



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITOS SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

MAYANA SALES MOREIRA

**TESTAMENTO VITAL: uma análise da extensão de sua eficácia às
situações diversas da terminalidade de vida**

Salvador
2015

MAYANA SALES MOREIRA

**TESTAMENTO VITAL: uma análise da extensão de sua eficácia às
situações diversas da terminalidade de 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
2015

MAYANA SALES MOREIRA

**TESTAMENTO VITAL: uma análise da extensão de sua eficácia às
situações diversas da terminalidade de 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)

Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo

Doutora pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Salvador, 27 de Março de 2015.

A minha família, meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Mais um sonho se realiza. Mais um obstáculo é ultrapassado. Diante dessa alegria e sensação de dever cumprido, é preciso reconhecer e agradecer a participação daqueles que estiveram ao meu lado nesse momento tão importante de minha vida.

Agradeço a “meu Liberinha” (*in memoriam*), meu anjo da guarda, que me mostrou o melhor caminho a seguir. Seus conselhos ficarão para sempre em minha memória.

A minha mãe, Maria de Fátima, pelo amor, dedicação e por lutar pela realização dos meus sonhos. A você dedico cada vitória de minha vida.

A meus irmãos, Marcelinho e Mila, pelos conselhos, pelo amparo e amor incondicional.

A meu marido, Gustavo, pelo amor, carinho, companheirismo e por sempre me fazer acreditar que os meus sonhos são possíveis.

À minha orientadora, Maria Auxiliadora Minahim, por ter me proporcionado a base necessária para realizar este trabalho. Sua orientação e apoio foram essenciais para chegar até aqui.

À professora Mônica Aguiar, agradeço o apoio prestado desde o primeiro semestre do curso e pelas indicações de fontes de pesquisa.

A meu primo, Francisco Salles, por ser o meu “orientador profissional”, apoiando todos os meus projetos.

Aos meus sócios, Thaís Bandeira e Vinícius Assumpção, pela compreensão e apoio nessa fase final do trabalho.

Aos demais integrantes do escritório, pelo carinho e apoio demonstrados nesse período de ausência.

Aos amigos que estiveram presentes nessa jornada, o meu muito obrigado.

Aos colegas do mestrado, em especial a Jéssica Hind, pela parceria demonstrada desde a seleção até a fase final de conclusão do curso.

Enfim, a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para o sucesso dessa caminhada, fica registrada a minha gratidão.

“Inevitavelmente, cada vida humana chega ao seu final. Assegurar que isto aconteça de uma forma digna, cuidadosa e o menos dolorosa possível merece tanta prioridade quando qualquer outra. Essa é uma prioridade não somente para a profissão médica, para o setor saúde ou para os serviços sociais, mas para toda sociedade”.

- Relatório “Vencendo o sofrimento, enriquecendo a humanidade” da Organização Mundial da Saúde (OMS).

LISTA DE ABREVIACES

ACP	Ação Civil Pública
AHA	Alimentação e hidratação artificiais
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CEM	Código de tica Médica
CF	Constituição Federal
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
EVP	Estado Vegetativo Persistente
MPF	Ministério Público Federal
PLS	Projeto de Lei do Senado
PSDA	Patient Self Determination Act
STF	Supremo Tribunal Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justia

RESUMO

Dissertação que se destina à análise do instituto do testamento vital, espécie de diretiva antecipada de vontade, como instrumento da autonomia e a possibilidade de extensão da sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida. Para isso, é necessário correlacionar o surgimento do testamento vital com o próprio surgimento da Bioética, diante da crise ética vivida no início da década de 70, em decorrência do avanço tecnológico à disposição da medicina. A partir disso, é preciso identificar a origem da normatização sobre o testamento vital, com base em casos práticos que iniciaram a preocupação com o tema. As discussões sobre o testamento vital se iniciaram nos Estados Unidos da América, quando situações emblemáticas, como os casos de Karen Ann Quinlan e Nancy Beth Cruzan, impulsionaram os debates sobre a possibilidade de manifestação prévia da vontade do paciente, a ser respeitada em caso de eventual e futura incapacidade de comunicação. Diante desse novo contexto biomédico vivido, foi editada em 1990, nos Estados Unidos, a primeira lei federal sobre o tema, a *Patient Self-Determination Act*, que passou a orientar a normatização da matéria em vários países. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 confere proteção ao direito à vida, razão pela qual o Direito Penal veda determinadas condutas de antecipação da morte, como o auxílio ao suicídio e a eutanásia. Contudo, por não se tratar de antecipação da morte, a ortotanásia é conduta lícita no Brasil. Diante disso, o Conselho Federal de Medicina regulamentou a possibilidade de respeito à autonomia do paciente, inicialmente através da Resolução nº 1.805/2006 e, posteriormente, através da Resolução nº 1.995/2012. Esta última norma deontológica conceituou de forma inovadora, no Brasil, as diretivas antecipadas de vontade, destacando diferentes instrumentos de expressão da vontade do paciente, inclusive o testamento vital. É necessário, contudo, analisar a compatibilidade das declarações previamente prestadas pelo paciente com o ordenamento jurídico brasileiro, verificando a possibilidade de estender o âmbito de eficácia às situações autorizadas da ortotanásia, para que não se limite aos casos de terminalidade de vida.

Palavras-chave: autonomia; testamento vital; direito à vida.

ABSTRACT

This Master's Thesis was developed based on an analysis of the implementation of living wills, a form of advance consent as a representation of individual self-determination and the possibility to extend its efficacy to the hypothesis that support orthotanasia. It is needed to establish a correlation between the creation of "living will" and the birth of Bioethics, due to the ethical issues risen in the 70s as a consequence of the technological advances available to medicine. From that point, one needs to identify the origin of the standardization on living will from practical case studies that brought up concern about this issue. The first discussions over living will started in the U.S. when flagship cases as the Karen Ann Quinlan and Nancy Beth Cruzan cases brought up the discussion about the possibility of a patient's advance consent be taken into consideration in an eventual and future communication impediment. Facing a new biomedical context, the first federal law was edited in the U.S. in 1990, the *Patient Self-Determination Act*, which served as a reference in the subject for many countries. In Brazil, the Federal Constitution of 1988 protects the right to life, reason why Criminal Law forbids certain practices of acceleration of death, as support to suicide and euthanasia. However, as not recognized as death anticipation, orthotanasia is a legal procedure in Brazil. The Federal Medicine Council of Brazil, then, regulated the possibility of self-determination of the patient, initially through Resolution nº 1.805/2006 followed by Resolution nº 1.995/2012. The latter, deontological norm, defined in an innovative way the directives of individual self-determination, including living will. Nevertheless, one needs to observe the compatibility between the statement previously given by the patient and the Brazilian laws, checking the possibility to extend its efficacy to the situations that permit orthotanasia, not limited to the cases that deal with life's termination.

Keywords: autonomy; living will; right to life.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	AVANÇOS TECNOLÓGICOS X PRINCÍPIO DA AUTONOMIA: uma análise Bioética	15
2.1	UMA REFLEXÃO ÉTICA SOBRE A UTILIZAÇÃO DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS A DISPOSIÇÃO DA MEDICINA NAS ÚLTIMAS DÉCADAS	15
2.2.	A CORRENTE PRINCIPALISTA.....	22
2.2.1	O princípio da autonomia	24
2.2.1.1	O princípio da autonomia e a relação médico paciente.....	26
2.2.1.2	Os modelos de decisão substituta	31
2.2.2	O princípio da não-maleficência	34
2.2.3	<i>O princípio da beneficência</i>	37
2.2.3.1	A distinção das regras da beneficência e da não-maleficência	39
2.2.3.2	O conflito entre beneficência e autonomia: paternalismo	40
2.2.4	O princípio da justiça	42
3.	A AUTONOMIA INDIVIDUAL EM SITUAÇÕES DE TERMINALIDADE E ABREVIAMENTO DE VIDA	

	45
3.1	BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE TERMINALIDADE	46
3.2	A EUTANÁSIA E SUAS ESPÉCIES	48
3.2.1	O tratamento jurídico da eutanásia no Brasil	53
3.3	ORTOTANÁSIA E A NOÇÃO DE CUIDADOS PALIATIVOS	59
3.4	DISTANÁSIA E A NOÇÃO DE TRATAMENTO DESPROPORCIONAL	63
3.5	TRATAMENTOS PROPORCIONAIS E DESPROPORCIONAIS	68
3.5.1	A Suspensão da alimentação e hidratação artificiais nas situações de estágio vegetativo persistente: controvérsias. Cuidados essenciais e cuidados contingentes.....	69
3.6	O SUICÍDIO ASSISTIDO	72
4.	O TESTAMENTO VITAL E O SEU ÂMBITO DE EFICÁCIA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	77
4.1	A RELAÇÃO DO HOMEM COM A MORTE E SUA MODIFICAÇÃO COM O AVANÇAR DO TEMPO	77
4.2.	ORIGEM DO TESTAMENTO VITAL.....	81

4.2.1	Alguns casos emblemáticos	82
.....		
4.3	CONCEITO DE TESTAMENTO VITAL	86
.....		
4.4	O CONSENTIMENTO INFORMADO E O TESTAMENTO VITAL	87
.....		
4.5	O ATUAL REGRAMENTO DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL: Resoluções do Conselho Federal de Medicina	92
.....		
4.5.1	A resolução nº 1.805/2006	93
.....		
4.5.2	A resolução nº 1.995/2012	98
.....		
4.5.3	O Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ	102
.....		
4.6	DIREITO A VIDA: BEM INDISPONÍVEL OU IRRENUNCIÁVEL.....	104
.....		
4.7	O ÂMBITO DE EFICÁCIA DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL: EXTENSÃO A SITUAÇÕES DIVERSAS DO ESTÁGIO DE TERMINALIDADE	106
.....		
5.	CONCLUSÕES.....	117

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A palavra autonomia não possui significado único, tendo sofrido grande variação ao longo da história. Na atualidade, o conceito de autonomia tem estreita ligação com a capacidade de autodeterminação do indivíduo.

Já no campo biomédico, as discussões sobre a autonomia do paciente tem se desenvolvido com as denominadas Diretivas Antecipadas de Vontade, gênero do qual o testamento vital é espécie, e que permite a manifestação de vontade do indivíduo sobre a realização ou não de determinados tratamentos em caso de incapacidade superveniente.

O objeto do presente trabalho refere-se ao exame da compatibilidade da manifestação da vontade do indivíduo autônomo com o ordenamento jurídico vigente. Neste contexto, buscar-se-á verificar as situações casuísticas genéricas que permitem, numa apreciação conjunta com as previsões do ordenamento jurídico brasileiro, a recusa de tratamentos e, como consequência, torna eficaz a manifestação de vontade previamente registrada em um testamento vital.

No primeiro capítulo, optou-se por destacar a relação dos avanços tecnológicos no âmbito da medicina com o surgimento da Bioética. Para tanto, analisou-se a crise ética acarretada pela utilização desenfreada desses novos recursos tecnológicos, tanto em relação à pesquisa com seres humanos, com a consequente verificação da necessidade de mudança dos valores que circundavam essas pesquisas.

Além disso, foi feita uma breve apreciação da corrente Bioética denominada Princípio da Autonomia, realizando-se a análise dos seus princípios norteadores: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. Foi priorizado, contudo, o princípio da autonomia, por possuir estreita ligação com o objeto do presente trabalho.

No segundo capítulo, foram analisadas as situações relacionadas com o final da vida, fazendo-se sua correspondência com a autonomia do paciente. Foram analisadas e diferenciadas a eutanásia, a ortotanásia, a distanásia e o

suicídio assistido. Essa distinção é essencial para o correto entendimento do âmbito de eficácia do testamento vital no Brasil.

Juntamente com as diferenciações mencionadas, foram abordados outros conceitos - também essenciais para a correta aplicação do testamento vital -, tais como o de “terminalidade”, “cuidados paliativos”, “meios ordinários e extraordinários”.

O terceiro capítulo se iniciou com a avaliação da forma como o homem lida com a morte, bem como a modificação dessa relação ao longo do tempo, verificando-se o importante papel que o avanço tecnológico no campo da medicina exerceu nesse contexto.

Ainda no capítulo 3, foi discutida a origem do termo testamento vital, realizando-se sua conceituação. Foram analisadas também as resoluções do Conselho Federal de Medicina que tentaram regulamentar de forma deontológica as diretivas antecipadas de vontade no Brasil. Neste tópico, foram apontados os principais pontos controvertidos, bem como os avanços conquistados com as previsões daquelas resoluções.

Por fim, foi realizada a verificação da eficácia da recusa de procedimentos diagnósticos e terapêuticos através do testamento vital com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente nas situações em que o estágio terminal da doença não está presente, mas pode-se falar em ortotanásia. Além disso, foi feita a correlação do conceito de testamento vital à resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina. Para a realização deste exame foi essencial retornar e enfatizar determinados conceitos que já havia sido objeto de apreciação.

O estudo da presente temática reflete a necessidade de se analisar a discussão sobre o direito à vida em correlação com a autonomia do indivíduo. O avanço tecnológico e, conseqüentemente, o aumento nas possibilidades de manutenção artificial da vida tem elevado, nem sempre de forma positiva, o tempo de vida – ou sobrevida – das pessoas. Esse elemento, por outro lado, tem motivado a preocupação da sociedade com o final da vida, alavancando a necessidade de discutir as situações que possibilitam, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a recusa na realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos.

Para o estudo, utilizou-se basicamente a consulta à doutrina, jurisprudência e legislação nacional e estrangeira, sugerindo-se à análise crítica entre estas fontes com o escopo primordial de alcançar uma pesquisa que, de algum modo, contribua com a comunidade científica.

2. AVANÇOS TECNOLÓGICOS X PRINCÍPIO DA AUTONOMIA: UMA ANÁLISE BIOÉTICA

Nas últimas décadas os recursos tecnológicos a disposição da medicina avançaram de forma significativa, com o surgimento de novos tratamentos, medicamentos, novas aparelhagens, que possibilitaram a melhoria da qualidade de vida dos pacientes, o aumento na expectativa de vida das pessoas, bem como a cura de doenças outrora consideradas incuráveis.

Esse avanço, contudo, está permeado de consequências positivas e, ao mesmo tempo, de reflexos negativos para a sociedade. Deste modo, é necessário analisar o progresso científico, discutindo-se quais seriam os limites de sua utilização, com base em uma conduta ética.

2.1 UMA REFLEXÃO ÉTICA SOBRE A UTILIZAÇÃO DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS A DISPOSIÇÃO DA MEDICINA NAS ÚLTIMAS DÉCADAS

O desenvolvimento tecnológico na área da saúde não é uma exclusividade das últimas décadas, se operando de forma significativa desde o século XIX. Contudo, é no século XX que o avanço científico se intensifica e produz os resultados mais expressivos¹. Ocorre que, os grandes feitos do homem e do progresso conquistado, começaram a passar a sensação de superioridade e inexistência de limites. O conhecimento passou a ter valor absoluto, esquecendo-se do valor humano. Em outras palavras, é possível dizer que se vive, “durante a primeira metade do século XX, sob o signo

¹ Paulo Fortes cita como exemplos de avanços tecnológicos no século XIX: o estetoscópio; o esfigmomanômetro, o termômetro. Já no século XX, o autor cita: a possibilidade de redução de doenças imunopreveníveis por meio da imunização em massa; a diminuição da mortalidade por doenças infecto-contagiosas devido ao uso de antibióticos; o prolongamento da vida de diabéticos, cardiopatas e hipertensos – e na possibilidade de maior sobrevivência aos portadores de neoplasias, na existência dos anestésicos, nos respiradores artificiais para as unidades de terapia intensiva; na alimentação enteral e paraenteral para problemas gastrointestinais; as tecnologias de imagem, como a ressonância magnética, a tomografia computadorizada. (FORTES, Paulo. Avanços tecnológicos significam melhoria da saúde? In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei (Coord.). *A Bioética no século XXI*. Brasília: Editora UNB, 2000, p. 140).

modernista da superioridade da razão científica, universal e positiva, na crença do conhecimento como um valor absoluto e do progresso como um bem inquestionável”.²

Por esta razão, Volnei Garrafa afirma que “se, por um lado, todas essas conquistas trazem na sua esteira renovadas esperanças de melhoria da qualidade de vida, por outro criam uma série de contradições que necessitam ser analisadas responsabilmente com vistas ao bem estar futuro da espécie humana”³. No mesmo sentido, Ana Thereza Meireles pondera que “essas inovações biocientíficas evidenciam uma nova visão sobre as ciências da vida, na medida em que criam uma realidade complexa, composta pela emersão de consequências e questionamentos de ordens ética, moral e jurídica”.⁴

O que se observa, portanto, é que o avanço tecnológico passou a ser o fim maior, olvidando-se que deveria ser o meio para alcançar a finalidade desejada. Haveria, deste modo, um problema ético na determinação da relação entre o meio e o fim. Por esta razão, Franklin Leopoldo e Silva afirma que “o que caracteriza a situação presente e torna difícil a busca de soluções é que a crise da ética provém de um desdobramento de atributos e consequências inerentes à própria racionalidade técnica e ao progresso científico e tecnológico ocorrido a partir dela”.⁵

Assim, é possível afirmar que, se de um lado o avanço tecnológico no campo da medicina trouxe inúmeros benefícios, de outro fez nascer uma preocupação ética com os limites da utilização dos novos recursos disponíveis. Isto porque, a evolução da tecnologia na área da saúde desrespeitou, em muitas situações, os mandamentos éticos elementares. As pesquisas em seres humanos são um grande exemplo do problema ético que nasceu juntamente com o surgimento do novo aparato tecnológico à disposição da medicina. Se de um lado era possível observar resultados positivos oriundos dessas

² NEVES, M. P. A bioética de ontem, hoje e amanhã: interpretação de um percurso. In: ARCHER, Luís. et al. *Novos Desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001, p. 21.

³ GARRAFA, Volnei. Bioética e ciência: até onde avançar sem agredir. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 99.

⁴ MEIRELLES, Ana Thereza. Novas reflexões sobre bioética e biotecnologia em face do direito fundamental à vida. *Tempo* (Camaçari), v. 5, 2008, p. 94-106.

⁵SILVA, Franklin Leopoldo e. Da ética filosófica à ética em saúde. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 58-59.

pesquisas, de outro se percebia de forma cristalina que os meios empregados não respeitavam a dignidade das pessoas a ela submetidas.

Apenas a título ilustrativo, é possível citar os experimentos realizados de forma abusiva nos campos de concentração realizados durante a 2ª Guerra Mundial, bem como o caso *Tuskegee*, no qual pacientes negros com sífilis não eram tratados e sim observados, para que se pudesse verificar como a doença se desenvolvia naturalmente.⁶ Deste modo, a realização de experimentações com humanos ocorria, muitas vezes, sem respeitar os direitos básicos das pessoas. Com isso, começava-se a perceber que, se de um lado era necessário avançar cientificamente, de outro era preciso respeitar o bem estar e a dignidade de cada um.

Utilizando, mais uma vez, os ensinamentos de Volnei Garrafa, é possível dizer que “trata-se, portanto, de estimular o desenvolvimento da ciência dentro de suas fronteiras humanas e, ao tempo, de desestimulá-lo quando essa passa a avançar na direção de ‘limites’ desumanos”.⁷ Era necessário, conseqüentemente, impor determinados limites às pesquisas, ou seja, a ética precisava caminhar paralelamente a evolução tecnológica.

