº 1.995/2012 possuem importância inédita.

A Resolução nº 1.805/2006 foi a primeira a enunciar o direito do paciente de recusar a persistência terapêutica quando da identificação do quadro terminal da sua doença. Esta norma deontológica regulamenta a prática da ortotanásia e, portanto, o cumprimento do desejo do indivíduo que manifesta opção pela recusa é lícito. O médico não pode ser responsabilizado penalmente por ter permitido o transcurso natural da vida.

A Resolução nº 1.995/2012 anuncia um avanço ainda maior ao prescrever, na mesma linha de leis federais de outros países, o direito à manifestação prévia de vontade do indivíduo, elaborada para momentos de incapacidade de comunicação com o mundo à sua volta.

Por meio da Resolução nº 1.995/2012 foram disciplinadas as diretivas antecipadas de vontade, que são instrumentalizadas por meio do testamento vital, da outorga de mandato a um procurador responsável para os cuidados de saúde da decisão antecipada para o cuidado médico. Estes três instrumentos viabilizam a atenção ao interesse da pessoa quando em estado de incapacidade.

Não existe incompatibilidade entre o texto normativo da Resolução nº 1.995/2012 e o ordenamento jurídico penal, entretanto o conteúdo das diretivas registradas precisa ser harmonizado, sempre, com o ordenamento jurídico, sob pena de responsabilidade penal do profissional de saúde envolvido.

A manifestação da autonomia representa o interesse privado, dependendo, portanto, de recepção pela ordem jurídica para que seja cumprido. Não há espaço para direitos absolutos na Constituição Federal de 1988, sendo passíveis de restrição tanto a liberdade – leia-se autonomia – quanto o direito à vida.

Neste panorama, como o Estado se orienta pelo princípio da dignidade da pessoa humana, haverá sempre o sopesamento entre a vontade manifestada por meio das diretivas antecipadas e o direito à vida. Da ponderação entre os interesses em conflito poderá resultar a licitude penal da conduta ou a ilicitude – e, assim, punição do médico envolvido.

As diretivas antecipadas de vontade têm cabimento apenas em duas situações: quando se referirem a eleição entre tratamentos ordinários à disposição do paciente inconsciente; quando remetam à rejeição de meios desproporcionados de manutenção da vida.

Não são compatíveis com o ordenamento positivado as diretivas antecipadas de vontade tendentes à antecipação da morte. O evitamento de procedimentos que manteriam a vida do paciente apenas poderá ocorrer quando o quadro da doença for considerado terminal.

As demais situações clínicas, ainda que retirem do indivíduo a sua capacidade de interação com o mundo circundantes, de acordo com as normas

penais postas, representa crime de homicídio com causa de diminuição de pena. São práticas eutanásicas.

Impossível reconhecer no ordenamento um “direito à morte”, conquanto se admita o “direito à morte digna”, sendo o elemento dignidade o fiel da balança a admitir a prática da ortotanásia e o cumprimento lícito das diretivas antecipadas de vontade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AGUIAR, Mônica. *Modelos de Autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do conselho federal de medicina*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>. Acesso em: 15 jul. 2014

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, Cristiane Avancini. Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital. *In: Revista Bioética*. Centro Universidade São Camilo: 2013

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, vol. 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Declaración de Venecia de la AMM sobre la Enfermedad Terminal*. Disponível em: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/i2/index.html>. Acesso em: 27 jul. 2014

ÁVILA, Humberto. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional. *In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. *O direito de morrer*. Disponível em: <www.rolim.com.br/2002/_pdfs/leitor.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2010

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39>. Acesso em: 04 jul de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 13 ago. 2014.

_____. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2014

BASTOS, Celso Ribeiro. Parecer. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Revista Igualdade XXXV. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2_2.php. Acesso em: 31 jul. 2014.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Barcelona: Masson, S.A, 1998.

BEAUCHAMP TL; FADEN R. Meaning and elements of informed consent. In: Reich W. *Encyclopedia of Bioethics*. New York: McMillan, 1995:1238-41.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Oxford Press, 1879

BÍBLIA SAGRADA. 28.ed. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1973.