O grande nó relacionado com a manipulação da vida humana não está na utilização em si de novas tecnologias ainda não assimiladas moralmente pela sociedade, mas no seu controle. E esse controle deve ocorrer em patamar diferente ao dos planos científico e tecnológicos: o controle é ético. É prudente lembrar que a ética sobrevive sem a ciência e a técnica; sua existência não depende delas. A ciência e técnica, no entanto, não podem prescindir da ética, sob pena de, unilateralmente, se transformarem em armas desastrosas para o futuro da humanidade, nas mãos de ditadores ou de minorias poderosas e/ou mal intencionadas.⁸

O progresso científico não precisava parar. O que não poderia ocorrer era a utilização desmedida e absoluta dos novos recursos disponíveis, sem respeito aos direitos e a dignidade do ser humano. Caberia à ética, portanto, impor os limites necessários à utilização desse novo aparato tecnológico que estava a disposição da medicina.

⁶DALL'AGNOL, Darley. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 27.

⁷GARRAFA, Volnei. Op. cit., p. 105.

⁸Ibidem, p. 108.

Ressalte-se, nesta esteira, que a necessidade de uma abordagem ética dos avanços científicos não tem correspondência apenas com as experimentações com seres humanos, relacionando-se também com as questões relativas à manutenção da vida e à morte. Nesta quadra, é possível na atualidade, através da aparelhagem tecnológica à disposição da medicina, prolongar a vida de pacientes em estado terminal – ainda que isso só prolongue o sofrimento dos mesmos -; manter artificialmente a vida; e, também, de forma contrária aos exemplos citados, antecipar a morte do paciente.

Por esta razão, o progresso da tecnologia não pode ser incondicional, estabelecendo-se limites éticos que deverão permear as condutas dos profissionais de saúde e cientistas, tanto na realização de pesquisas com seres humanos, quanto nas questões relacionadas com a vida e a morte dos pacientes. Isto porque, “a ética é um dos melhores antídotos contra qualquer forma de autoritarismo e de tentativas espúrias de manipulações”.⁹

Ainda sobre a necessidade de se estabelecer um padrão ético em relação à utilização da tecnologia, Maria Auxiliadora Minahim afirma que essa visão “é essencial para médicos e cientistas, que são postos, com frequência, diante de conflitos para os quais não dispõe de um referencial seguro para suas ações, envolvendo o uso de tecnologias que podem curar e libertar ou violentar e matar”.¹⁰

A ética pode ser compreendida tanto em seu viés teórico quanto prático. Na ética teórica, busca-se identificar o que é o bem, o bom e também os seus opostos – o mal e o mau, bem como os princípios que o fundamentam. Já a ética prática, como a própria denominação já remete, possui preocupação com o agir das pessoas, ou seja, se a ação praticada pode ser definida como boa ou má.¹¹

A preocupação com uma boa ou má conduta na área de saúde reflete-se nas previsões dos códigos e nos juramentos, que tentam sempre pautar as decisões dos profissionais na ética. De outro modo pode-se dizer que há uma

⁹ Ibidem, p. 107.

¹⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

¹¹ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e da Não-maleficência In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 39.

preocupação com a ética prática, ou seja, com o agir bom/mau dos profissionais.

A ética prática tem, deste modo, total correspondência com a discussão realizada em relação ao progresso científico. Nesta quadra, Délio José Kipper e Joaquim Clotet afirmam que “os princípios da ética sobre a conduta boa ou má, certa ou errada, justa ou injusta aplicam-se, na época atual, a problemas novos decorrentes do progresso tecnológico e da nova sensibilidade ética da civilização e cultura contemporâneas”.¹²

Isto significa que é preciso que se realize uma análise do cabimento, da conformação e dos riscos da utilização dos recursos tecnológicos para o homem, ou seja, que se verifique se aquele agir será bom/ mau e será para o bem ou mal do paciente. Não haveria, conseqüentemente, a utilização indiscriminada de todos os recursos tecnológicos disponíveis para a medicina, sendo feito um juízo de ponderação sobre os benefícios e malefícios dele oriundos.

É nesse contexto que surgem o que se denomina de “éticas aplicadas”, que se ocupam com a aplicação dos princípios, normas e direitos e não com a questão de sua justificação, ou seja, “a partir de uma situação moral analisa quais princípios, regras, virtudes e direitos configuram o quadro para a melhor ação no caso específico”¹³. Maria Auxiliadora Minahim, discorrendo sobre o tema, afirma que a ética aplicada “procura promover uma articulação a ação concreta e, no caso específico, com aquela que deve existir entre ciência e o valor ínsito à vida humana”.¹⁴

Para Franklin Leopoldo e Silva o surgimento das éticas aplicadas responde a duas necessidades primordiais: primeiro visa diminuir a distância entre a ética e o conhecimento, característica da modernidade; segundo, busca encontrar instrumentos para recolocar pontos relativos à relação entre ciência e valor.¹⁵

Em outras palavras, é possível dizer que o surgimento das éticas aplicadas demonstra a necessidade de uma mudança de visão. Essas novas

¹²Ibidem, p. 40.

¹³DEJEANNE, Solange. Os fundamentos da bioética e a teoria principialista. THAUMAZEIN: *Revista on-line de Filosofia*, ano IV, n. 7, jul. 2011, p.35.

¹⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit., p. 29-30

¹⁵ SILVA. Franklin Leopoldo e. Op. cit., p. 32.

tecnologias, os novos conhecimentos e o progresso científico deveriam ser utilizados dentro de limites estabelecidos, de forma responsável e respeitando os direitos e o bem estar das pessoas.

A outra face desta atitude nos mostra, no entanto, um esforço para recompor, dentro de certos limites, o interesse ético que deve fazer parte da atuação do pesquisador e do profissional, principalmente quando os fatos indicam que a ausência de preocupação ética ocasiona a transgressão das fronteiras que separam o humano do inumano.¹⁶

Percebe-se, assim, que os problemas refletidos pela sociedade moderna e pelo aumento dos recursos tecnológicos estavam colocando em risco a própria sobrevivência humana. Era necessário respeitar à ética, ou seja, os valores humanos para tentar reverter a preocupante realidade que se apresentava. Era a ética que deveria reger os avanços científicos. Começava a surgir, assim, o que se denomina Bioética.

A Bioética surge, por conseguinte, como “marco crítico de reflexão e discernimento de valores diante dessa revolução bio-tecno-científica”.¹⁷ Um juízo crítico sobre a consonância da utilização dessas novas tecnologias com os valores éticos da sociedade deveria ser feito, realizando-se uma ponderação entre os aspectos positivos e negativos oriundos dessa revolução tecnológica.

O Código de Nuremberg foi a primeira manifestação mais sistemática e de caráter normativo relacionado à experimentação com seres humanos, tendo estabelecido inúmeras regras¹⁸ que precisavam ser respeitadas durante a

¹⁶ Ibidem, p. 33.

¹⁷HOSSNE, William Saad; PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética aos 40 anos: reflexões a partir de um tempo de incertezas. *Revista Centro Universitário*, São Camilo, 2010, p.131.

¹⁸O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, os quais não possam ser buscados por outros métodos de estudo, e não devem ser feitos casuística e desnecessariamente; 3. O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação animal e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo, e os resultados conhecidos previamente devem justificar a experimentação; 4. O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo o sofrimento e danos desnecessários, físicos ou mentais; 5. Nenhum experimento deve ser conduzido quando existirem razões para acreditar numa possível morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, no caso de o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento; 6. O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância humanitária do problema que o pesquisador se propõe resolver; 7. Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade, mesmo remota, de dano, invalidez ou morte; O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas. Deve ser exigido o maior grau possível de cuidado e habilidade, em todos os estágios, daqueles que conduzem e gerenciam o experimento; 9. Durante o curso do experimento, o participante deve ter plena liberdade de se retirar, caso ele sinta que há possibilidade de algum dano com a sua continuidade; 10. Durante

realização das pesquisas. Era necessário existir uma proporcionalidade entre o risco causado pela pesquisa e os benefícios para a sociedade.

Buscava-se, em outras palavras, estabelecer uma relação mais apropriada entre meio e fim. Haveria, em verdade, “uma medida humana para avaliar-se os custos do progresso científico, e isto, por sua vez, pressupõe que o destinatário desse progresso é o homem, o que torna contraditório que ele seja visto única e exclusivamente como meio”.¹⁹

Os códigos de conduta das profissões relacionadas à área de saúde e as normas pertinentes às pesquisas e às profissões são uma comprovação da preocupação atual com a ética, tendo em vista o progresso científico pode, de forma ambígua, fazer o bem e, ao mesmo tempo, causar o mal.²⁰

O avanço científico, nesta linha, não poderia ter o condão de justificar tratamentos desumanos. Se o homem é o destinatário dos benefícios oriundos da tecnologia, ele não poderia ser utilizado como meio para produzir avanço científico. Caberia à ética, portanto, conter os abusos decorrentes dos progressos tecnológicos.

Nesta quadra, a Bioética caracteriza-se como ética aplicada²¹, que se ocupa em fazer o bem, em agir de forma correta em relação às situações atinentes a vida e a saúde, inclusive em relação à ponderação na utilização de recursos tecnológicos. Foi, portanto, a preocupação recém-surgida da sociedade com os avanços científicos descontrolados e ilimitados que culminou com o nascimento da Bioética. A Bioética, contudo, não é analisada baseada em apenas uma concepção, possuindo inúmeras correntes que, embora sob enfoques distintos, buscam analisar as experiências humanas, para que as condutas sejam orientadas em conformidade com a ética.

Neste ponto, convém esclarecer que não se pode falar em uma uniformidade ética nem de valores morais predominantes, inclusive dentro da população de um mesmo país. Essa pluralidade ética, muitas vezes, torna difícil encontrar soluções harmônicas no que se refere a problemas

o curso do experimento, o pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos em qualquer estágio, se ele tiver razoáveis motivos para acreditar que a continuação do experimento causará provável dano, invalidez ou morte para o participante. Disponível em <<http://www.bioetica.ufrgs.br/nuremcod.htm>>. Acesso em 01 mar. 2015.

¹⁹ SILVA, Franklin Leopoldo e. Op. cit., p. 34.

²⁰ Ibidem, p. 35.

²¹ DEJEANNE, Solange. Op. cit., p.37.

relacionados à saúde e ao progresso tecnológico, como a morte, o transplante de órgãos, o aborto etc. Foi justamente pela necessidade de solucionar conflitos éticos de caráter biomédico que desabrochou a corrente bioética denominada principlismo.²²

Por esta razão, para o presente trabalho, em que pese à existência de outras correntes Bioéticas, adota-se a corrente Principlista, que destacou o princípio da autonomia, possuindo, deste modo, estreita relação com a análise do testamento vital, atual objeto de estudo.

2.2. A CORRENTE PRINCIPALISTA

Conforme já antecipado, o princípio da autonomia tem ligação direta com o testamento vital. Contudo, antes de adentrar na análise do aludido princípio bioético, é necessário, ainda que de forma sucinta, analisar o principlismo.

O principlismo é a corrente da bioética mais difundida e divulgada, tendo sido criada com base no Relatório Belmont, elaborado por uma Comissão Nacional para proteção de questões humanas de pesquisa biomédica e comportamental, que possuía como um de seus objetivos identificar os princípios éticos básicos que deveriam nortear as pesquisas em seres humanos. Esses princípios foram: o respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça.

Os protagonistas do principlismo são *Tom Beauchamp* e *James Childress*, autores do livro *Principles of Biomedical Ethics*, que se tornou um clássico na área de Bioética. Na primeira edição da aludida obra, datada de 1979, *Beauchamp* e *Childress* defenderam que 4 (quatro) princípios deveriam nortear a ação humana: beneficência, não maleficência, justiça e autonomia, que serviriam como guias práticos para a solução de conflitos e a tomada de decisão no cotidiano da prática biomédica”.²³ Além disso, esses princípios não teriam disposição hierárquica e, eventuais conflitos entre eles, seriam resolvidos de acordo com cada circunstância concreta.

²² KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Op. cit., p. 41.

²³ DEJEANNE, Solange. Op. cit., p.36.

O Relatório Belmont, contudo, abordava apenas as questões éticas relacionadas a pesquisas com seres humanos. Foram *Tom Beauchamp* e *James Childress* que sistematizaram o princípalismo e o transpuseram também para o campo da prática clínica e assistencial.²⁴ Além disso, os mencionados autores discutiram de forma mais pormenorizada os princípios preconizados pelo Relatório Belmont, acrescentando o princípio da não-maleficência, distinguindo-o do princípio da beneficência. Esses princípios, contudo, não estariam restritos à pesquisa em seres humanos – como preconizado originalmente -, referindo-se a toda ética médica.²⁵

Sobre o princípalismo, ensina Mônica Aguiar:

A busca de um enfoque princípalista para a solução de problemas de natureza ética se coadunava com a visão, em termos culturais, de fornecer à comunidade científica um balizamento claro, simples e direto para aplicação nos casos que envolvessem questões de difícil solução, de molde a assegurar ao cientista certa “imunidade” ao adotar a resposta que a ele parecesse a mais adequada e que, porém, poderia ser questionada posteriormente pela comunidade exógena, especialmente, juizes, advogados, parentes dos pacientes atendidos etc.²⁶

O princípalismo ainda é, portanto, a principal fonte de resolução dos problemas relacionados aos fundamentos da Bioética. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o princípalismo foi o principal fundamento da Bioética em sua fase de surgimento, permanecendo, ainda hoje, como a principal referência dos códigos de ética das profissões relacionadas a área de saúde.

Assim, diante da importância que os princípios possuem na área da bioética e para o presente trabalho, torna-se indispensável analisá-los, priorizando, no entanto, no princípio da autonomia²⁷.

²⁴ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, C. P. *Problemas atuais de Bioética*. 11. Ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014. p. 62-63.

²⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. *Autonomia e frustração da tutela penal*. 2014. 148f. Tese (titularidade). Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 29.

²⁶ AGUIAR, Mônica Neves. *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 29 jan. 2015.

²⁷ DEJEANNE, Solange. Op. cit., p. 34-35.

2.2.1 O princípio da autonomia

A palavra autonomia não possui significado único, podendo variar de acordo com a acepção que é adotada. Em linhas iniciais, a palavra autonomia, que deriva do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, governo ou lei), era empregada como sinônimo de autogoverno e autogestão. Após esta fase inicial, o termo autonomia recebeu novos sentidos, estendendo-se aos indivíduos, podendo caracterizar liberdade, privacidade, escolha individual etc.²⁸

Nesta linha, verifica-se que há uma diferença entre uma ação autônoma e o princípio do respeito à autonomia. Em seu sentido literal, conforme mencionado, autonomia significa autogoverno. Contudo, esse não é o sentido utilizado por *Beauchamp* e *Childress*, que analisam a autonomia como o respeito à liberdade e capacidade do indivíduo de tomar decisões.²⁹

A autonomia referida pela corrente principialista tem relação com independência, com a possibilidade de decidir de acordo com suas convicções pessoais e sem a interferência de terceiros.³⁰ Uma conduta seria autônoma, portanto, quando fosse intencional, ou seja, escolhida livremente. Trata-se, em outras palavras, de capacidade de autodeterminação.

Para que fosse possível falar em ação autônoma seria necessário o preenchimento de três condições básicas de existência: agir com intenção; com entendimento; sem influências controladoras que determinem a ação. A primeira dessas três condições – agir intencionalmente – não pode ser graduada, pois ou se age com intenção ou sem intenção. Em contrapartida, as condições de agir com entendimento e sem a influência controladora, podem não estar integralmente satisfeitas em determinada situação. Isso significa que as ações podem ser mais ou menos autônomas de acordo com o grau de intensidade dessas duas últimas condições.³¹

Busca-se, assim, para se falar em ação verdadeiramente autônoma, que o agente aja querendo, de fato, agir e sabendo exatamente o que significa

²⁸ BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de Ética Médica*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 137.

²⁹DALL'AGNOL, Darley. Op. cit., p. 30.

³⁰Idem.

³¹ BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 140.

aquela conduta, bem como suas consequências. Além disso, é necessário que o agente determine sua ação por vontade própria e não em razão de influências de terceiros pessoas.

Não é necessário, no entanto, para se considerar uma ação autônoma, que as duas condições mencionadas – agir com entendimento e sem influências controladoras – estejam integralmente presentes. Exige-se, apenas, na concepção de *Beauchamp e Childress*, um grau substancial de entendimento e de liberdade. Exigir-se o preenchimento integral dessas duas condições praticamente impossibilitaria o reconhecimento de uma ação como autônoma.

Há, ainda, a diferença entre “ser autônomo” e ser respeitado como agente autônomo. Respeita-se um agente autônomo quando se reconhece o direito dessa pessoa de ter suas próprias opiniões e de agir de acordo com suas convicções pessoais. Exige-se a não intervenção nas decisões individuais, evitando-se que se criem medos que possam retirar sua autonomia. Em outras palavras, “o respeito pelo princípio da autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente [...]”.³²

Ademais, o princípio de respeito à autonomia pode ser estabelecido de forma negativa e de forma positiva. Em sua formulação positiva, exige-se que, no âmbito biomédico, as pessoas sejam respeitadas na comunicação de informações, buscando sempre favorecer suas decisões autônomas. Negativamente, o princípio de respeito à autonomia exige as ações autônomas das pessoas não sejam reprimidas por terceiros através de controles externos que as restrinjam ou as impeçam.³³

Em outras palavras, pode-se dizer que, em sua forma positiva, a autonomia exige que as informações prestadas ao paciente sejam claras e satisfatórias, para que a decisão tomada seja a mais consciente e livre possível. Noutra quadra, o viés negativo da autonomia tenta impedir que as pessoas sejam limitadas na tomada de decisão, através do controle realizado por instituições ou por terceiros.

³² Ibidem, p. 143.

³³FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para Fundamentar a Bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 125.

Beauchamp e Childress afirmam que na teoria esse princípio possibilita justificar uma série de regras morais específicas, que devem orientar a prática biomédica. Essas regras seriam: 1) Dizer a verdade; 2) Respeitar a privacidade dos outros; 3) Proteger informações confidenciais; 4) Obter consentimento para intervenções nos pacientes; 5) Quando solicitado, ajudar os outros a tomar decisões importantes.³⁴

As regras apresentadas caracterizam-se pela amplitude, mas, nem por isso, podem ser aplicadas a todas as pessoas. Isto porque a autonomia é um atributo que nem todos podem exercer. Isso significa que o indivíduo não nasce autônomo, tornando-se a depender de condições biológicas, psíquicas e sócio-culturais.³⁵

Neste ponto, Daniel Romero Muñoz e Paulo Antônio Carvalho Fortes afirmam que os grupos socioeconomicamente vulneráveis tem menos opções de escolha em suas vidas, o que atinge o desenvolvimento do potencial de ampla autonomia. Isso não significa, contudo, que sejam incapazes de decidir de forma autônoma.³⁶

Diante dessa contextualização, é possível perceber o quanto a bioética contribuiu para o estudo da autonomia. No âmbito da relação entre profissionais de saúde e pacientes, a capacidade de autodeterminação do indivíduo tem especial relevância, merecendo ser analisado de forma apartada.

2.2.1.1 O princípio da autonomia e a relação médico paciente

Feitas as primeiras considerações a respeito do princípio da autonomia, é necessário fazer sua correspondência com a relação médico-paciente.

Em linhas iniciais, vale pontuar que a relação médico-paciente foi se modificando ao longo dos anos. O médico, anteriormente, mantinha uma relação estreita com o paciente, baseada na confiança, era médico da família. Atualmente, a relação é mais superficial, muitas vezes desprovida do

³⁴ BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 145.

³⁵ DALL'AGNOL, Darley. Op. cit., p. 31.

³⁶ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 60.

sentimento de amizade e consideração que anteriormente existia. Isto se deve, sobretudo, ao avanço tecnológico, ao crescimento dos hospitais e a multiplicação de planos de saúde. Estes fatores unidos distanciaram o médico do paciente, abrindo espaços para um tratamento muito mais técnico e menos humano.³⁷

Dentro dessa perspectiva, pode-se constatar um grande problema na relação médico-paciente: quem deve tomar as decisões relativas aos tratamentos médicos? De um lado, tem-se o médico, detentor do saber e do conhecimento relativo às consequências dos procedimentos a serem realizados. De outro, tem-se o paciente, pessoa diretamente interessada nas implicações decorrentes da realização de cada procedimento.

Antes de tentar responder tal questionamento, algumas ponderações são necessárias.

Tradicionalmente, como se percebe do Juramento de Hipócrates³⁸, buscavam-se, na medicina, respostas objetivas e consistentes para os problemas de saúde das pessoas, com sua consequente resolução. O médico possuía uma postura virtuosa, pensando sempre no bem-estar no enfermo.³⁹ Contudo, no Juramento Hipocrático, não havia previsão sobre a possibilidade de o paciente decidir. A relação médico-paciente era, deste modo, paternalista e absolutista.

Somente no ano de 1969, nos Estados Unidos, surgiu um documento que é considerado a primeira carta de Direitos do Paciente, da perspectiva dos usuários de hospitais. Tratava-se, em verdade, de um acordo entre um grupo de associações de consumidores e usuários e a Comissão Americana de Credenciamento de Hospitais (JCAH). Já em 1973, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar recomendou aos hospitais e outras entidades de saúde que adotassem e distribuíssem declarações de direitos dos pacientes. Nesse

³⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Del Rey, 2011, p. 79.

³⁸ O Juramento de Hipócrates é um juramento solene efetuado pelos médicos, tradicionalmente por ocasião de sua formatura, no qual juram praticar a medicina honestamente. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates>. Acesso em: 01 mar. 2015.

³⁹ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o Final e Honrar a Vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

mesmo ano, a Associação Americana de Hospitais (AHA) aprovou uma carta de Direitos dos Pacientes.⁴⁰

Como se pode perceber dos primeiros documentos relativos aos direitos dos pacientes, o movimento que buscou implementá-los, nos Estados Unidos, nasceu baseado nos direitos do consumidor e não com base numa luta social pela liberdade. A lógica dos direitos do paciente residia no fato de que ele, na qualidade de consumidor, faria jus a um atendimento de qualidade. À medida que esse novo direito foi sendo divulgado, seu caráter sofreu modificações e, conseqüentemente, seus limites foram ampliados. Além disso, de forma paralela, o progresso tecnológico começou a acarretar problemas éticos na área de saúde, que culminou com o nascimento da reflexão Bioética.⁴¹

O respeito à autonomia, nos moldes em que é definido na atualidade, tem, portanto, ligação direta com o contexto médico vivido na década de 70, oportunidade em que houve insurgência contra uma série de atos realizados, principalmente ligados à experimentação com seres humanos. Passou-se, a partir de então, a considerar “o paciente como pessoa livre e competente para participar de decisões médicas a ela relativas”.⁴² Passava-se a pensar na autonomia do paciente e não somente nos direitos de consumidor.

De tal modo, quando relacionado à ética biomédica, o respeito ao princípio da autonomia significa que o profissional de saúde deve respeitar a liberdade de seu paciente para decidir e escolher.⁴³ “É, portanto como princípio orientador de decisões médicas e de pesquisadores no âmbito da biomedicina que o respeito à autonomia figura entre os quatro princípios gerais formulados na obra *Princípios da Ética Biomédica*”.⁴⁴

Um *ethos* comum determina o que é bom para o ser humano, o médico sabe, apenas como maior clareza, qual é o bem do paciente: a deontologia estava dominada pelo princípio da beneficência. Qualquer reticência do paciente proveria de sua incompetência. Essa unanimidade foi quebrada pela irrupção do princípio democrático que permitiu o arrebatamento dos valores no seio de uma mesma cultura nacional. Nesta dinâmica histórica, a opção do paciente não é mais evidente,

⁴⁰ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. Op. cit., p. 56.

⁴¹ Idem.

⁴² MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit., p. 29-30

⁴³ DALL'AGNOL, Darley. Op. cit., p. 33

⁴⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit., p. 29

não coincide mais *a priori* com o juízo do médico, e a primeira deve prevalecer (em princípio).⁴⁵

Sendo assim, as convicções particulares do profissional sobre determinada situação específica deixariam de ser absolutas, cedendo-se espaço para as convicções pessoais do paciente e para, conseqüentemente, respeitar a sua autonomia.

O Código de Ética Médica (CEM), instituído por meio da Resolução nº 1.931 de 2009, prestigiando o princípio da autonomia, prevê em seu capítulo I – Dos Princípios Fundamentais - que:

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 reconhecidas⁴⁶.

Deste modo, o atual Código de Ética médica confere ao paciente o poder de escolha e, portanto, de decisão. Retira-se, portanto, o poder absoluto que era anteriormente conferido ao médico, em claro respeito ao poder de autodeterminação do indivíduo.

Nesta esteira, resta evidente que o respeito à autonomia do paciente consiste em avanço na ética médica⁴⁷, na medida em que, anteriormente regida pelas prescrições hipocráticas, não considerava a vontade do paciente e buscava realizar o bem de acordo com as concepções do médico responsável pelo tratamento de determinado paciente.⁴⁸

Vive-se uma fase de transição, abandonando-se uma relação paternalista, na qual o médico era obrigado, a qualquer custo, a salvar a vida do enfermo – decorrência do juramento hipocrático – de modo que outro não poderia ser o status do paciente que não o de objeto, pois o médico era responsável pela tomada de todas as decisões sobre seu tratamento. O paternalismo era devido ao fato de o médico sempre ter sido

⁴⁵ LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética*: novo conceito. São Paulo: Loyola, 1996, p. 94.

⁴⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

⁴⁷ [...] toda produção científica das últimas décadas em matéria de responsabilidade médica tem se concentrado sobre a necessidade de obtenção da concordância do paciente para qualquer espécie de tratamento. (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 53).

⁴⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit., p. 31.

considerado portador de verdades que tinham a solução para a cura de doenças.⁴⁹

O médico, aos poucos, vai deixando de ser o único responsável pelas decisões prognósticas e terapêuticas, abrindo-se um espaço, até então inexistente, para a retirada do paciente da posição de inércia, tornando-o agente ativo na tomada de decisões. Prioriza-se, desta forma, sua autonomia individual.

Neste ponto, refletindo sobre crescimento do respeito ao princípio bioético da autonomia, Miguel Kottow afirma acreditar que lhe é conferida uma excessiva rigidez e que isso pode gerar consequências negativas de diversas ordens, inclusive na relação médico-paciente. Isto porque para Kottow, o profissional de saúde tende a refutar sua responsabilidade diante da assunção de responsabilidade pelo enfermo⁵⁰.

Note-se que o que Kottow busca é criar uma 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 autonomia⁵¹.

Em outras palavras, poder-se-ia dizer que, embora de utilização corrente na bioética, o princípio da autonomia não é absoluto, não sendo o único imperativo moral. Isto porque, a depender da situação concreta que se apresenta, inclusive seu contexto social, outros princípios – como a beneficência – podem se mostrar mais adequados.

Desde modo, em algumas situações “poder-se-ia restringir o exercício da autonomia para salvaguardar outros valores morais que deveriam prevalecer

⁴⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 242-243.

⁵⁰ KOTTOW, Miguel. *Participación informada em clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados*. Bogotá: Alya Saada, 2007, p. 26.

⁵¹ 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 indevidas al ejercicio de autonomía*” (KOTTOW, Miguel. Op. cit., p. 28).

na situação concreta”.⁵² Diante da consideração de que o respeito à autonomia não é absoluto, percebe-se que, em se tratando de decisão relativa à saúde, somente a análise do caso concreto poderá fornecer os elementos necessários à verificação se determinado paciente pode ou não agir de forma autônoma e se, naquela situação, o respeito a sua autonomia é a decisão eticamente mais correta e se não contraria o ordenamento jurídico vigente no país⁵³.

No contexto do presente trabalho, o respeito à autonomia tem especial importância, na medida em que possibilita ao paciente se manifestar sobre a realização ou não de tratamentos médicos, respeitando, assim, a sua autodeterminação. Neste ponto, cumpre frisar que, para se falar em decisão autônoma, é indispensável que inexistam coação e controles externos e, ao mesmo tempo, que haja o consentimento informado ou expresso do paciente. O testamento vital é, conforme se analisará em tópico próprio, uma clara manifestação da autonomia do paciente.

2.2.1.2 Modelos de Decisão Substituta

Existem situações em que o paciente não é autônomo, não sendo capaz de escolher ou renunciar à realização de determinado procedimento diagnóstico ou terapêutico. Nessas situações, essa decisão poderá ser delegada a um hospital, um médico ou um familiar ou pode-se recorrer a um tribunal para buscar a solução para o caso concreto. Essa decisão substituta pode ser realizada, a depender da situação casuística, baseada em três modelos distintos: o do julgamento substituto, da pura autonomia e o dos melhores interesses para o paciente.⁵⁴

O modelo do julgamento substituto é considerado uma expressão da autonomia, na medida em que considera que a decisão sobre tratamentos incumbe ao próprio paciente, mesmo que incapaz ou não autônomo,

⁵²FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. Op. cit., p. 126-127.

⁵³O efeito jurídico declaradamente querido não pode ser alcançado senão de acordo com a norma. Se, de outro lado, são diferentes do desejado os efeitos da declaração de vontade, ou isso se verifica porque princípios legais subsidiários suprem a vontade dos interessados, ou então porque preceitos absolutos regulam a relação jurídica validamente construída. (PIÑEIRO, Valter Esteves. O princípio bioético da autonomia e sua repercussão e limites jurídicos. In: *Cadernos Adenauer*. n. 1, Ano III, Bioética. Rio de Janeiro, 2002, p. 115).

⁵⁴BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 195-196.

justamente em razão do respeito à autonomia e à privacidade. Se no momento de tomar a decisão, o paciente é incapaz de assim proceder, outro decisor deve ser indicado.⁵⁵

Neste modelo o paciente não declarou sua vontade. Apesar disso, para se chegar a uma decisão que mantenha intacto o respeito pela sua autonomia, a pessoa que irá decidir deve buscar realizar os desejos e necessidades do incapaz, inferindo-os do sistema de valores do paciente. Por isso mesmo, a decisão não pode ser aquela que se adequa à tabua de valores do decisor substituto, mas a que se possa previsivelmente deduzir que seja a relativa àquele em nome de quem se age.⁵⁶

Deste modo, a decisão substituta deve ter como base os valores que o paciente apresentava quando ainda capaz. O decisor substituto deve tomar a decisão que o próprio paciente teria tomado caso ainda fosse capaz. É indispensável que a relação entre paciente e decisor seja profunda e íntima para que a conclusão final realmente reflita a opinião do paciente e não daquele que está tomando a decisão.

Esse modelo de decisão substituta não pode ser utilizado para pacientes que nunca foram capazes, justamente por faltar-lhe o requisito da autonomia. Esse modelo auxilia na escolha do melhor tratamento para pessoas que já foram capazes, cujas preferências, objetivos e valores anteriores podem ser discernidos.

O segundo modelo de decisão substituta é o da pura autonomia. Este modelo, “é engendrado como forma de manter incólume a vontade real o paciente declarou o tratamento que gostaria ou não de receber se e quando estivesse impossibilitado de fazê-lo”⁵⁷. Respeita-se, desta forma, as decisões autônomas prévias de pessoas que, naquele momento, estão incapazes, mas que tomaram suas decisões quando ainda eram capazes.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ 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: 29 jan. 2015.

⁵⁷ 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 29 jan. 2015.

Atualmente, através do que se denomina Diretivas Antecipadas de Vontade, é possível que uma pessoa estabeleça diretrizes, que devem ser analisadas e respeitadas em caso de incapacidade. Deste modo, o paciente pode escolher, quando ainda capaz, quais procedimentos diagnósticos e terapêuticos renunciaria em eventual situação de incapacidade.⁵⁸

O presente trabalho tem como objeto o Testamento Vital, espécie de Diretiva Antecipada de Vontade que permite ao seu elaborador elencar por escrito os tratamentos que não gostaria de se submeter em caso de incapacidade. Questiona-se, no entanto, em que medida esse estabelecimento prévio e exposto de diretrizes relacionadas à renúncia de tratamentos devem ser considerados eficazes e com força obrigatória, depois que a pessoa se torna incapaz. Quais situações possibilitariam o respeito às declarações de vontade previamente registradas e, conseqüentemente, permitiriam a renúncia à realização de determinados tratamentos?

Esse ponto é exatamente o objeto de estudo do presente trabalho, analisando-se o instituto do Testamento Vital sob a ótica da autonomia, bem como o âmbito de eficácia das declarações previamente registradas.

O terceiro modelo de decisão substituta é o dos melhores interesses. Sobre esse modelo, explica Mônica Aguiar:

Não se trata aqui, pois, de manter-se decisão tomada pelo paciente quando era capaz, ou de chamar um representante para indicar a provável vontade daquele que, não podendo expressá-la pessoalmente na atualidade do ato, não a veiculou anteriormente. O paradigma dos melhores interesses, ao revés, trabalha com a hipótese de alguém – normalmente o médico, o Hospital ou uma Comissão – decidir o que considera ser o mais adequado ao paciente, levando em conta parâmetros usualmente observados em circunstâncias semelhantes.⁵⁹

A pessoa designada para decidir, nesta esteira, deve verificar qual o maior benefício para o paciente dentre as opções possíveis, analisando-se e atribuindo peso diferente para cada opção, bem como retirando os riscos e

⁵⁸BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 149.

⁵⁹AGUIAR, 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 29 jan. 2015.

custos intrínsecos a cada um. Faz-se, em verdade, uma análise comparativa para que se possa encontrar o maior número de benefícios.⁶⁰

Sendo assim, neste modelo de decisão substituta não cabe ao próprio paciente deliberar sobre a realização ou não de determinados procedimentos diagnósticos ou terapêuticos, cabendo ao médico (ou um hospital ou comissão), após analisar a situação concreta que se apresenta, decidir por aquilo que considera mais adequado e benéfico para o paciente.

2.2.2 O princípio da não- maleficência

Em linhas iniciais, é necessário registrar, mais uma vez, que o princípio da não-maleficência não estava previsto no relatório Belmont, tratando-se de desdobramento do princípio da beneficência, pois promover o bem das pessoas parece aludir não lhes causar danos intencionalmente. Apenas com o trabalho de *Beauchamp e Childress* o princípio da não-maleficência foi distinguido do princípio da beneficência.⁶¹

O princípio da não-maleficência determina a obrigação de não causar dano intencionalmente. Está relacionado com a máxima “*primum non nocere*” (acima de tudo – ou antes de tudo -, não causar dano), normalmente relacionado ao juramento Hipocrático. Trata-se para alguns de princípio base da ética médica. Restringindo-se o âmbito desse princípio a ética biomédica, pode-se dizer que significa “a obrigação do profissional de saúde de, na impossibilidade de fazer o bem, ao menos não causar algum tipo de dano ao paciente”.⁶²

Pode-se dizer, nesta esteira, que se o médico não pode fazer o bem pelo paciente, também não lhe é permitido fazer o mal, ou seja, lhe causar dano. Em outras palavras, se inexistir medida positiva e benéfica a ser tomada em favor do paciente, que então nenhum procedimento seja realizado. Seria inadmissível que o profissional de saúde intencionasse prejudicar aquele que lhe procura justamente para curar sua enfermidade ou para aliviar os efeitos dela decorrentes.

⁶⁰BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 205.

⁶¹DALL’AGNOL, Darley. Op. cit., p. 38.

⁶²Idem.

Com esta conceituação, é possível apreender que o princípio da não-maleficência não se confunde com o princípio da beneficência. Isto porque, enquanto neste o agente opera ativamente – evitando danos, sanando-os ou promovendo o bem -, naquele há apenas a abstenção de realizar ações que causem danos. A regra primordial da não-maleficência seria um não fazer. Poder-se-ia distinguir conceitualmente os princípios da não-maleficência e da beneficência do seguinte modo: a não-maleficência é a obrigação de não causar danos, enquanto a beneficência é a obrigação de prevenir danos, retirar danos e promover o bem.⁶³

Em grande parte dos casos, segundo *Beauchamp e Childress*, as obrigações de não-maleficência vinculam com maior força, ou seja, são mais rigorosas do que as obrigações de beneficência. Além disso, em algumas situações, a não-maleficência poderá prevalecer sobre a beneficência, mesmo que o resultado mais adequado seja obtido através desta última. Para exemplificar essa afirmação, os autores ilustram a situação em que, se um cirurgião pudesse salvar dois pacientes inocentes, matando um preso sentenciado a morte para obter seu coração e seu fígado para transplante, ação não seria moralmente justificada, em que pese possuir a mais alta utilidade.⁶⁴

A precedência da não-maleficência, contudo, não é absoluta. Nem sempre uma ação utilitária ficará em segundo plano em face de uma conduta de não causar malefício, não sendo possível estipular uma regra *a priori* que estipule que evitar danos é preferível a gerar benefícios. Somente a situação concreta poderá demonstrar se prevalecerá a regra geral – prioridade para não maleficência -, ou se a obrigação de ajudar prevalecerá sob a de não causar dano (prioridade para beneficência).

Délio José Kipper e Joaquim Clotet, discorrendo sobre o caráter não absoluto do princípio da não-maleficência, afirmam que este princípio nem sempre terá prioridade em todos os conflitos, ponderando que, em caso de dúvida, deve-se considerar o princípio do respeito devido a todo ser humano. Assim, “a dor ou dano causado a uma vida humana só poderia ser justificado,

⁶³KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Op. cit., p. 47.

⁶⁴BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 211.

pelo profissional de saúde, no caso de ser o próprio paciente a primeira pessoa a ser beneficiada”⁶⁵.

Nesta quadra, o profissional de saúde deve buscar sempre a realização do bem, de forma que os procedimentos adotados tenham o condão de gerar benefícios ao paciente. Não sendo possível adotar tal conduta, é vedado a este profissional a efetivação de medidas que causem danos intencionais a quem está sob seus cuidados.

O princípio da não-maleficência está relacionado, por conseguinte, com o conceito de dano. A palavra dano tem definições abrangentes, podendo incluir comprometimentos da reputação, da liberdade, da propriedade etc. Na acepção conferida à palavra pelo princípio da não-maleficência, tem-se que dano é apenas o dano físico, que causa dor, deficiência e morte, além dos danos mentais. Assim, como há inúmeros tipos de danos, o princípio da não-maleficência compreende muitas regras morais específicas, tais como: não matar; não causar dor ou sofrimento a outros; não causar incapacitação a outros; não causar ofensas a outros; não despojar outros dos prazeres da vida⁶⁶.