BINEBOJM, Gustavo. Parecer nº 09/2009. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*. Vol. 65. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=464993>. Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. Ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Vol. 2. 7.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006

BOBBIO, Norberto. *A grande dicotomia: público / privado*. In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 14.ed. São Paulo: Paz e Terra.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 2.283/2007*. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=373924>. Acesso em: 14.dez.2010

_____. Código Civil. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

_____. Código de Trânsito Brasileiro. Lei nº 9.503/1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 30 jul. 2014

_____. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 17 de jun. de 2014.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 07 ago. 2014.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em 25 mai. de 2014.

_____. Exposição de Motivos do Código Penal. Decreto-lei nº 2.848 de 07/12/1940. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11216-11216-1-PB.htm>. Acesso em: 16 jul. 2014

_____. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 04 ago. 2014.

_____. Ministério da Saúde. *Carta dos direitos dos usuários da saúde*. 3.ed. Brasília/DF: Ministério da Saúde, 2011

_____. Ministério Público Federal. *Petição inicial da ação civil pública n. 2007.34.00.014809-3*. Brasília: MPF, 2007. Disponível em: <http://www.prf.mpf.gov.br/arquivos_noticias/arquivos-antigos-noticias/ACP_Ortotanasia.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2010.

_____. Ministério Público Federal. *Petição inicial da Ação Civil Pública do Ministério Público Federal*. Disponível em: <

http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf/view>. Acesso em: 12 jul. 2014

_____. Senado Federal. *PL 125/1996*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate/servlet/PDFMateServlet?s=http://www.senado.gov.br/atividade/materia/MateFO.xml&o=ASC&o2=A&m=27928>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

_____. *Lei n. 3.268 de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: Comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2013, p.27

CALIFÓRNIA. *Oregon Death With Dignity Act*. Disponível em: <http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/ORDeathWithDignityAct.pdf>. Acesso em 28 jul. 2014

CAMATA, Gerson. Em defesa da ortotanásia. *In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010

CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, JOÃO LOBO; FREITAS, António Falcão. *Relatório sobre o estado vegetativo persistente*. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf. Acesso em: 10 jul. 2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

CHAVES, José Humberto Belmino et al. Cuidados paliativos na prática médica: contexto bioético. *In: Rev. Dor [online]*. 2011, vol.12, n.3, pp. 250-255.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Parecer nº 45: parecer sobre o estado vegetativo persistente. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055770_P045_ParecerEVP_ver_saoFinal.pdf. Acesso em: 10 jul. 2014

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.805/2006*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 02 mar. 2014.

_____. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 13 jul. 2014

_____. *Resolução nº 1.995/2012.*

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 25 jul. 2014.

_____. *Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida.* Disponível em:

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3. Acesso em 08 ago. 2014

CONSEIL D'ÉTAT. *27 octobre 1995 - Commune de Morsang-sur-Orge: Ordre public et dignité de la personne humaine.* Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge.html>. Acesso em: 13 Ago. 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Trato de Direito Civil: parte geral, vol. IV.* 3.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CORDEIRO, Marina. *Ortotanásia: uma análise comparativa da legislação brasileira projetada e em vigor.* Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ortotan%C3%A1sia-uma-an%C3%A1lise-comparativa-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-brasileira-projetada-e-em-vigor>. Acesso em: 18 jul. 2014.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital.* 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/2012. *In: Revista Bioética.* 2013. 21(1): 106-12.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789.

Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 23 mai 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 23 de mai de 2014.

DENATRAN. III Seminário Denatran de Educação e Segurança no Trânsito. Cinto de Segurança. Disponível em:

[http://www.denatran.gov.br/eventos/seminarios/cinto_cadeirinha/arquivos/MARCUS%20ROMARO%20-%20III%20Semin%C3%A1rio%20DENATRAN%20\(Cinto%20de%20Seguran%C3%A7a\).pdf](http://www.denatran.gov.br/eventos/seminarios/cinto_cadeirinha/arquivos/MARCUS%20ROMARO%20-%20III%20Semin%C3%A1rio%20DENATRAN%20(Cinto%20de%20Seguran%C3%A7a).pdf). Acesso em: 01 ago. 2014

DENNINGER, Erhard. Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity. *In: Constellations, Volume 7, nº 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000.*

DINIZ, Débora. 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.