Com a leitura das regras acima, percebe-se que, ao contrário do princípio da autonomia – que se relaciona mais com o paciente -, o princípio da não-maleficência está direcionado aos profissionais de saúde. Essas regras, contudo, não regem somente o comportamento dos profissionais, mas o comportamento dos homens de uma forma geral.⁶⁷

O princípio da não- maleficência tem conexão com alguns problemas específicos da área médica, como os dilemas sobre rejeição e interrupção de tratamentos; tratamento ordinário e extraordinário; alimentação artificial e tecnologias médicas de suporte de vida. Tais dilemas possuem íntima relação com o objeto de estudo do presente trabalho – testamento vital -, motivo pelo qual serão analisados em capítulo posterior.

⁶⁵ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Op. cit., p. 48.

⁶⁶ BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 214.

⁶⁷DALL’AGNOL, Darley. Op. cit., p. 41.

2.2.3 O princípio da Beneficência

O termo beneficência etimologicamente significa “fazer o bem aos outros”. A vida moral exige, para além do respeito à autonomia do indivíduo e da abstenção de não lhe causar o mal, que haja contribuição para o seu bem-estar. O amor e o altruísmo são formas de agir em benefício dos outros.⁶⁸ Pode-se dizer que a beneficência exige mais do que o princípio da não-maleficência, tendo em vista que, para este último, basta a abstenção em realizar uma conduta danosa, enquanto para o primeiro é necessário que o agente efetivamente tenha condutas positivas para ajudar aos outros e promover o bem.

Beauchamp e Chidress mencionam a existência de dois princípios da beneficência: beneficência positiva e utilidade. A beneficência positiva obriga as pessoas a agirem em benefício das outras. Já a utilidade requer a realização de uma avaliação entre os benefícios e as desvantagens, estabelecendo o balanço mais favorável possível.⁶⁹

Deste modo, o princípio da beneficência busca, inicialmente, a promoção da saúde e a prevenção da doença e, em segundo plano, analisa os bens e os males buscando a prevalência dos primeiros.⁷⁰ A finalidade do princípio da beneficência é, portanto, promover o bem-estar do paciente, agindo de forma a garantir que seus interesses sejam respeitados. Trata-se de princípio norteador da prática das profissões ligadas a área de saúde.

A beneficência se difere da benevolência e do princípio ético de beneficência. A beneficência, conforme mencionado, está relacionada a condutas praticadas com o objetivo de beneficiar outras pessoas. A benevolência tem relação com caráter da pessoa que se dispõe a agir para beneficiar as outras pessoas. E, por fim, o princípio ético de beneficência refere-se à obrigação moral de agir para beneficiar as outras pessoas.⁷¹

Muitos filósofos sustentam que a beneficência é somente um ideal moral ou de caridade. Aqueles que agem de forma beneficente são dignos de louvor,

⁶⁸DALL’AGNOL, Darley. *Ibidem.* p. 43.

⁶⁹BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Op. cit.*, p. 281.

⁷⁰KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. *Op. cit.*, p. 45.

⁷¹FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 133.

mas não incorrem em deficiência moral quando não o fazem. Essa discussão remete à necessidade de estabelecer quando a beneficência é opcional e quando é obrigatória.⁷²

Em que pese essa dificuldade em estabelecer o que seria uma beneficência obrigatória, *Beauchamp e Childress* estabelecem algumas regras morais específicas que fundamentam o princípio de beneficência positiva: proteger e defender os direitos dos outros; evitar que outros sofram danos; eliminar as condições que causarão danos a outros; ajudar pessoas inaptas; socorrer pessoas que estão em perigo. Essas regras servem como base para estabelecer uma beneficência obrigatória, mas não tem, contudo, caráter absoluto a ponto de se exigir o heroísmo.

A dificuldade em distinguir a beneficência obrigatória e a beneficência ideal pode ser amenizada com a distinção entre beneficência geral e beneficência específica. A beneficência geral é direcionada a todas as pessoas de forma imparcial, independente de relações pessoais travadas entre elas. Isso significa que se deve agir de forma beneficente com todas as pessoas. Já a beneficência específica dirige-se às pessoas com as quais são mantidas relações ou ligações especiais, como parentesco, amizade, assistência à saúde (relação médico paciente).⁷³

Pode-se dizer, desta forma, que defender a existência de uma beneficência geral é uma tese muito mais rigorosa, na medida em que obriga o agente a agir de forma imparcial, gerando o bem para todas as pessoas e não somente para aquelas em que há uma relação afetiva ou de parentesco, por exemplo. Contudo, é praticamente inviável sustentar que é possível ter para com as pessoas desconhecidas a mesma obrigação que se tem com a família e amigos, tratando-se de padrão irrealista de comportamento.⁷⁴

Especificamente na área biomédica, espera-se do profissional de saúde uma beneficência específica em relação ao paciente, pois aquele tem a obrigação de agir em benefício deste. Este benefício proporcionado pelo médico não seria, desta forma, uma demonstração de caridade, mas o cumprimento do dever médico de fazer o bem. Ressalte-se que esse dever, no

⁷²BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. op. cit., p. 283.

⁷³FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. op. cit., p. 135.

⁷⁴BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. op. cit., p. 286.

entanto, pode ser contrabalançado com o princípio da autonomia e da justiça, não tendo caráter de perfeição.⁷⁵

2.2.3.1 A distinção das regras da beneficência e da não-maleficência

As regras morais que embasam os princípios da beneficência e da não-maleficência não se confundem, podendo-se traçar, segundo *Beauchamp e Childress*, as seguintes distinções:

As regras da não-maleficência: (i) são proibições negativas; (ii) devem ser obedecidas imparcialmente; (iii) servem de base a proibições legais de algumas formas de conduta. Já as regras da beneficência: (i) impõe ações positivas; (ii) nem sempre exigem uma obediência imparcial; (iii) em raras situações possibilitam o estabelecimento de obrigações sancionadas pela lei.⁷⁶

Como se pode perceber, as regras da não-maleficência proíbem causar danos a outrem, ou seja, fazer o mal. Não se pode, portanto, prejudicar intencionalmente ninguém. Essas regras exigem um comportamento imparcial, que obriga em relação a qualquer pessoa. Fala-se que essas obrigações são perfeitas, tendo em vista o fato de serem estritamente exigíveis. Já a beneficência permite que se favoreçam aquelas pessoas em que há uma relação especial. Trata-se de uma relação de parcialidade e, portanto, imperfeita, não sendo possível exigir que se aja de modo beneficente com todas as pessoas e em todas as situações.⁷⁷

Algumas regras de beneficência, contudo, podem obrigar o agente de forma imparcial. Deste modo, a título exemplificativo, pode-se dizer que uma pessoa tem a obrigação de salvar a vida de um estranho quando a situação envolver pequeno risco. Além disso, não se pode dizer que as obrigações de beneficência, por serem imperfeitas, são meros ideais morais. São, ao contrário, verdadeiras obrigações morais, que podem ultrapassar, em determinadas situações, as obrigações de não-maleficência. Como exemplo, pode-se citar a produção de um benefício importante que causa um pequeno

⁷⁵DALL'AGNOL, Darley. op. cit., p. 45.

⁷⁶BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 284.

⁷⁷FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. Op. cit., p. 136-137.

prejuízo ou quando esse benefício atinge muitas pessoas e causa um dano a poucas.

2.2.3.2 O conflito entre beneficência e autonomia: paternalismo

De um modo geral, a beneficência expressa a principal obrigação na assistência à saúde, sendo o princípio básico da ética biomédica. Tradicionalmente, os médicos que realizam, de acordo com suas convicções e conhecimento técnico, o julgamento sobre as necessidades dos seus pacientes relacionadas a tratamentos, consultas e demais informações. Contudo, com o passar dos anos e com o aumento das exigências relativas aos direitos de autonomia, emergiu a preocupação com o paternalismo.⁷⁸

Nas palavras de *Beauchamp e Childress*, o paternalismo é a “ação de contrariar as preferências ou ações conhecidas de outra pessoa, na qual a pessoa que contraria justifica sua ação com base no objetivo de beneficiar a pessoa cuja vontade é contrariada ou de evitar que ela sofra danos”⁷⁹. Já Franklin Leopoldo e Silva descreve o paternalismo como:

resultado do caráter assimétrico da relação médico paciente, caracterizada pela fragilidade do paciente e pela força do médico. Nessa relação desproporcionada, o cuidado prestado anula a pessoa que é objeto do mesmo, dando-se uma passagem despercebida do saber ao poder, de consequências lamentáveis, pois a pessoa chega a ser apagada como individualidade singular.⁸⁰

Em outras palavras, o paternalismo existe quando a beneficência é praticada com desrespeito a autonomia do paciente. O profissional de saúde, por ser o detentor do saber técnico, retira do paciente seu poder de autodeterminação, o impossibilitando de tomar decisões que refletirão diretamente sobre ele. O paciente é considerado um incapaz, que nada decide, obedecendo, sempre, os mandamentos do médico.

Ana Carolina Brochado Teixeira, discorrendo sobre o tema, afirma que sempre preponderou o princípio da beneficência, que pressupõe ações

⁷⁸BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 295.

⁷⁹Ibidem, p. 298.

⁸⁰ SILVA, Franklin Leopoldo apud KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 48.

direcionadas ao benefício de outras pessoas. Essa beneficência, ressalva a autora, “é necessária quando existe vulnerabilidade, pois esta, geralmente é fator impeditivo de decisões autônomas.”⁸¹ Sendo assim, nas situações em que o paciente se encontrasse vulnerável e não pudesse se expressar autonomamente, ou seja, não tivesse condições de decidir o que seria melhor para si, caberia ao médico assim proceder e o faria com base na beneficência.

Partindo-se dessa mesma ótica, *Beauchamp e Childress* afirmam que o paternalismo pode ser dividido em paternalismo fraco e forte. Denomina-se paternalismo fraco a situação em que o profissional de saúde intervém a partir do princípio da beneficência para proteger o próprio paciente de suas ações não autônomas. Aquele que sofre de depressão, por exemplo, não tem condições de agir autonomamente. No paternalismo forte, procura-se beneficiar um paciente sem considerar suas escolhas ou contra elas, ou seja, sem respeitar sua autonomia.⁸²

Note-se que, por ferir a autonomia do paciente, o paternalismo forte normalmente não se justifica, podendo-se, no entanto, ser justificável nas situações em que o paciente corre sério risco de vida. Délio José Kipper e Joaquim Clotet ponderam ainda que, em algumas situações, o paternalismo é “a única forma de atendimento, próprio ou característico de uma sociedade em vias de desenvolvimento”. Isto porque é difícil “levar a ideia de autonomia e de integridade a quem nunca teve a oportunidade de sentir-se um ser com autonomia para administrar sequer sua própria fome”.⁸³

Percebe-se, assim, que a noção de paternalismo forte e fraco está diretamente relacionada com a ideia de vulnerabilidade. Quando o paciente é vulnerável, o paternalismo médico visa proporcionar bem-estar para aquele que não possui condições de decidir de forma autônoma. Contudo, se o paciente não está vulnerável e, ainda assim, o médico desrespeita suas escolhas e procede de acordo com suas convicções pessoais, configurado está o paternalismo forte, que fere a autonomia do indivíduo, retirando do paciente a possibilidade de tomar decisões sobre o seu próprio corpo.

⁸¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 243-244.

⁸²DALL’AGNOL, Darley. op. cit., p. 47.

⁸³Azevêdo, Eliane. Apud KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 49.

Nesta linha, confirma-se a premissa já mencionada: os princípios elencados por *Beauchamp* e *Childress* não são absolutos e o paternalismo deverá ser avaliado de acordo com os princípios da beneficência e da autonomia. É possível, portanto, que, em algumas situações, a autonomia seja mitigada em nome da beneficência. Contudo, o que não pode ocorrer é uma aniquilação completa da autonomia do paciente, com base na premissa de que o médico é quem sabe o que é melhor para ele.

2.2.4 O princípio da justiça

Segundo sua conceituação, justiça refere-se a tratamento justo, equitativo e apropriado, levando-se em consideração àquilo que lhe pertence, ou seja, que lhe é devido. De forma contrária, ter-se-ia uma situação de injustiça quando se tem uma omissão, quando se nega a uma pessoa aquilo que lhe era de direito, que lhe correspondia como coisa sua.⁸⁴

Tem-se, ainda, a expressão *justiça distributiva* que “se refere a uma distribuição justa, equitativa e apropriada no interior da sociedade, determinada por normas justificadas que estruturam os termos da cooperação social”.⁸⁵ Essa é essa dimensão de justiça que interessa no âmbito biomédico, pois possui ampla abrangência, incluindo políticas de distribuição de benefícios e encargos.

O grande problema é que nem sempre os benefícios são suficientes para todos, havendo escassez de recursos e fartas necessidades. Essa disparidade entre a oferta de recursos e a demanda das pessoas gera a discussão sobre a justiça na distribuição dos benefícios e encargos. A análise dessa distribuição justa decorre de alguns critérios de justiça – formais ou materiais -, não havendo como enumerar critério único como capaz de resolver a todas as demandas.⁸⁶

O princípio da justiça formal é comum a todas as teorias da justiça, sendo tradicionalmente atribuída a Aristóteles: iguais devem ser tratados de modo igual, e os desiguais devem ser tratados desigualmente. Trata-se de princípio

⁸⁴FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. Op. cit., p. 138.

⁸⁵BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 352.

⁸⁶Ibidem, p. 353.

formal, pois carece que conteúdo concreto, não fornecendo os critérios capazes de determinar a igualdade e a desigualdade.⁸⁷

O princípio da justiça formal peca justamente pela ausência de conteúdo. A ausência de critérios que possam definir o que seria igualdade e quem seria igual ou desigual torna o princípio da justiça formal insuficiente por si só e impossibilita assegurar que a justiça distributiva está sendo efetivamente realizada. Por isso, a necessidade da utilização de princípios materiais.

Os princípios materiais de justiça são aqueles que “especificam as características relevantes para um tratamento igual”, ou seja, preenchem de conteúdo específico a lacuna presente no conceito formal de justiça. Deste modo, estabelece que: 1. A todas as pessoas uma parte igual; 2. A cada um de acordo com a sua necessidade; 3. A cada um de acordo com o seu esforço; 4. A cada um de acordo com a sua contribuição; 5. A cada um de acordo com o seu merecimento; 6. A cada um de acordo as trocas do livre mercado⁸⁸.

Esses princípios podem ser aplicados simultaneamente, sendo que algumas teorias aceitam todos eles como válidos. Pode-se dizer que cada um dos princípios acima elencados amolda-se uma obrigação *prima facie*, cujo peso dependerá das circunstâncias particulares nas quais serão aplicáveis. Para incluir todos esses princípios em uma teoria da justiça, seria necessário, segundo *Beauchamp e Childress*, estabelecer alguns critérios de precedência ou prioridade entre eles, pois, do contrário, surgiriam conflitos praticamente impossíveis de solucionar.⁸⁹

A existência de critérios materiais para determinação da igualdade acarretou o desenvolvimento de teorias da justiça, algumas mais libertárias (ênfaticam os direitos às liberdades básicas), outras mais igualitárias (defendem a igualdade de acesso aos bens vitais de cada pessoa), outras mais utilitaristas (defendem a maximização da utilidade pública) e assim por diante.⁹⁰

Questão também importante se relaciona com a necessidade de a teoria da justiça conter um padrão mínimo de cuidado assistencial para todos. Para *Beauchamp e Childress* a proteção social e a oportunidade justa são dois

⁸⁷FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. Op. cit., p. 139.

⁸⁸ BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 355-356.

⁸⁹FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. Op. cit., p. 140.

⁹⁰DALL'AGNOL, Darley. Op. cit., p. 50.

argumentos que servem como base a um direito a um padrão mínimo de saúde para todos. Assim, sob a ótica do critério material, a justiça na distribuição de recursos na esfera da saúde deve se basear na necessidade.⁹¹

O princípio da justiça material poderia ser simplificado à distribuição eficaz dos bens segundo a necessidade. Na esfera da ética biomédica, esse princípio traduz a necessidade de distribuição dos recursos da saúde de acordo com o critério da necessidade de cada indivíduo, buscando-se, com isso, satisfazer um padrão mínimo de saúde.

⁹¹Ibidem. p. 52.

3. A AUTONOMIA INDIVIDUAL EM SITUAÇÕES DE TERMINALIDADE E ABREVIAMENTO DE VIDA.

O conceito bioético de autonomia, conforme mencionado no capítulo anterior, refere-se à autodeterminação, à capacidade do paciente em decidir sobre a realização ou não de determinados tratamentos ou procedimentos médicos, sem a influência de agentes externos. Questiona-se, contudo, até que ponto o desejo e, conseqüentemente a autonomia, do paciente deverá ser respeitado?

Para responder a esse questionamento, é necessário fazer alguns esclarecimentos acerca dos conceitos de terminalidade de vida, bem como relacionados à ocorrência de doenças crônicas irreversíveis e ao estado vegetativo persistente, fazendo suas correspondências com a análise da eutanásia (e suas espécies), da ortotanásia, da distanásia, do suicídio assistido.

Vale pontuar que essa correlação deve ser realizada principalmente no que tange à permissão da ação de terceiros que impliquem na efetivação da morte do agente. Isto porque as condutas praticadas por terceiras pessoas, ainda que com a permissão do próprio indivíduo, podem indicar o respeito a sua autonomia, mas nem sempre são compatíveis com os ordenamentos jurídicos.

Essa apreciação tem especial relevância em relação às discussões sobre o testamento vital no Brasil, na medida em que, para que se possa delimitar o âmbito de eficácia desse instituto, é necessário verificar, por exemplo, se na situação concreta a recusa de determinado tratamento caracteriza ortotanásia ou eutanásia. Essa conclusão será essencial para analisar se o desejo do paciente é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, se o testamento vital elaborado terá ou não eficácia.

Essa verificação é indispensável, portanto, para que se possa delimitar o âmbito de eficácia do instituto do testamento vital no Brasil.

3.1 BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE TERMINALIDADE

Antes de adentrar no mérito relativo ao respeito à autonomia individual nas situações de terminalidade de vida, de ocorrência de doença grave irreversível e de estado vegetativo persistente, é necessário, ainda que de forma breve, analisar o conceito de terminalidade.

Conceituar terminalidade não é tarefa fácil, inexistindo uma fórmula objetiva, precisa e universal do que corresponda uma doença terminal. Numa definição mais simplória, terminalidade resume-se à doença crônica para a qual a medicina não oferece nenhuma chance de cura⁹². Maria Elisa Villas-Bôas afirma que o paciente terminal é aquele que “encontrando-se já em fase tal de sua patologia, evoluirá inexoravelmente para o óbito, sem que haja nenhum recurso médico capaz de evitar esse desfecho e ‘independentemente dos esforços empregados’”⁹³.

Na tentativa de elucidar o tema, Laura Scaldaferrri Pessoa aduz que “paciente terminal é aquele que se aproxima do fim, para o qual já foram atingidos os limites dos processos curativos, não havendo nenhuma esperança de salvá-lo. Vale dizer que o processo de morte está instalado e é inevitável”⁹⁴. A definição adotada pelo *American College of Physicians*, considera como paciente terminal aquele que se encontra em situação irreversível, apresentando alta probabilidade de morrer num prazo curto de tempo, entre três e seis meses.⁹⁵

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;

⁹² 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.

⁹³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit., p. 36-37.

⁹⁴ PESSOA, Laura Scaldaferrri. op. cit., p.40.

⁹⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit. p. 37.