DISTRITO FEDERAL. *Decisão de antecipação de tutela da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal*. Disponível em: <<http://processualdf.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaopro.php?SECAO=DF&proc=200734000148093>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

DISTRITO FEDERAL. *Sentença da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal do Distrito Federal*. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaoPub.php?SECAO=DF&proc=200734000148093&sec=3400&var=14&ntp=06/12/2010&mat=393&tpb=4&seq=7>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Paciente Self-Determination Act of 1990*. Disponível em: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.4449.IH.>. Acesso em: 22 jul. 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FRANCIOSCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. *Problemas de fim de vida: paciente terminal, morte e morrer*. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/morteres.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

FRISCH, Wolfgang. Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas, p. 98. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nºs 1 e 2, p. 67-114, ano 14, jan./jun., 2004. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. In: *Revista eletrônica de direito civil*. A.2. n.4. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014

GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs). *Doutrinas essenciais: direito penal*. Volume V. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 464.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9.ed. USA: Thomson Reuters, 2009.

GOLDIM, José Roberto. *Diretivas antecipadas de vontade: comentários sobre a Resolução 1955/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/diretivas2012.pdf>. Acesso em 10 Ago. 2014.

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

GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A boa morte: ética no fim da vida*. Portugal. Disponível em: <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22105/3/A%20Boa%20Morte%20%20tica%20no%20Fim%20da%20Vida.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20.ed. revista, atualizada e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Vol. II. 10.ed. Niterói: Impetus, 2013.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Eutanásia: novas considerações penais*. Leme: J.H. Mizuno, 2011

GUTIERREZ, Pilar L.. O que é o paciente terminal?. *In: Rev. Assoc. Med. Bras.* [online]. 2001, vol.47, n.2.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [1990].

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2.ed. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012

HOBBS, Eric. *Ecos da Marselhesa: dois séculos reveêm a Revolução Francesa*. Trad. Maria Celia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

HUNT, Lynn. *Política, cultura e classe na Revolução Francesa*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013

JUNTA DE ANDALUCIA. *Guía para hacer la voluntad vital anticipada*. Sevilla: Consejería de Salud, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lucia Martins. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento? *In: Revista Einstein*, v. 2. São Paulo: 2004.
- KOTTOW, Miguel. *Participación informada em clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados*. Bogotá: Alya Saada, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997
- LEINO-KILPI et ali. *Patient's autonomy, privacy and informed consent*. Biomedical and Health Research. Amsterdam: IOS press, 2000
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.
- LOUISIANA STATE UNIVERSITY. *The Missouri Supreme Court Ruling*. Disponível em: <http://biotech.law.lsu.edu/Books/lbb/x335.htm>. Acesso em: 05 jul. 2014.
- LWEIN, Tamar. *Nancy Cruzan dies, outlived by a debate over the right to die*. The New York Times. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/12/27/us/nancy-cruzan-dies-outlived-by-a-debate-over-the-right-to-die.html>. Acesso em: 15 jul. 2014
- MAGALHÃES, Esther C. Piragibe; MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe. *Dicionário Jurídico Piragibe*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro: 2010, p. 376. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 10 Ago. 2014.
- MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- MARTINS, Renata de Freitas. “Eutanásia Humanitária” ética ou prática falaciosa visando-se ao pretense controle da população de animais de rua e de zoonoses?, p. 202. *In: SANTANA, Heron José de; SANTANA, Luciano Rocha (coord.). Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 1, n. 1 (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

- MARX, Karl. *Sobre o suicídio*. Tradução de Rubens Enderle e Francisco Fontanella. São Paulo: Boitempo, 2006.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado: parte especial*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.
- MASSON, Nathalia. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia del derecho*. 17.ed. México: Editorial Porrúa, 2009.
- _____. *Introducción al estudio del derecho*. 53.ed. México: Editorial Porrúa, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPodivm, 2010
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3. Ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000
- MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. 12.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 75
- NEVARES, Ana Luiz Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o direito de testar. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel

- Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- PADOVANI CANTON, Antonio Manuel; CLEMENTE RODRIGUEZ, María Elisa. Eutanasia y legislación. *In: Revista Ciências Médicas*. n. 2. vol. 12
- PALM BEACH POST. Vol. 77. Nº 87. 136 pgs. West Palm Beach, Florida. 12 jun. 1985. Disponível em:
<http://news.google.com/newspapers?id=qwgjAAAAIBAJ&sjid=jc4FAAAAIBA&pg=4910,299074&dq=karen-ann-quinlan&hl=en>. Acesso em: 22 jul. 2014
- PELLEGRINO, Edmund D. Decision at the end of life: the use and abuse of the concept of futility. *In: Life and learning X*. Washigton, D.C: University Faculty for Life, 2000. Disponível em: www.ufl.org/vol10/pellegrino10.pdf. Acesso em: 24 jan. 2011.
- PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010
- PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. *Cuidar do ser humano: ciência, ternura e ética*. Paulinas: Centro Universitário São Camilo, 2009
- PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. *In: Revista Bioética*, n. 2, vol. 13.
- _____. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2001
- PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. Considerações Éticas nos Cuidados Médicos do Paciente Terminal. *In: Revista Bioética*, vol. 1, n.2.
- PORTUGAL. Lei nº 25/2012. Disponível em:
<http://dre.pt/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>. Acesso em 10 jul. 2014.
- PRADO, Luiz Régis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. Vol. 4. São Paulo: RT, 2014.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V. 1. 8.ed. Salvador: JusPodivm,
- _____. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS, André de Ramos. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Teresa C.; SILVA, Carlos Henrique. A futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. *In: In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

REY, Luís. *Dicionários de termo técnicos de medicina e saúde*. Segunda edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2006, vol.22, n.8, pp. 1749-1754.

RIVACOBBA, Manuel de Rivacoba y. Nuevo sentido de la protección penal de la vida humana. *In: Pierangeli, José Henrique (coord.). Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, Andréia Ribeiro et. al. Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética. *In: Revista Bioética*, Vol. 21, n. 1, 2013.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 de mai. de 2014.

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

RODRIGUES, Giselly Campelo. Consentimento do ofendido: breves considerações de dogmática penal e suas consequências na relação jurídica médico-paciente. *In: PRADO, Luiz Regis (coord.) Revista de Ciências Penais*. Ano 8. Vol. 14. São Paulo: RT, 2011.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *In: GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (Organiz.). Estudos de Direito Penal*. 2.ed. Revista. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

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

SÃO PAULO. *Lei estadual nº 10.241/1999*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saud/elei10241.htm>. Acesso em: 18 jul. 2014

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia Difícil. In: *Bioética*. Brasília, v.6, n.1, p. 27-37, 1998.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS. *Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

SENADO FEDERAL. *PLS nº 524/2009*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323. Acesso em: 13 ago. 2014.

SENADO FEDERAL. *Tramitação do PLS nº 549/2009*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323. Acesso em: 21 jul. 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. 21.ed. Atualizadora Maria Celina Bodin de Moraes. São Paulo: Forense, 2006.k

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de Introdução ao Estado do Direito*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

SOBOUL, Albert. *História da Revolução Francesa*. 2.ed. Trad. Hélio Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Considerações jurídico-penais acerca das intervenções biomédicas. *In: IBCCRIM*, boletim 166, 2006. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/196-166---Setembro---2006. Acesso em: 05 ago. 2014

TAVARES, Juarez Estavam Xavier. *O consentimento do ofendido no direito penal*. [S.L.]: [1990]

TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. *In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4.ed. Tradução de Yvonne Jean. Brasília: Editora UnB, 1997.

UNESCO. *Declaração Universal sobre Biotécica*. Paris: Unesco, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180E.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

VATICANO. *Declarações sobre a Eutanásia*. Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em 18 jul. 2014

_____. *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html. Acesso em: 18 ago. 2014.

VECIANA, Grau JM. Estado vegetativo persistente. Aspectos clínicos. *In: Medicina intensiva*. 2004. Vol. 28, Núm.3

VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia: humanizando a visão jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2012

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

WASHINGTON STATE LEGISLATURE. *Natural Death Act*. Disponível em: <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=70.122.010>. Acesso em 23 jul. 2014

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Essential Medicines in Palliative Care*. Disponível em: http://www.who.int/selection_medicines/committees/expert/19/applications/PalliativeCare_8_A_R.pdf. Acesso em: 17 jul. 2014.