5. Prognóstico de vida inferior a seis meses⁹⁶.

Nessa mesma linha, Gisele Mendes de Carvalho, elenca algumas características que ajudam a identificar a ocorrência de doença terminal: a) presença de enfermidade avançada e incurável pelos meios técnicos existentes; b) impossibilidade de resposta a tratamentos específicos; c) presença de sintomas múltiplos, multifatoriais, e cambiantes que condicionam a instabilidade evolutiva do paciente; d) impacto emocional (devido à iminência da morte) no paciente, família e equipe terapêutica; e) prognóstico de vida breve (inferior a seis meses).⁹⁷

Fala-se em terminalidade de vida, desta forma, quando a cura da doença já não for mais possível, quando os recursos tecnológicos a disposição da medicina, os medicamentos e tratamentos já não forem adequados e suficientes para reverter a situação que se apresenta. A morte passa a ser evento certo e infalível, que ocorrerá em curto espaço de tempo.

Não se pode confundir, contudo, a doença terminal com a doença irreversível. A doença terminal se baseia em dois pontos: a irreversibilidade e a ocorrência da morte no prazo de 3 (três) a 6 (seis) meses. Já a doença irreversível, embora insuscetível de cura, não necessariamente é terminal, podendo ocorrer em prazo muito superior àquele mencionado para doença terminal.⁹⁸

Neste diapasão, resta evidente que toda doença terminal é irreversível, mas nem toda doença irreversível é terminal. Assim, apenas a título exemplificativo pode-se citar a situação do tetraplégico, cuja condição de paralisia é irreversível, mas não enseja a ocorrência da morte em um curto espaço de tempo, não sendo, deste modo, terminal.

Além disso, também não se pode confundir o paciente terminal com o paciente sem prognóstico ou com o prognóstico ruim, pois nesta circunstância

⁹⁶ 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: 20 jan. 2015.

⁹⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM. 2001, p.125

⁹⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. op. cit., p. 190.

o agente, embora portador de uma patologia sem perspectiva de cura ou cujo prognóstico seja negativo, não se encontra em situação de morte próxima. Nesses casos, o agente possui uma doença crônica⁹⁹, mas que é possível de ser controlada, tornando possível a convivência com as limitações por anos. É o caso, por exemplo, do Alzheimer e a Esclerose lateral amiotrófica (ELA).¹⁰⁰

São os pacientes sem prognóstico ou com prognóstico ruim que mais suscitam polêmica nas discussões sobre eutanásia. Esses pacientes, sabendo das consequências que a sua doença gera, podem não desejar mais viver, evitando, com isso, o sofrimento que a enfermidade causará. A eutanásia e suas implicações, principalmente no Brasil, serão analisadas em tópico próprio.

Confirmada o estágio da doença e classificando-a como terminal, três condutas se tornam possíveis para resolver a situação: a) prolongar a vida do paciente por meio de drogas e aparelhos, mesmo isso prolongando também o sofrimento (distanásia); b) antecipar o fim, interrompendo a vida do paciente (eutanásia); c) promover cuidados paliativos para aliviar o sofrimento do paciente, sem tentar preservar a vida para além do tempo natural (ortotanásia).¹⁰¹ As três situações serão analisadas a seguir, podendo-se antecipar que a terceira é a que melhor se coaduna com a dignidade humana.

Por fim, conclui-se que só é possível falar em terminalidade de vida quando se estiver diante de uma doença irreversível, que acarretará a morte do paciente no prazo curto de três a seis meses. Outras doenças graves, ainda que irreversíveis, não poderão ser taxadas de terminais se ausentes esse requisito temporal para a ocorrência da morte.

3.2. A EUTANÁSIA E SUAS ESPÉCIES.

A expressão “eutanásia”, na forma em que é concebida modernamente, é atribuída ao filósofo inglês *Francis Bacon*, que a teria criado a partir da junção

⁹⁹ “desordem com base psicológica ou cognitiva, com duração mínima de um ano, que produz sequelas como limitação de função ou atividade ou prejuízo das relações sociais, dependência de medicação, dieta, tecnologia e necessidade de cuidados de profissionais de saúde”. (SILVA, M. G. N. Apud BUSHATSKY, Magaly et al. *Cuidados Paliativos em pacientes fora de possibilidade terapêutica*. Centro Universitário São Camilo, 2012, p. 400. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/98/04.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

¹⁰⁰PESSOA, Laura Scaldaferrri. op. cit., p.42.

¹⁰¹ Idem.

dos radicais gregos *eu* (bom, bel, verdadeiro) e *thanatos* (morte). Assim, a eutanásia designava a ação do médico que propiciava ao doente uma morte leve e doce, quando já não havia mais esperança.¹⁰²

Por esta definição, percebe-se que em suas linhas iniciais, a eutanásia significava a morte suave, delicada, sem padecimentos ou dores e que era não necessariamente provocada. Essa, contudo, não é aceção que é atribuída ao termo atualmente. Para Maria Elisa Villas-Bôas, o conceito atual de eutanásia sugere “a antecipação da morte de paciente incurável, geralmente terminal e em grande sofrimento, movido por compaixão para com ele”.¹⁰³ No mesmo sentido, Claus Roxin conceitua a eutanásia como sendo “a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração a sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana”¹⁰⁴.

Percebe-se que a finalidade da eutanásia é retirar o paciente, através da antecipação de sua morte, de um sofrimento caracterizado pela intensidade e classificado como angustiante e insuportável, quando este já não é mais possível de ser revertido. Esse sofrimento, vale ressaltar, não precisa ser necessariamente físico, admitindo-se também o sofrimento psicológico, que frequentemente acomete tetraplégicos, portadores de Alzheimer etc.¹⁰⁵

Discordando desse entendimento, Maria Auxiliadora Minahim assevera:

Na realidade, estender a sujeição passiva da eutanásia a um paciente nessa situação significa uma ampliação excessiva do conceito, porque sustentado apenas no sofrimento da pessoa. A se validar tal hipótese, o sofrimento emocional (moral) que leva ao suicídio (talvez o mais intenso que possa ser vivenciado) deveria ser legitimado e incluído no conceito. O sofrimento que compõe a definição de eutanásia deve, portanto, ser compreendido como físico.¹⁰⁶

Além disso, é possível afirmar a existência de um elemento subjetivo inserido na conduta do agente que comete a eutanásia: a piedade. Isso

¹⁰²VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit., pág. 07.

¹⁰³ Ibidem, p. 77

¹⁰⁴ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: GRECO, Luis; 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. 189.

¹⁰⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit., p. 77.

¹⁰⁶MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. p. 164. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

significa que a pessoa que pratica a eutanásia é movida por compaixão, por amor ao próximo, buscando atender aos interesses do paciente. A antecipação da morte de um enfermo provocada por motivos egoísticos, econômicos, por medida de política pública ou de entidade hospitalar privada, ou ainda por determinação de planos de saúde, não caracteriza eutanásia segundo sua definição clássica.¹⁰⁷

A eutanásia, repita-se, é praticada com a intenção de exterminar o sofrimento de um paciente que, acometido por uma doença incurável, sabe não ser possível a reversão de seu quadro. A decisão de antecipar a morte deve partir sempre do paciente ou, na sua impossibilidade, de sua família. Nesta última situação, os laços afetivos que ligam os familiares ao enfermo alimentam o sentimento de compaixão e de piedade e encorajam a autorização da eutanásia.

Ainda baseando-se na análise do conceito de eutanásia, verifica-se que a característica da terminalidade de vida, embora frequentemente presente, não é essencial para seu reconhecimento, cuja ocorrência está intimamente ligada à existência de doença incurável, causadora de grande sofrimento ao paciente. Antecipa-se a morte, portanto, para livrar o enfermo do sofrimento que o acomete.

Neste ponto, Claus Roxin diferencia a eutanásia em sentido estrito da eutanásia em sentido ampla, explicando que:

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.¹⁰⁸

Assim, a antecipação da morte – a pedido do paciente ou de sua família - em razão da existência de doença ensejadora de sofrimento intenso e irreversível, ainda que não abarcada pelo conceito de terminalidade de vida, também caracteriza a eutanásia.

¹⁰⁷VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit., p. 77-78.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 190.

Se na prática da eutanásia se busca atender o desejo daquele que sofre acometido por doença incurável, resta evidente que a decisão de antecipar a morte para encerrar esse sofrimento deve ser do próprio paciente ou, diante de sua impossibilidade, de sua família, mas nunca do médico. Em outras palavras, se a dor é considerada suportável pelo paciente, não cabe ao médico entender o contrário e causar-lhe a morte sob o pretexto de findar o sofrimento. Ao médico cabe tão somente relatar ao enfermo e a família a sua condição clínica, bem como as perspectivas de cura e de evolução do tratamento.

Sobre o papel do médico em relação à eutanásia, ensina Villas-Bôas:

No que tange ao poder de decisão, enquanto as condutas restritivas são decisões médicas, (embora devam, como toda conduta médica, ser discutidas com o paciente e a família), defende-se que, diversamente, a eutanásia é uma decisão eminentemente familiar, social e jurídica, diante de um parecer médico. A decisão de interromper a vida não deve ser uma decisão médica.¹⁰⁹

Ao médico, por conseguinte, é reservado o papel de avaliar as condições clínicas do paciente, de medicá-lo, de tentar amenizar a sua dor, mas não de decidir pela abreviação de uma vida. Somente aquele que sofre¹¹⁰, que sente dor e se angustia pela inexistência de uma perspectiva de cura será capaz de avaliar a situação concreta e decidir.

Nada obstante, uma vez externada a intenção do enfermo ou de sua família na realização da eutanásia, cabe ao médico executá-la e não a um particular, sem nenhum conhecimento técnico da medicina. Trata-se de procedimento de exceção, podendo ser realizado somente se respeitados os parâmetros específicos estabelecidos nos ordenamentos jurídicos que o permitem, sob pena de se perder totalmente o controle e banalizar a medida.¹¹¹

Analisando a conduta do médico que pratica a eutanásia, Débora Diniz pondera

permitir ou mesmo facilitar a morte de alguém não necessariamente transforma um médico ou uma enfermeira em

¹⁰⁹VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p.78.

¹¹⁰ “[...] quanto mais me visitam, sei que mais tentam fazer por mim, embora muito pouco se faça pelo meu sofrimento. Sou medicado para permanecer vivo rogando à morte. Espero um dia não poder soltar mais nenhum dos gemidos atrozes, principalmente, quando tento mudar de posição no leito”. Palavras de um paciente portador de câncer internado em um hospital. COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. *Ensaio Bioética*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 156.

¹¹¹VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 78-79.

um assassino. Há uma diferença fundamental entre esses dois personagens. O profissional de saúde, que age guiado pela solidariedade ao sofrimento e pratica a eutanásia a pedido do paciente (e somente nessas condições), pauta-se na certeza de que a deliberação livre sobre o momento de morrer é um direito inalienável da pessoa e que deve ser respeitado em nome da manutenção da sua dignidade.¹¹²

Por esta razão, segundo Maria Elisa Villas-Bôas, o enfoque ético e jurídico da eutanásia está relacionado com a definição seguida, que pode, inclusive, variar em razão da multiplicidade¹¹³ de classificações possíveis, que abarcam, na mesma expressão, situações completamente distintas. Por isso, para a abordagem do presente trabalho, é necessário fazer uma breve análise da classificação relativa ao modo de atuação do agente (eutanásia passiva e ativa).

A eutanásia ativa é também denominada eutanásia por comissão e “consiste na conduta de se abreviar a vida do paciente, por meio de uma ação”.¹¹⁴ De forma exemplificativa, pode-se mencionar a conduta do agente que ministra no paciente medicamentos e substâncias capazes de influir e acelerar o processo de morrer.

Já a eutanásia passiva “consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos ordinários ou proporcionados – úteis – que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa a sua morte”.¹¹⁵ Trata-se, portanto, de conduta omissiva, um não agir quando era necessário agir, impulsionando o resultado morte.

Percebe-se que tanto na eutanásia passiva quanto na ativa, o agente age buscando acelerar a morte do paciente por motivo piedoso, distinguindo-se uma da outra apenas pela forma como é realizada: através de uma ação ou de uma omissão. Obviamente, em ambas as espécies de eutanásia, se não houver o viés da compaixão, caracterizar-se-á o homicídio qualificado e não a eutanásia.

¹¹² COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. *Ensaio Bioética*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 161.

¹¹³ Em face dessas ponderações, é possível classificar a eutanásia: o modo de atuação do agente (eutanásia ativa e passiva); a intenção que anima a conduta do agente (eutanásia direta e indireta, também chamada de duplo efeito); a vontade do paciente (voluntária e involuntária); a finalidade do agente (eutanásia libertadora, eliminadora e econômica), dentre outras.

¹¹⁴ VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia: humanizando a visão jurídica*. Curitiba: Juruá. 2012, p.104.

¹¹⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. op. cit., p.24.

Do ponto de vista da ética médica e da moral, conforme pondera Leonard M. Martin, a grande dificuldade relacionada à eutanásia reside no fato de que “se elimina a dor eliminando o portador da dor”¹¹⁶. O conhecimento médico deve ser utilizado para beneficiar os pacientes e não para matá-lo. Dever-se-ia, portanto, utilizar mecanismos capazes de amenizar o sofrimento, sem interferir no processo de morrer.

Nessa mesma ótica a religião Católica, através do Papa João Paulo II, na Carta Encíclica *Evangelium Vitae* nº 65, afirma que a “eutanásia é uma violação grave da lei de Deus, enquanto morte deliberada, moralmente inaceitável de uma pessoa humana”¹¹⁷. Se aceita e se busca, desta forma, a eliminação da dor, mas não através da eliminação do próprio paciente.

Por todas essas discussões, o tratamento jurídico destinado à eutanásia sofre variação de país para país. Apenas a título exemplificativo, é possível destacar países como a Holanda e a Bélgica que expressamente legalizaram a prática da eutanásia. A apreciação da eutanásia no Brasil será realizada a seguir.

3.2.1 Tratamento jurídico da eutanásia no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro atual, seguindo os códigos anteriores, é omissivo em relação ao tratamento da eutanásia. A conduta de acelerar a morte de um paciente é prevista no atual Código Penal como homicídio privilegiado¹¹⁸, cometido impellido por relevante valor social ou moral.

Os diplomas legais que vigoram na época do Brasil Colônia e do Império durante os séculos XVI, XVII e XVIII trataram de forma severa o delito de homicídio, omitindo-se em relação aos motivos que compeliram o agente a

¹¹⁶ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 181.

¹¹⁷ João Paulo II. *Evangelium Vitae*: carta encíclica sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹¹⁸ Trata-se, em verdade, de causa de diminuição de pena.

prática do delito, ignorando, inclusive, eventual anuência da vítima. Desta forma, a eutanásia recebia o mesmo tratamento do delito de homicídio.¹¹⁹

O Código Penal do Império, em que pese não ter previsto uma atenuante para o delito de homicídio praticado por motivo altruístico, elencou entre suas circunstâncias atenuantes ter o agente cometido o delito para evitar mal maior (art. 18, §2º). A pena principal para o delito ficara reservada para o homicídio praticado em alguma das circunstâncias agravantes elencadas no Código. Ainda no capítulo reservado ao crime de homicídio, foi previsto como crime, pela primeira vez em um Código, a conduta de auxílio ao suicídio.¹²⁰

O Código Penal de 1890 não trouxe inovações em relação à eutanásia, tendo repetido a previsão anterior que desconsiderava os motivos que impulsionaram a prática do delito, prevendo-o como homicídio. Houve alteração apenas em relação à figura do auxílio ao suicídio, com a inclusão da conduta de induzir, bem como a redução da pena, passando o delito a ser previsto em capítulo próprio. A Consolidação das Leis Penais, de 1932, não trouxe modificações para a matéria.

Quando o atual Código Penal foi publicado, no ano de 1940, a revolução tecnológica que atingiu a Medicina e as ciências em geral ainda não havia chegado ao nível em que se encontra hoje. A Biomedicina, por exemplo, encontrava-se em transição entre os conhecimentos do século anterior e o surgimento de uma ciência denominada interventiva, que caracterizou o século XX. A penicilina, que revolucionou o tratamento das doenças infecciosas, surgiu somente em meados da década de 40. As técnicas de reanimação cardiorrespiratória e as Unidades de Terapia Intensiva tiveram crescimento significativo nas décadas de 50 e 60.¹²¹

Esse panorama geral serve para demonstrar que as discussões oriundas dos avanços tecnológicos – como o tratamento dos pacientes terminais, por exemplo -, não poderiam existir naquela época. Contudo, isso não significa que não era possível ao atual Código Penal fazer uma previsão expressa sobre a eutanásia, pois se trata de discussão milenar. Pode-se dizer que o atual

¹¹⁹CARVALHO, Gisele Mendes de. op. cit., p.55.

¹²⁰BRASIL. Código Criminal do Imperio do Brazil. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹²¹VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit., 178.

Código, embora ainda omissos em relação à eutanásia, avançou em relação aos códigos anteriores, na medida em que passou a considerar os motivos que impulsionaram ao agente a cometer o homicídio, prevendo-o como homicídio privilegiado.¹²²

Assim, no panorama atual da legislação penal brasileira, a antecipação da morte de paciente atingido por enfermidade incurável, causadora de grande sofrimento e dor, caracteriza homicídio privilegiado, em razão de ter sido praticado por relevante valor moral.

A Exposição de Motivos do atual Código Penal assinala como exemplo de relevante valor moral “a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso de homicídio eutanásico)”.¹²³ Previsão semelhante e mais completa já havia sido realizada no Projeto Sá Pereira, de 1928, que previa como circunstância atenuante genérica o fato de o agente ter cedido “à piedade, provocada por situação de irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima, e às suas súplicas” (art. 130, IV). Além disso, o aludido projeto previa, no dispositivo relativo ao homicídio, a possibilidade de redução da pena a metade e a conversão em pena de detenção, caso o delito tivesse sido praticado nas circunstâncias elencadas pelo citado art. 130, IV.¹²⁴

O Projeto Sá Pereira considerava, portanto, para aplicação da pena, o elemento subjetivo que impulsionou a conduta do agente, percebendo que o grau de censura e reprovabilidade da conduta eram menores em razão do viés piedoso e da compaixão presentes nos motivos incentivadores da prática do crime.

Outro projeto que merece destaque é o Projeto Alcântara Machado, que admitia o consentimento da vítima apenas para bens disponíveis, hipótese em que a punibilidade era afastada (art. 14, I). Isso significa que o dispositivo não abarcava a hipótese de crime contra a vida.

Já o Código Penal de 1969, baseado no projeto de Nelson Hungria, nunca entrou em vigor e previa como causa psicológica de inimizabilidade, a “supressão dos sentidos pela emoção”. Essa expressão possibilitaria a

¹²² Idem.

¹²³ BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal. *Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11216-11216-1-PB.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

¹²⁴CARVALHO, Gisele Mendes de. op. cit., p.57.

alegação de que o sofrimento irreversível de pessoa querida suprimiu os sentidos do agente e o impulsionaram à realização do homicídio piedoso. Essa “supressão dos sentidos” deveria, por óbvio, ser comprovada. O consentimento da vítima, não tinha relevância nesse código. Já no art. 121, o código previa, assim como o atual Código Penal, uma causa de diminuição de pena, quando o agente praticava o delito “impelido por motivo de relevante valor social ou moral”.¹²⁵

A parte geral do atual Código Penal foi reformulada em 1984, pela Lei nº 7.209, não tendo sido, contudo, aprovado o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial. Esse Anteprojeto, de forma inovadora, isentava de pena “o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável atestada por outro médico” (art. 121, §3º).¹²⁶

A previsão do Anteprotejo acalorou as discussões sobre a eutanásia e demonstrou a necessidade urgente de atualização da legislação brasileira, tendo sido convertido em Projeto posteriormente. Depois de publicado, foi revisto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, não tendo sido encaminhado ao Congresso Nacional. Já no ano de 1994, o projeto prosseguiu e recebeu o nome de Esboço de Anteprojeto de Código Penal. Com base nesse esboço e no Projeto de 1984, uma nova comissão instituída no ano de 1997 propôs que o homicídio eutanásico fosse disciplinado de forma singular.

Assim, em 1998, o Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial –, sob a denominação de “eutanásia”, previa tratamento privilegiado para aquele que cometesse homicídio compelido “por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave” (art. 121, §3º). Já no art. 121, §4º, era encontrada uma causa de exclusão de ilicitude da conduta que previa: “deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se atestada por dois médicos a morte como iminente e

¹²⁵BRASIL. Código Penal de 1969. *Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de Outubro de 1969*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

¹²⁶ BRASIL. Reforma do Código Penal. *Relatório e Anteprojeto de Lei*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 16 jan. 2015.

inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”. A própria Exposição de Motivos distinguiu a eutanásia – situação prevista pelo art. 121,§3º -, da ortotanásia - situação prevista no art. 121,§4º.¹²⁷

Atualmente, tramita no Senado o projeto de Lei nº 236, apresentado em 07 de julho de 2012, que visa à criação de um novo Código Penal Brasileiro. Dentre as inúmeras alterações propostas, inicialmente tinha-se a tipificação no art. 122¹²⁸⁻¹²⁹ da prática de eutanásia.

Neste dispositivo, o legislador previa que, para reconhecer a eutanásia, além do viés piedoso, era necessário que o paciente estivesse acometido por doença grave e em estado terminal, que lhe causa sofrimento físico insuportável. A doença grave e o sofrimento que ela causa ao paciente são comuns ao próprio conceito de eutanásia. Contudo, o reconhecimento da terminalidade da vida no conceito tradicional de eutanásia não é essencial, tendo, no entanto, passado a ter caráter fundamental na inicial previsão do art. 122.

Além disso, o projeto inicial previa a inserção de dois parágrafos que estipulavam, respectivamente, a possibilidade de não aplicação da pena, bem como uma causa excludente de ilicitude. A pena poderia deixar de ser aplicada a depender da análise do caso concreto, avaliando-se as circunstâncias e os laços de parentesco que ligam a vítima ao agente que comete o delito. Por fim, tinha-se a previsão da excludente de ilicitude elencada no §2º do art. 122, que tratava especificamente sobre a ortotanásia.

O projeto inicial, contudo, foi alterado, retirando-se a previsão da eutanásia como crime autônomo, voltando-se para a previsão do homicídio

¹²⁷CARVALHO, Gisele Mendes de. op. cit., p.60.

¹²⁸Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

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

¹²⁹ BRASIL. Senado Federal. PL 236/2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 16 jan. 2015.

privilegiado, previsto no art. 121, §6^o¹³⁰. A previsão da ortotanásia permanece, sendo, contudo, transferida para o §7^o¹³¹ do art. 121. Neste ponto, vale frisar que o dispositivo reconhece a ortotanásia tanto para as situações de terminalidade de vida, como também para as doenças graves irreversíveis, ainda que não terminais.

Com a exposição histórica da relação do ordenamento jurídico brasileiro com a eutanásia, percebe-se uma lenta evolução, não se tendo logrado, contudo, até os dias atuais, sua previsão expressa no Código Penal. Os anteprojetos que previram a eutanásia com esse *nomen iuris* nunca entraram em vigor, mantendo-se atualmente o tratamento da eutanásia como modalidade de homicídio privilegiado. O atual projeto do novo Código Penal, que previa inicialmente a tipificação da eutanásia, também foi alterado, voltando a repetir as previsões anteriores. Ao que tudo indica, mais uma vez, um novo Código Penal não trará um tratamento expresso e específico para a eutanásia.

Por fim, é importante reiterar que no Brasil, aquele que antecipa a morte de uma pessoa com a intenção de livrá-la de intenso sofrimento comete o crime de homicídio privilegiado. Nessas situações, a autonomia do paciente que desejar antecipar sua morte é desconsiderada, pois tal conduta afronta o ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 A ORTOTANÁSIA E A NOÇÃO DE CUIDADOS PALIATIVOS

Feitas as considerações acerca da eutanásia, indispensável fazer sua distinção com a ortotanásia e a noção de cuidados paliativos, tendo em vista a

¹³⁰Homicídio privilegiado

§ 6º A pena é diminuída de um sexto a um terço se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida de injusta provocação da vítima, vedada a aplicação deste parágrafo nos casos de feminicídio.

¹³¹Ortotanásia

§ 7º Não há crime quando o agente, com o consentimento da pessoa em estado terminal ou com doença grave irreversível, deixa de fazer uso de meios extraordinários de suporte de vida, permitindo que sua morte ocorra naturalmente, mantidos os cuidados paliativos para evitar sofrimento.

Disponível

em:

<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Hom/Meus%20documentos/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-32463.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2015.

importância desses conceitos quando se aborda a ingerência humana no andamento da morte.

O termo ortotanásia é oriundo dos radicais gregos *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte), podendo-se defini-la como a “abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente”.¹³² A prática da ortotanásia sugere a morte a seu tempo, ou seja, no momento correto, nem antes e nem depois da hora. Isso significa que o médico não terá interferência na ocorrência da morte, não havendo nem o encurtamento da vida, nem a aceleração da morte.¹³³

A morte é evento certo e inevitável para todos e a realização da ortotanásia não tem o condão de causá-la, mas apenas de deixá-la ocorrer de forma natural, sem tentativas exageradas e ineficazes de prolongar uma vida atingida por enfermidade incurável. É deixar a morte acontecer em paz e da forma mais digna possível.

Neste ponto, são esclarecedores os ensinamentos de Léo Pessini:

Uma vez que a morte acontecerá para todos, e também para o próprio médico, a medicina deve criar as condições clínicas para que ela aconteça em paz. Um morrer em paz pode ser definido como aquele em que a dor e o sofrimento são minimizados. Com certeza a medicina não pode garantir uma morte em paz, nem ser responsável pelo que as pessoas trazem no momento de morrer. Mas ela pode evitar tratar a morte como se fosse um acidente biológico evitável, uma falha médica. A morte é, e sempre foi, o resultado inevitável do nascer e vem a todos – mais cedo ou mais tarde – independentemente do tratamento médico oferecido.¹³⁴

Não se pode confundir, contudo, a prática da ortotanásia com a prática da eutanásia passiva. Conforme analisado em tópico anterior, na eutanásia passiva há abstenção da realização de tratamentos que seriam úteis ao paciente, acelerando, com isso o processo de morrer. Na ortotanásia, ao contrário, não há interferência do médico nesse processo de término de vida, ocorrendo a morte exatamente ao seu tempo.

Sobre a diferença entre eutanásia passiva e ortotanásia, ensina Maria Elisa Villas-Bôas que “a eutanásia passiva consiste na suspensão ou omissão

¹³²GARAY, Oscar. Apud DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 56.

¹³³VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit., 73.

¹³⁴PESSINI, Leo. *Distanásia. Até quando prolongar a vida*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 60.

deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo no grau que a doença de encontra”.¹³⁵ Na mesma linha, ensina Luciana Dadalto:

[...] a ortotanásia deve ser encarada como prática terapêutica, pois visa a suspensão ou interrupção dos chamados tratamentos extraordinários ou fúteis, enquanto que a eutanásia está ligada a interrupção dos cuidados paliativos, denominação mais utilizada na ciência médica em substituição a tratamentos ordinários¹³⁶.

A ortotanásia está intimamente ligada, portanto, à noção de cuidados paliativos. A palavra “paliativa” deriva do vocábulo latino *pallium*, que significa “manta” ou “coberta”.¹³⁷ Deste modo, quando a enfermidade não tem cura, utilizam-se tratamentos específicos com a finalidade de “cobrir” seus sintomas.

Nas palavras de Léo Pessini, “a medicina paliativa afirma a vida e reconhece que o morrer é um processo normal do viver. Não busca nem acelerar nem adiar a morte. Não está obcecada pela tirania da cura e se opõe a eutanásia”.¹³⁸

Na ortotanásia, portanto, suspende-se a realização de tratamentos que não trarão benefícios ao paciente, não havendo interferência do médico no processo de morrer. A morte acontece ao seu tempo, sem influências externas que possam antecipar a sua ocorrência.

Para a Organização Mundial de Saúde cuidado paliativo é:

uma abordagem que promove a qualidade de vida de pacientes e seus familiares, que enfrentam doenças que ameaçam a

¹³⁵VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit., p. 74.

¹³⁶DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 374.

¹³⁷A base etimológica do adjetivo paliativo é pálio, que abarca um amplo círculo semântico, destacando-se aqui dois blocos que tangenciam e se complementam: um diz respeito àquilo que cobre, protege, agasalha, alivia, defende e outro se refere à distinção, singularização, individualização e poder. Esse último entendido como encargo, missão e não como dominação ou honra. Partindo das considerações etimológicas, Cuidado Paliativo não se restringe a quem é cuidado, mas se estende àquele que cuida. Constitui, pois, um processo profundamente intersubjetivo, de estreita relação pessoal. Tal relação pressupõe uma radical crença no sofrimento do doente e uma intensa atitude de disponibilidade. (BURLÁ, Cláudia. Cuidados Paliativos: ciência e proteção ao fim da vida. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2014, vol.30, n.6 [cited 2015-01-29], p. 1139-1141. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n6/pt_0102-311X-csp-30-6-1139.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2015).

¹³⁸PESSINI, Leo. *Distanásia*. op. cit., 209.

continuidade da vida, por meio da prevenção e do alívio do sofrimento. Requer identificação precoce, avaliação e tratamento da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual.¹³⁹

O tratamento paliativo não se preocupa, por conseguinte, em apressar ou adiar a morte, mas, sim, com o controle do sofrimento e da dor do paciente, utilizando os meios necessários para amenizá-la, na medida em que não é mais possível cessá-la ou curá-la. De igual forma, preocupa-se com o cuidado do paciente de uma forma abrangente, considerando suas necessidades físicas, psicológicas e espirituais.

Segundo Léo Pessini, a filosofia dos cuidados paliativos possui como características: a) afirmar a vida e encara o morrer como um processo normal; b) não apressa nem adia a morte; c) procura aliviar a dor e outros sintomas angustiantes; d) integra os aspectos psicológicos e espirituais nos cuidados do paciente; e) oferece um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viverem ativamente tanto quanto possível até a morte; f) oferece um sistema de apoio para ajudar a família a lidar com a doença do paciente e com o seu próprio luto.¹⁴⁰

A ortotanásia e a noção de cuidados paliativos não podem se apartar. Se de um lado, a realização da ortotanásia busca a efetivação da morte ao seu tempo, em sua hora, de outro, os cuidados paliativos tentarão amenizar a dor e o sofrimento causado pela doença e pelo processo de morrer. A preocupação não é, nesta esteira, somente com a dor física do paciente, mas também com o sofrimento psicológico causado pela aproximação da morte.

Sobre o sofrimento psicológico do paciente, Dalva Yukie Matsumoto expõe com clareza que:

A doença, principalmente aquela que ameaça a continuidade da vida, costuma trazer uma série de perdas, com as quais paciente e família são obrigados a conviver, quase sempre sem estarem preparados. As perdas de autonomia, autoimagem, segurança, capacidade física, respeito, sem falar das perdas concretas, materiais, como de emprego, de poder aquisitivo e, conseqüentemente, de status social, podem trazer angústia, depressão e desesperança, interferindo objetivamente na

¹³⁹MATSUMOTO, Dalva Yukie. *Cuidados Paliativos: conceito, fundamentos e princípios*. Manual de Cuidados Paliativos. Academia Nacional de Cuidados Paliativos. Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009, p. 16.

¹⁴⁰PESSINI, Leo. op. cit., 209.

evolução da doença, na intensidade e na frequência dos sintomas, que podem apresentar maior dificuldade de controle. A abordagem desses aspectos sob a ótica da psicologia se faz fundamental.¹⁴¹

Muitas vezes, como se pode perceber, a dor do paciente ultrapassa a esfera física, acarretando verdadeiro sofrimento psicológico, causado pelas consequências devastadoras de uma doença crônica ou terminal. Os cuidados paliativos realizados pelo profissional da área de saúde, deste modo, tentarão auxiliar o paciente, fornecendo o conforto e o apoio necessário para diminuir esse sofrimento.

Neste diapasão, vale ponderar que não há uma rejeição mútua entre os cuidados paliativos e a biotecnologia. Há, na verdade, uma combinação entre ciência e humanismo, sendo indispensável que o profissional da área de saúde reconheça as necessidades de seus pacientes e de suas enfermidades para, a partir deste ponto, analisar as possibilidades de intervenção, farmacológicas e não farmacológicas, do caso concreto.¹⁴²

A filosofia dos cuidados paliativos praticamente está sendo implantada em todo o mundo. Aproximadamente desde os anos 80, a Organização Mundial de Saúde (OMS), sob a liderança de Dr. *Jan Stjernsward* – responsável na organização pelo programa do câncer - apoia o movimento dos cuidados paliativos. Em 1986 foi publicado o manual *Cancer Pain Relief and Palliative Care Report* (O alívio da dor de câncer e os cuidados paliativos), que teve repercussão mundial, auxiliando no estabelecimento de programas de medicina paliativa pelo mundo. Esse manual, vale registrar, foi traduzido e publicado em 19 idiomas diferentes. Ainda no âmbito internacional, apenas para exemplificar mais uma vez o crescimento da filosofia dos cuidados paliativos, o Conselho da Europa, através da Recomendação nº 1.418 (1999), sobre a “Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade dos Doentes Incuráveis e Terminais”, incentivou aos países europeus a valorizar e implementar os cuidados

¹⁴¹ MATSUMOTO, Dalva. Op. cit., p. 16

¹⁴²BURLÁ, Cláudia. Cuidados Paliativos: ciência e proteção ao fim da vida. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2014, vol.30, n.6 [cited 2015-01-29], p. 1139-1141. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n6/pt_0102-311X-csp-30-6-1139.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2015

paliativos, como uma forma de proteção a própria dignidade da pessoa em sua fase final de vida.¹⁴³

No Brasil, algumas experiências de assistência fundamentadas nos cuidados paliativos começam a surgir. A fundação da Associação Brasileira de Cuidados Paliativos¹⁴⁴ foi criada no estado de São Paulo, em outubro de 1997, alimentando as possibilidades de crescimento da filosofia dos cuidados paliativos. Seguindo a orientação da realização de cuidados paliativos, em 28.11.2006 foi publicado no Diário Oficial da União a Resolução nº 1.805/06, do Conselho Federal de Medicina, abalizando a realização da ortotanásia. Essa resolução, por uma opção didática, será objeto de análise em tópico próprio.

3.4 A DISTANÁSIA E A NOÇÃO DE TRATAMENTO DESPROPORCIONAL

Conforme explanado em capítulo anterior, o último século foi palco de um acentuado desenvolvimento tecnológico em diversas áreas, inclusive na medicina. Novas drogas e tratamentos foram descobertos, tecnologias inovadoras foram implementadas, possibilitando a cura de doenças outrora consideradas fatais, bem como o prolongamento artificial da vida já em estágio terminal. A junção de todos esses fatores acarretou, conseqüentemente, no aumento da expectativa de vida das pessoas.¹⁴⁵

Ocorre que, em muitas situações, os recursos tecnológicos disponíveis são ineficazes e a cura já não é mais possível. O aparato tecnológico, nesta situação, apenas teria o condão de prolongar a vida do paciente, sem trazer qualquer benefício concreto.

Analisando esta situação, ensina Maria Auxiliadora Minahim:

A chamada revolução biotecnológica afetou não só a geração da vida, mas também sua terminalidade, uma vez que os novos recursos por ela proporcionados (o que inclui desde a

¹⁴³PESSINI, Leo. Op. cit., 209

¹⁴⁴A ABCP foi fundada em São Paulo, em outubro de 1.997, pela psicóloga Ana Georgia Cavalcanti de Melo, que reuniu um grupo de profissionais interessados na época, compondo um Conselho Científico para colocar em prática os objetivos da Associação e divulgar tal filosofia, agregando os serviços de cuidados paliativos que já existiam no Brasil, mesmo que ainda não padronizados, mas que ofereciam assistência para pacientes fora de possibilidades terapêuticas em algum âmbito :internação, ambulatorial e/ou domiciliar. Disponível em: <<http://www.cuidadospaliativos.com.br/site/texto.php?cdTexto=4>>

¹⁴⁵MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 25.

reanimação cardiopulmonar, ao transplante de órgãos e uso de máquinas para substituir funções vitais) possibilitaram novos estados de sobrevivência, diante dos quais tem sido legítimo questionar a validade ou não de sua manutenção¹⁴⁶.

Quando os recursos tecnológicos são utilizados exclusivamente para prolongar o tempo de vida do enfermo, tem-se o que se denomina de distanásia (obstinação terapêutica). Marcelo Ovídio Guimarães afirma que “a distanásia é compreendida como o prolongamento artificial da vida que, naturalmente, já atingira seu declínio e que, sem as manobras médicas, estaria já finda”.¹⁴⁷

No mesmo sentido, Luciano Santoro afirma que a distanásia se traduz no comportamento “em que há um excesso do médico em lutar pela vida do paciente, verdadeira tenacidade traduzida na obstinação terapêutica, retardando inutilmente a morte natural do paciente através da utilização de métodos terapêuticos injustificáveis [...]”.¹⁴⁸

Tem-se configurada a distanásia, deste modo, quando os tratamentos médicos e a aparelhagem tecnológica são utilizados apenas com a finalidade de prolongar a vida do paciente, sem, no entanto, interferir positivamente em seu estado clínico. Em outras palavras, utiliza-se a tecnologia a disposição da medicina como forma de retardamento da morte e, conseqüentemente, prolongamento do sofrimento do paciente, já que a cura para enfermidade que o acomete já não é possível.

O médico foi preparado para lidar com situações extremas que envolvem a vida e a morte, sempre buscando, contudo, salvar seus pacientes. Nas palavras de Paulo Lúcio Nogueira, “a luta contra a morte tem sido desenvolvida em diversos campos, principalmente pela medicina, que tudo faz para salvar vidas, mas ainda é impotente diante da morte”.¹⁴⁹ Talvez, em razão dessa

¹⁴⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. p. 151. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2015)

¹⁴⁷ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Eutanásia: novas considerações penais*. Leme: JH Mizuno, 2011, p. 135.

¹⁴⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna: o Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 128.

¹⁴⁹ NOGUEIRA, Lúcio Paulo. *Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 134.

busca incessante pela salvação, o médico, grande parte das vezes, encare a morte como um fracasso profissional e não como algo natural.

Diante disso, o aparato tecnológico disponível para os médicos na atualidade é o instrumento capaz de retardar a morte, evitando, por hora, essa sensação de fracasso e levando à obstinação terapêutica. Como consequência para os pacientes, tem-se uma morte lenta e, normalmente, recheada de sofrimento.¹⁵⁰

Apenas a título exemplificativo, vale registrar que o Código Deontológico Médico de 1931 previa em seu art. 16 que “um dos propósitos mais sublimes da medicina é sempre conservar e prolongar a vida”. A interpretação do aludido dispositivo era comumente realizada no sentido de que a vida deveria ser a máxima possível para o paciente em termos quantitativos.¹⁵¹ Não importava, em outras palavras, a qualidade de vida do paciente, mas apenas o seu prolongamento.

O que não se pode olvidar, é que o prolongamento artificial da vida não gera benefício para o paciente, apenas delongando seu sofrimento e dor. Diante desse panorama, é necessário ponderar quais são os limites de utilização dos avanços médicos-terapêuticos no prolongamento da vida, quando a própria medicina já não encontra uma opção de cura. Não é razoável nem proporcional infligir a um paciente a realização de determinados tratamentos – tantas vezes dolorosos - apenas para tentar aumentar seu tempo de vida – ou melhor, de sobrevida -, sem qualquer resultado positivo na cura de sua enfermidade.

Sobre a relação da distanásia com progresso tecnológico, ensina Léo Pessini:

A distanásia (obstinação terapêutica) começou a se tornar um problema ético de primeira grandeza na medida em que o progresso técnico científico começou a interferir de forma decisiva na fase final da vida humana. [...] Na luta pela vida, em circunstâncias de morte iminente e inevitável, a utilização de todo um arsenal tecnológico disponível traduz-se em obstinação terapêutica, que ao negar dimensão da mortalidade humana submete a pessoa na fase final da vida a uma morte dolorosa.

¹⁵⁰Ibidem, p. 129.

¹⁵¹Idem.

A morte é encarada, portanto, como um inimigo e os recursos tecnológicos disponíveis são o meio capaz de enfrentar esse inimigo. Usa-se a tecnologia, deste modo, como forma de tentar enganar a morte, não importando a qualidade de vida que o paciente tenha, mas, tão somente, o tempo que se consegue prolongá-la.

Desta forma, a análise do conceito de distanásia remete inexoravelmente à apreciação do conceito de tratamento fútil. Por tratamento fútil entende-se que são aqueles “que não conseguem reverter o distúrbio fisiológico que levará o paciente à morte, trazendo tão somente um sofrimento insuportável”¹⁵². Nesta quadra, Maria Elisa Villas-Bôas entende que o tratamento fútil indica o “prolongamento do tratamento além de suas possibilidades benéficas, convertendo-se, a partir de então, em uma conduta inútil para o paciente”.¹⁵³

Neste diapasão, pode-se ponderar que os recursos tecnológicos são extremamente valiosos no campo da medicina, mas somente devem ser utilizados quando capazes de beneficiar o paciente. A utilização de tratamentos inúteis à solução das enfermidades que atingem o paciente apenas com a finalidade de prolongamento da vida constitui obstinação terapêutica, devendo ser combatida por médicos, pacientes, familiares etc.

Leonard M. Martin discorrendo sobre a modernização da medicina afirma que a muito do que se orgulhar, tendo em vista os avanços significativos alcançados nas últimas décadas relacionados a curas de doenças, novos medicamentos e tratamentos etc. O autor pondera, contudo, que o “orgulho facilmente se transforma em arrogância e a morte, ao invés de ser o desfecho natural da vida, transforma-se num inimigo a ser vencido ou numa presença incômoda a ser escondida”¹⁵⁴.

Neste panorama, é necessário delimitar a utilização dos recursos tecnológicos às situações realmente necessárias. Partindo dessa premissa, Léo Pessini diferencia o paradigma da cura e do cuidado. A cura seria buscada a qualquer custo, como espécie de obstinação terapêutica, independente dos benefícios trazidos ao paciente, “na introjeção acrítica do dogma de que ‘enquanto existe vida existe esperança’”. Já o paradigma do cuidado, ao

¹⁵² DINIZ, Maria Helena. *Estado Atual do Biodireito*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 454.

¹⁵³ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Op. cit.*, 47.

¹⁵⁴ MARTIN, L. M. *op. cit.*, p. 173.

contrário da busca incessante pela cura quando esta já não é mais possível, estaria relacionado à diminuição do sofrimento do paciente, utilizando-se apenas os recursos necessários à diminuição do sofrimento e da dor, impedindo, com isso, a utilização de expedientes que não trarão nenhum benefício àquele que sofre¹⁵⁵.

Essa orientação se coaduna perfeitamente com a evolução do pensamento ético médico, motivo pelo qual o revogado Código de Ética Médica, de 1998, estabeleceu que o médico devesse agir sempre em benefício da pessoa, buscando a saúde do paciente. Essa orientação foi ampliada no atual Código de Ética, em vigor desde 14.04.2010, que estabeleceu que o médico não poderá utilizar seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral ao paciente.¹⁵⁶

Além disso, deve-se atentar pela observância do princípio bioético da não-maleficência que, conforme explanado oportunamente, impõe ao médico o dever de não causar dano proposital ao seu paciente. A obstinação terapêutica, portanto, deve ser combatida, pois desrespeita a autonomia do paciente, fere sua dignidade, podendo-se considerá-la sinônimo de tortura, na medida em que impõe ao enfermo um sofrimento desnecessário, incapaz de reverter o quadro clínico que se apresenta.

3.5 TRATAMENTOS PROPORCIONAIS E DESPROPORCIONAIS

A análise dos conceitos de eutanásia, de ortotanásia e de distanásia assevera que o seu entendimento está intimamente ligado às modalidades de tratamentos médicos, antigamente denominados de ordinários e extraordinários. Por tratamentos ordinários entendia-se “aqueles meios disponíveis para um grande número de casos, econômicos e de aplicação temporária. Já os extraordinários, restritos a alguns casos, são de alto custo e

¹⁵⁵ PESSINI, Leo. Questões Éticas-chave no debate hodierno sobre a distanásia. In *Bioética: Poder e Injustiça*. GARRAFA, Volnei Garrafa; PESSINI, Leo Pessini (Org). São Paulo: Loyola, p. 398.

¹⁵⁶ Atual Código de Ética Médica. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>> Acesso em: 19 Fev. 2015.

tecnologia, exigem uso permanente e estão ainda em fase de experimentação”.¹⁵⁷

Com o avanço tecnológico constante o conceito de ordinário e extraordinário tornou-se extremamente mutável. O tratamento que estava em fase experimental e era, em razão disso, considerado extraordinário, logo poderia avançar e se tornar ordinário. O ideal, portanto, conforme ensina Maria Elisa Villas-Bôas, seria falar-se em proporcionalidade e desproporcionalidade. Seriam deste modo, “*proporcionais* as medidas que importem efeitos gravosos substancialmente menores do que as vantagens apresentadas para o paciente. São *desproporcionais* os meios cujos aspectos negativos superam as perspectivas benéficas”.¹⁵⁸ Neste ponto, complementa Maria Auxiliadora Minahim, “os meios são desproporcionais, porque apenas protelatórios e, sem causar alívio ao paciente, tomam-no em sua realidade puramente biológica”.¹⁵⁹

As medidas proporcionais seriam, de acordo com a conceituação supra, de utilização obrigatória, pois trazem benefícios ao paciente, não podendo ser objeto de recusa. Já as medidas desproporcionais possuem mais aspectos negativos do que positivos, razão pela qual a sua utilização dependerá da anuência do paciente ou de sua família. A utilização de recursos considerados inúteis para o paciente, conforme já analisado, configura distanásia, devendo ser terminantemente combatida.

Neste ponto, adverte Maria Elisa Villas-Bôas que, se determinada medida for normalmente considerada extraordinária, mas, naquela situação específica, resultar em benefício para o paciente, ainda que funcione apenas como cuidado paliativo, ela será proporcional. De igual forma, um tratamento que seria considerado normalmente habitual e inquestionável, pode ser considerado pelo enfermo ou seu representante como causador de um ônus desproporcional.¹⁶⁰

Nota-se, nesta esteira, que, em que pese às alterações de nomenclatura e as tentativas de definição, na prática o conceito de proporcionalidade e

¹⁵⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Op. cit., p. 190.

¹⁵⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 47.

¹⁵⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹⁶⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. op. cit., p. 47-48.

desproporcionalidade é subjetivo, na medida em se avalia riscos e benefícios, a luz da situação concreta de cada paciente.

Em relação ao instituto do testamento vital são as medidas desproporcionais que merecem especial atenção. Conforme se verificará em tópico próprio, o médico deverá respeitar a autonomia do paciente, abstendo-se de realizar procedimentos que não tenham o condão de beneficiar-lhe, mas, tão somente, de prolongar a vida e o sofrimento.

3.5.1. A Suspensão da alimentação e hidratação artificiais nas situações de estágio vegetativo persistente: controvérsias. Cuidados essenciais e cuidados contingentes.

Questão extremamente controversa na discussão sobre tratamentos proporcionais e desproporcionais refere-se à suspensão da alimentação e da hidratação (AHA), principalmente em pacientes em estado vegetativo persistente (EVP). Isto porque, os pacientes em EVP não são submetidos a tratamentos extraordinários, sendo a suspensão da alimentação e da hidratação a única forma para abreviar a morte, o que, para muitos, é considerado eutanásia.

A designação de Estado Vegetativo Persistente (EVP) foi pela primeira vez utilizada em 1972 num artigo de Jennett e Plum, intitulado “Persistent vegetative state after brain damage. A syndrome in search of a name”.¹⁶¹ O EVP é caracterizado pela “destruição do córtex cerebral, parte do encéfalo responsável pelas funções superiores que caracterizam a atividade neurológica humana, tais como a capacidade de raciocínio, memória, relação social, compreensão e expressão, cognição, sensibilidade [...]”.¹⁶² Ou, nas palavras de Luciana Dadalto, “o estado vegetativo é uma situação clínica de completa ausência de consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do

¹⁶¹ CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão. *Relatório sobre o estado vegetativo persistente*. Disponível em: http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2015.

¹⁶²VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 33

tronco cerebral”¹⁶³. O indivíduo que se encontra nessa situação não tem, portanto, percepção sobre si ou sobre o que o cerca, inexistindo possibilidades terapêuticas.

A discussão sobre a suspensão da alimentação e da hidratação, segundo *Beauchamp e Childress*, reside basicamente na distinção entre tecnologias médicas e de suporte de vida, sendo esta entendida como aquela responsável pelo fornecimento de hidratação e alimentação, através de agulhas, tubos, cateteres etc. Alguns estudiosos entendem que essas situações se enquadram como meios não-médicos de manter a vida, diferentemente de outras formas opcionais de tratamento, tais como respiradores e máquinas de diálise. Essa distinção teria repercussão direta na possibilidade de recusa do tratamento.¹⁶⁴

Neste contexto, Luciana Dadalto afirma que alguns estudiosos criticam a suspensão da alimentação e hidratação, mesmo em situações de EVP, porque ambos são considerados cuidados básicos, cuja suspensão acarretará inevitavelmente a morte do paciente, caracterizando, portanto, a eutanásia. Além disso, como os enfermos morrerão de sede e fome, desrespeitada estaria à solidariedade interpessoal.¹⁶⁵

Nesta mesma linha de raciocínio, Mônica Silveira Vieira afirma que o paciente em EVP “merece cuidado semelhante ao dispensado aos demais pacientes em situações extremas, como os chamados pacientes terminais. Isso significa que se deve cuidar para que não seja submetido a práticas distanásicas, e, também, oferecer-lhe tudo o que for possível para propiciar o bem”.¹⁶⁶

Além desses argumentos, *Beauchamp e Childress* afirmam que um dos principais argumentos contrários à suspensão da AHA é uma versão do argumento da “descida escorregadia”. Em outras palavras, teme-se que políticas públicas de não fornecimento de hidratação e alimentação artificiais tenham consequências negativas, pois, diante da necessidade de retenção de custos na área de saúde, a sociedade não conseguiria limitar essas decisões aos casos realmente necessários. Um “escorregão” poderia modificar uma

¹⁶³DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 40.

¹⁶⁴BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 224.

¹⁶⁵DADALTO, Luciana. Op. cit., p. 41.

¹⁶⁶ VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia: humanizando a visão jurídica*. Curitiba: Juruá, 2012, p.289.

ação que inicialmente seria em prol do paciente para o benefício da sociedade.¹⁶⁷

Assim, após se debruçarem sobre o tema, *Beauchamp e Childress*, concluíram que a depender da circunstância, a nutrição e hidratação artificiais podem ser justificavelmente recusadas, inexistindo diferença moralmente relevante entre as várias tecnologias de suporte de vida. Nesta linha, seguem afirmando:

Evidências indicam que pacientes aos quais se permite morrer sem hidratação artificial morrem mais confortavelmente que pacientes que receberam hidratação artificial. Muitas vezes é enganoso projetar as experiências comuns de fome e de sede identificando-as com a situação de um paciente terminal que está desnutrido e desidratado. A desnutrição não é idêntica a fome; a desidratação não é idêntica à sede, e a inanição num contexto médico é muito diferente de uma desidratação aguda. Sensações de fome, sede, secura de boca e outras relacionadas também podem ser aliviadas por outros meios – como colocar gelo nos lábios – que não a introdução da nutrição e da hidratação artificiais.¹⁶⁸

Deste modo, a corrente doutrinária favorável à suspensão da alimentação e hidratação, sustenta que a AHA deve ser considerada como tratamento, pois, via de regra, não melhora a qualidade de vida do paciente, trazendo, muitas vezes, danos e desconfortos. Tratando-se de tratamento, a AHA está substituindo uma função, da mesma forma que, por exemplo, a ventilação mecânica e a diálise.

Neste ponto, cumpre frisar que os próprios tribunais americanos, após a ocorrência de alguns pedidos de suspensão de hidratação e alimentação, passaram a considerar que não existem diferenças acentuadas entre a alimentação e hidratação artificial e outras medidas de suporte de vida, considerando-as procedimento médico que está subordinado aos mesmos moldes de outros procedimentos médicos, sendo, muitas vezes, penoso.¹⁶⁹

Laura Scaldaferrri Pessoa, fazendo a análise das possibilidades defendidas pelas duas correntes, afirma que não se pode olvidar que fornecer hidratação e alimentação ao paciente simbolicamente significa um sinal de cuidado e solidariedade. Contudo, esse sentido simbólico não pode estar

¹⁶⁷BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 227.

¹⁶⁸Ibidem, p. 228.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 225.

apartado de seu objetivo. Em outras palavras, se entende que em paciente em EVP, que é caracterizado pela irreversibilidade, a finalidade de manter a vida e suavizar o desconforto da fome e da sede já não se aplica.¹⁷⁰

A discussão sobre a possibilidade de suspensão da alimentação e da hidratação tem, portanto, estreita relação com a sua definição como tratamento ou como cuidado básico. Discorrendo sobre tema, Leonard M. Martin assevera que constituem exemplos de cuidados básicos o asseio do paciente, o seu conforto e a sua alimentação – quando esta pode ser administrada via oral. Estes, portanto, não poderiam ser suspensos. Os atos médicos ou terapêuticos – no qual o autor inclui a alimentação artificial -, a seu turno, deveriam ser analisados a luz da proporcionalidade entre o ônus e os benefícios dele oriundos.

A análise da proporcionalidade da medida, ou seja, dos benefícios práticos relacionados à manutenção da hidratação e alimentação artificiais para o paciente, parece ser a solução mais coerente. Se a AHA tem apenas o condão de prolongar a vida do paciente, sem trazer-lhe benefícios, sua manutenção é desproporcional, devendo ser retirada. Do contrário, ou seja, se benéficas ao paciente, deverão ser mantidas a alimentação e hidratação artificiais.

O estado vegetativo persistente e a possibilidade de recusa (prévia) de tratamento pelo paciente será objeto de análise no capítulo seguinte.

3.6 O SUICÍDIO ASSISTIDO:

O suicídio assistido, em que pese não se tratar de uma espécie de eutanásia é frequentemente abordado juntamente com a análise desse tema, sendo conhecido, inclusive, como auto-eutanásia, ou seja, eutanásia realizada pelo próprio indivíduo. Em outras palavras, pode-se dizer que no suicídio assistido o agente põe fim a própria vida sem a intervenção direta de um terceiro, apesar de sua participação por motivos piedosos.¹⁷¹

¹⁷⁰PESSOA, Laura Scaldaferrí. Op. cit., p.119.

¹⁷¹SANTORO, Luciano de Freitas. Op. cit., p. 123.

A semelhança entre os dois temas reside principalmente no fato de que, em ambos, a antecipação da morte visa acabar com a dor e o sofrimento causados por uma doença incurável. Contudo, enquanto na eutanásia a antecipação da morte é realizada por terceiro, no suicídio assistido é o próprio paciente que a provoca, auxiliado materialmente, no entanto, por terceira pessoa (geralmente um médico).¹⁷²

Fazendo-se um traço distintivo entre o conceito de suicídio assistido e eutanásia, facilmente se percebe que a diferença se relaciona precisamente com a pessoa que irá consumir a morte do paciente: se ele próprio com auxílio material de um terceiro (suicídio assistido) ou diretamente um terceiro (eutanásia). Isto porque, as demais características da eutanásia – como o móvel piedoso e a gravidade/irreversibilidade da doença do agente -, bem como sua consequência – morte -, também estão presentes no suicídio assistido.

Importante notar que, para que se caracterize o suicídio assistido, é necessário que terceira pessoa efetivamente auxilie o paciente na consecução de sua finalidade de morrer, ou seja, forneça os meios materiais (objetos, por exemplo) para a realização da ação. Este terceiro pode auxiliar ainda de forma moral, através, por exemplo, de instruções de como realizar o ato.¹⁷³

Além disso, é de se observar que a ideia de “assistência” inserida na própria denominação “suicídio assistido” tem correspondência apenas com a noção de auxílio, ou seja, terceira pessoa somente fornece material ou intelectualmente os meios necessários para que o próprio agente alcance o resultado morte. Isso significa que a instigação ou indução do paciente para que cometa o suicídio não estão inseridas no contexto de assistência, pois retiram a voluntariedade da conduta, ferindo a autonomia e descaracterizando o próprio conceito de suicídio assistido.¹⁷⁴

A distinção entre eutanásia e suicídio assistido tem consequências jurídicas definidas. Pela legislação brasileira, por exemplo, aquele que auxilia o suicídio de alguém comete o delito tipificado no art. 122 do Código Penal Brasileiro, que possui uma pena de 02 (dois) a 6 (seis) anos para as situações

¹⁷²VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 92.

¹⁷³SANTORO, Luciano de Freitas. Op. cit., p. 124.

¹⁷⁴VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 92-93.

em que o suicídio se consuma. Diversamente do que ocorre com o homicídio praticado com o móvel piedoso, no suicídio assistido não há previsão de nenhum privilégio, sendo desconsiderados os motivos impulsionadores da conduta delituosa. Já aquele que comete eutanásia, será punido de acordo com a previsão do art. 121, §1º, do mesmo diploma legal, que prevê a figura privilegiada do homicídio, cuja pena (de 06 a 20 anos) poderá ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).¹⁷⁵

Diferentemente do Brasil, em alguns lugares o suicídio assistido não é considerado crime. O Estado do Oregon, nos Estados Unidos, por exemplo, legalizou o suicídio no ano de 1994, permitindo que médicos prescrevessem medicamentos para por termo a vida, desde que observados alguns requisitos, como, por exemplo, a verificação se a doença é terminal, se o enfermo é capaz, residente do Estado de Oregon e se voluntariamente realizou o pedido.¹⁷⁶

Após a legalização da eutanásia e do suicídio assistido em alguns países, a Associação Médica Mundial proferiu, no ano de 1992, posicionamento contrário a esses comportamentos, entendendo que o médico é impedido eticamente de ajudar o paciente à por fim em sua vida.¹⁷⁷

Não há dúvida que existem inúmeros argumentos favoráveis e também contrários a legalização do suicídio assistido. De um lado, argumenta-se que nem sempre a decisão de morrer é consciente, pois, grande parte das vezes, esse desejo é motivado por uma depressão, causada pela situação em si e que insere o paciente em condição de vulnerabilidade. Nessas situações, o trabalho psicológico com o paciente, bem como a diminuição do sofrimento poderia reduzir o número de pedidos para morrer.

De outro lado, argumenta-se que existem situações para as quais a medicina ainda não encontrou respostas e em que viver se torna um peso

¹⁷⁵BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 jan. 2015.

¹⁷⁶SANTORO, Luciano de Freitas. Op. cit., p. 125.

¹⁷⁷*El suicidio com ayuda médica, como la eutanásia, ES contrario a la ética y debe ser condenado por la profesión médica. Cuando el médico ayuda intencional y deliberadamente a la persona a poner fin a su vida, entonces el médico actúa contra la ética. Sin embargo, el derecho de rechazar tratamiento médico es un derecho básico del paciente y el médico actúa éticamente, incluso si al respetar esse deseo el paciente muere.* (SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna: o Direito do Paciente Terminal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 125).

grande demais. Assim, a assistência ao suicídio incide justamente para aqueles pacientes que, mesmo após o amparo médico e psicológico possível, continuam a acreditar que a sobrevivência daquela forma não se coaduna com a dignidade pretendida para o final de vida.

A fim de exemplificar situações concretas em que ocorreu o suicídio assistido, vale registrar dois casos que tiveram repercussão mundial:

No primeiro deles, um rapaz, chamado Ramon Sampedro, tornara-se paraplégico após um mergulho em águas rasas, quando tinha apenas 25 anos de idade, tendo vivido nessa condição por 29 anos. Durante todo esse período, relata-se que ele manifestou a intenção de por fim a vida. Apesar de não ser um rapaz deprimido e que vivia cercado de amigos, solicitou em juízo auxílio para morrer, já que não poderia fazê-lo sozinho.

Diante da negativa da Justiça, Ramon conseguiu que amigos não médicos o auxiliassem, ficando, cada um, encarregado de uma etapa. Posteriormente, Ramon escreveu uma carta – sustentando a caneta com a boca – explicando sua decisão, bem como providenciou a instalação de uma câmera de vídeo em seu quarto para comprovar que havia feito tudo sozinho. Uma amiga que o auxiliou chegou a ser indiciada, mas, por falta de prova, não houve prosseguimento da investigação.¹⁷⁸

Na época desses fatos, foi realizada uma pesquisa que demonstrou que 75% dos espanhóis se opunham a abertura de um processo criminal e 67% dos entrevistados eram favoráveis a impunibilidade da eutanásia voluntária e do suicídio assistido.¹⁷⁹

No segundo caso, um médico patologista chamado Jack Kevorkian¹⁸⁰ – conhecido com Dr. Morte - construiu uma máquina para ajudar as pessoas a morrerem. Essa máquina foi denominada máquina da morte e era transportada no carro de seu criador para auxiliar aqueles que desejavam por fim a suas vidas. Anderson Schreiber relata a empreitada de Jack Kevorkian registrando que:

¹⁷⁸VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 93-94.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 94.

¹⁸⁰ “Jack Kevorkian é um guerrilheiro. Daqueles guerrilheiros à moda antiga. Não gosta de anonimato. Quer levar suas ideias, a qualquer preço, adiante. Nem que seja para morrer ou apodrecer em presídios em nome delas”. COSTA, Sérgio. DINIZ, Débora. Op. cit., p. 157.

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 vidas¹⁸¹.

Ele não somente auxiliava materialmente as pessoas que desejassem se matar emprestando a máquina, mas também prestava assistência moral, ensinando com a pessoa deveria proceder para a consecução do ato.¹⁸² Deste modo, resta claro que o Dr. Morte não causava diretamente a morte de quem o procurava, ele apenas fornecia os elementos necessários para que o próprio agente alcançasse o fim desejado. Tratava-se de hipótese clara de suicídio assistido.

A realização do suicídio assistido seria, para seus defensores, uma forma de respeitar a autonomia do paciente, que deseja antecipar a morte, em razão da ocorrência de enfermidade incurável e causadora de grande sofrimento, necessitando de auxílio para levá-la a efeito.

¹⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63.

¹⁸²SANTORO, Luciano de Freitas. op. cit., p. 125.

4. O TESTAMENTO VITAL E O SEU ÂMBITO DE EFICÁCIA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:

O testamento vital, conforme já conceituado, possibilita que uma pessoa registre a quais procedimentos diagnósticos e prognósticos gostaria ou não de ser submetido em caso de incapacidade permanente. Visa-se, com este registro prévio, que os desejos do paciente sejam respeitados, mesmo quando este estiver impossibilitado de se manifestar.

Trata-se, portanto, de uma clara expressão do princípio da autonomia, na medida em que possibilita que a decisão sobre a realização ou não de determinados tratamentos seja do próprio paciente, com base em seus próprios valores, e não da equipe médica responsável pelo caso.

Contudo, para que a manifestação de vontade do paciente tenha eficácia é necessário que seja compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. As hipóteses que tornam o testamento vital eficaz é o objeto de análise do presente capítulo. Para tanto, algumas conceituações terão que ser realizadas previamente.

4.1. A RELAÇÃO DO HOMEM COM A MORTE E SUA MODIFICAÇÃO COM O AVANÇAR DO TEMPO:

A morte é evento natural, certo e inevitável. Contudo, a forma como o homem lida com ela foi se modificando ao longo dos anos, com a evolução da sociedade e com o surgimento de recursos tecnológicos.

Segundo Paulo Lúcio Nogueira, “a morte é uma preocupação constante dos seres humanos; ninguém pode ficar indiferente diante dela. Somos levados muitas vezes a refletir sobre sua realidade – necessária, brutal e surpreendente – sempre que deparamos subitamente com a morte de alguém”¹⁸³. Diante disso, apenas a título ilustrativo, uma breve descrição da relação da sociedade com a morte será realizada nesta oportunidade.

¹⁸³ NOGUEIRA, Lúcio Paulo. Op. cit., p. 134.

O primeiro marco temporal que será utilizado é a Idade Média. Nesta época, a morte teve um papel importante nas artes, nos jogos e na pedagogia. Sua ocorrência era recebida com naturalidade e, de forma imediata, eram providenciados os rituais de tratamento do cadáver, bem como a comunicação a todos de sua chegada. Até o século XI, a morte era vivida coletivamente, sendo idealizada como questão comunitária. Como rito familiar, o moribundo, sentindo que a morte se aproximava, começava uma recordação triste sobre o resumo de sua vida. A morte precisava ser consciente para que a ritualidade funcionasse.¹⁸⁴

Na Idade Média o pesar pela vida estava associado à concordância com a morte e intimidade com esta. A pessoa que não percebesse que a morte se aproximava seria advertida por um familiar, um amigo ou um sacerdote. Além disso, como a morte era vivida coletivamente, a publicidade era uma característica sua no passado. Diferente da morte atual, quase sempre ocorrida no interior de hospitais, a morte no passado ocorria em público.¹⁸⁵

Neste ponto já se consegue perceber uma diferença para a concepção atual de morte: enquanto na idade média a pessoa precisava perceber que a morte se aproximava, hoje há uma grande preocupação sobre a necessidade de uma pessoa saber sobre sua condição de paciente terminal.

Já no final da Idade Média, a biografia pessoal começa a se confundir com o amor pela vida. A morte passa a ser uma separação do ter, o gozo das coisas foi alterado com a aproximação da morte.

As sociedades gregas e romanas que antecederam o Cristianismo mencionavam a existência de uma “boa morte”, que podia ser natural ou voluntária. A morte voluntária foi bastante difundida, sendo considerado, naquela época, razoável por fim voluntariamente a vida, com a finalidade de acabar, por exemplo, com dor ou sofrimento causado por uma doença incurável, ou para evitar humilhações e indignidades, ou ainda para triunfar sobre o destino, antecipando a morte de quem já está em idade avançada. O próprio governo de algumas cidades gregas e romanas separavam doses

¹⁸⁴PESSOA, Laura Scaldaferrri. Op. cit., p.21.

¹⁸⁵GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. A boa morte: ética no fim da vida. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto, p. 09. Disponível em <<http://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/22105/3/A%20Boa%20Morte%20%20tica%20no%20Fim%20da%20Vida.pdf>>.

suficientes de veneno para administrar àqueles que eram permitidos de praticar a morte voluntária.¹⁸⁶

Foram os romanos os primeiros a fazer esculturas nos túmulos, como meio de homenagear as pessoas queridas. Além disso, os romanos realizavam a cremação dos mortos, pois esta era encarada como uma forma de registrar uma nova etapa, que era justamente o fato de estarem mortos.¹⁸⁷

Em determinadas regiões do mundo grego-romano, o suicídio era um privilégio das elites sociais, sendo vedado aos soldados, escravos e criminosos essa possibilidade. Além disso, para que a pessoa pudesse cometer o suicídio, deveria ter um motivo aparente, pois, caso contrário, poderia ser mutilada e sepultada de forma indigna, em campa rasa e sem lápide.¹⁸⁸

Ainda na Grécia surgiram médicos – o mais conhecido era Hipócrates – que estabeleceram regras profissionais bem delineadas, adotadas através de um juramento solene feito aos deuses, conhecido como Juramento de Hipócrates. Rejeitando a ideia difundida na época de que a doença era um castigo divino, passaram a procurar explicações naturais para ela. Também instituíram procedimentos para a solução de problemas clínicos, como, por exemplo, as entrevistas aos doentes e o exame destes. No Juramento de Hipócrates está registrada a primeira proibição do suicídio assistido conhecida no Ocidente.¹⁸⁹

Assim, percebe-se que a partir do Juramento Hipocrático se inicia um processo de profissionalização da medicina, buscando-se respostas objetivas e consistentes para os problemas de saúde das pessoas, com sua consequente resolução.

A aceitação da morte voluntária entrou em declínio com o advento do Cristianismo, que pregava o valor supremo da vida e da pessoa. Se Deus quem deu a vida, somente a Deus caberia tirá-la. A sacralidade da vida, vale frisar, é comum para quase todas as religiões.

Já nos séculos XIII-XIV os funerais passam a ser mais religiosos, com a celebração de missas para os mortos e o transporte do corpo para uma igreja

¹⁸⁶ PESSOA, Laura Scaldaferrri. Op. cit., p.22.

¹⁸⁷ ARIÈS, Philippe. *A história da morte no ocidente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁸⁸ PESSOA, Laura Scaldaferrri. Op. cit., p.22

¹⁸⁹ Ibidem, p.23.

para a realização das cerimônias de despedida. É com o Cristianismo que se inicia o receio da morte, através do julgamento de Deus, que poderia transportar a pessoa ao Céu ou ao Inferno. Com a reforma protestante do século XVI, os costumes sociais, os princípios legais, as instituições acadêmicas e políticas que refletiam o princípio da reverência pela vida humana individual começaram a enfraquecer, até o período em que intelectuais cientistas e clérigos iniciaram a busca por justificativas para a prática da morte voluntária.¹⁹⁰

No século XVII, o filósofo inglês Francis Bacon criou a palavra eutanásia, se referindo a uma morte boa, sem sofrimento. Nos séculos XVIII e XIX, intelectuais britânicos passaram a racionalizar a morte voluntária, instituindo projetos que se objetavam aos princípios básicos da antropologia cristã. Posteriormente, a eutanásia voltou a ser debatida nos anos que precederam a Segunda Guerra Mundial, discutindo-se a eliminação da vida para o melhoramento genética da raça humana. Chegando ao século XX, passa-se a valorizar a ausência da morte, como forma de esconder a decadência do corpo e a repugnância pela doença.¹⁹¹

Na atualidade, adveio uma modificação brusca na atitude do homem em relação à morte. Desloca-se a morte da casa do enfermo, ao lado da família, para os hospitais. O aumento dos recursos tecnológicos elevou as possibilidades de tratamento das mais variadas enfermidades, doenças que eram taxadas de irreversíveis passam a ter cura, novos medicamentos são produzidos, meios artificiais de manutenção de vida são implementados e aprimorados, elevando a expectativa de vida das pessoas. A morte passa a ser extremamente temida, devendo ser combatida pelos profissionais de saúde. A ocorrência da morte é encarada pelos médicos com um fracasso de sua atividade profissional e, por esta razão, passa-se a tentar manter a vida a qualquer custo.¹⁹²

¹⁹⁰ARIÈS, Philippe. Op. cit., p. 15.

¹⁹¹PESSOA, Laura Scaldaferrri. Op. cit., 24-25.

¹⁹² Maria Elisa Villas-Boas afirma que quando não se dispunha de tantos recursos, a falência orgânica era o sinal incontestável de que chegara o momento final. Hoje, as deficiências orgânicas vão sendo contornadas de maneira quase automática por substitutos artificiais, como se simplesmente fosse a conduta inevitável a se tomar: têm-se ventiladores mecânicos para suprir a falência respiratória, após a manobra de reanimação cardiopulmonar; drogas cardiotrópicas para fazer o coração recalcitrante continuar a bater; métodos dialíticos para

Essa modificação da forma como o homem passou a encarar a morte, bem como da relação médico-paciente¹⁹³ tem estreita relação com o testamento vital, objeto de estudo no presente trabalho, conforme será verificado no tópico a seguir.

4.2 ORIGEM DO TESTAMENTO VITAL:

O testamento vital surgiu nos Estados Unidos da América no ano de 1960, com a denominação de *Living Will*, tendo sido proposto como documento de manifestação de vontade acerca da submissão ou não a tratamentos médicos no ano de 1967, pela Sociedade Americana de Eutanásia.¹⁹⁴

Já no ano de 1976 foi aprovado, na Califórnia, o *Natural Death Act*, lei que garantia à pessoa o direito de suspender ou recusar um tratamento médico, protegendo, também, os médicos de eventuais processos judiciais oriundos da realização da vontade do paciente.¹⁹⁵

Após a aprovação desta lei, membros de algumas associações médicas da Califórnia elaboraram o *Guidelines and Directive*, que continha orientações para auxiliar o elaborador do testamento vital a instruir seu médico em relação à utilização de meios artificiais de manutenção de vida. O *Guidelines and*

assumir a função dos rins quando estes já não funcionam. Apenas o sistema nervoso ainda não pode ser substituído, razão por que configura atual critério médico e jurídico de morte.¹⁹²

¹⁹³ Discussão já traçada no primeiro capítulo do presente trabalho.

¹⁹⁴DADALTO, Luciana. Op. cit., p. 95-97.

¹⁹⁵ 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).

Directive também estabelecia que apenas os maiores de 18 anos e capazes poderiam elaborar uma diretiva antecipada de vontade, que seria válida pelo prazo de 5 anos. O documento poderia ser feito de forma livre, estando vetada sua utilização durante a gravidez.¹⁹⁶

Posteriormente, vários estados norte-americanos aprovaram leis que regulamentavam o *living will*. Contudo, uma lei federal - *Patient Self-Determination Act* (PSDA) - somente foi aprovada em 1991. Essa foi a primeira Lei Federal dos Estados Unidos a reconhecer o direito à autodeterminação dos pacientes. Essa lei serve como diretriz para elaboração de outras leis, como ocorre com a legislação específica sobre o tema em 35 estados norte-americanos.¹⁹⁷

4.2.1 Alguns casos emblemáticos.

Para que se possa entender o surgimento do testamento vital, é indispensável pontuar algumas situações que se tornaram emblemáticas na discussão sobre a possibilidade de recusa de realização de tratamentos médicos.

O primeiro desses é o caso de Karen Ann Quinlan.

No mês de abril de 1975, Karen Ann Quinlan, de apenas 22 anos, após fazer uso combinado de remédios tranquilizantes e grande quantidade de álcool, desmaiou, tendo ficado por algum tempo sem respirar¹⁹⁸.

Karen foi levada para a emergência do *Newton Memorial Hospital*, em *New Jersey*, Estados Unidos, tendo entrado em estado de coma. Após aquele fato, Karen nunca mais recobrou a consciência. Diante disso e da comprovada irreversibilidade do quadro clínico, os pais de Karen buscaram judicialmente a retirada do respirador que havia sido conectado desde a sua internação,

¹⁹⁶DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. *Op. cit.*, p. 98.

¹⁹⁷Ibidem, p. 100.

¹⁹⁸ 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: 24 fev. 2015.

alegando que sua filha já havia declarado que, em uma situação como aquela, preferiria morrer¹⁹⁹.

Em primeira instância o pedido foi negado, sob o fundamento de que a declaração da paciente não tinha fundamento legal. Em segundo grau, a Suprema Corte de New Jersey designou o “Comitê de Ética do Hospital St. Clair” para avaliar a paciente e o prognóstico de seu quadro clínico. O aludido Comitê precisou ser criado e atestou em 31/03/1976 a irreversibilidade do quadro. Diante dessa conclusão, a Suprema Corte de New Jersey concedeu a família de Karen o direito de solicitar o desligamento dos aparelhos que a mantinham viva. Após o desligamento dos aparelhos, Karen viveu por mais nove anos, vindo a óbito em 11 de Junho de 1985²⁰⁰.

Este caso foi considerado emblemático em matéria de discussão sobre *Living Will*, pois, pela primeira vez, o Poder Judiciário de um Estado Americano precisou decidir sobre a possibilidade de suspensão de meios artificiais de manutenção da vida com base nos desejos expressados pela paciente quando ainda consciente e capaz.

Contudo, em que pese a importância do caso de Karen Ann Quinlan nas discussões sobre a recusa de tratamentos médicos, foi somente após o caso de Nancy Beth Cruzan chegar a Suprema Corte Americana que uma lei federal - *Patient Self-Determination Act (PSDA)* - foi aprovada, no ano de 1991.

Nancy Cruzan era uma americana de 25 anos, que sofreu um acidente de carro no ano de 1983, tendo sido arremessada para fora do automóvel. Encontrada sem sinais vitais, foi reanimada por paramédicos, que conseguiram trazê-la de volta à vida, mas com graves danos cerebrais, tendo sido diagnosticada em estado vegetativo persistente.²⁰¹

¹⁹⁹ 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: 24 fev. 2015.

²⁰⁰ 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: 24 fev. 2015.

²⁰¹ 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*

Nancy permaneceu nessa condição durante oito anos, tendo sido registrados, neste período, convulsões e vômitos. Além disso, a paciente abriu e moveu os olhos algumas vezes, porém sem sinais de reconhecimento dos seus familiares²⁰². Passados quatro anos da data do acidente, os pais de Nancy Cruzan resolveram solicitar a suspensão da hidratação e da alimentação de sua filha, sob a alegação de que ela, aos 20 anos, havia dito a uma amiga que não gostaria de ser mantida viva, caso tivesse menos da metade de suas capacidades normais. O hospital negou o pedido formulado pelos pais de Nancy, que recorreram à justiça.²⁰³

A situação, então, chegou a Suprema Corte Americana no ano de 1990 e, no mês de novembro daquele ano, o pedido dos pais de Nancy foi atendido, tendo sido determinado que o hospital cumprisse a solicitação realizada pela família da paciente. Contudo, quando o caso chegou à justiça foi nomeado um curador para atender os interesses de Nancy Cruzan, tendo, este, apresentado recurso de apelação contra a decisão que determinou a suspensão da hidratação e nutrição da paciente.

Após a análise deste recurso, a Suprema Corte do Estado de Missouri reverteu a decisão de suspensão da hidratação e nutrição de Nancy. Neste caso, o Tribunal Americano, ao analisar o conceito de consentimento informado, aplicou um critério mais rigoroso de prova²⁰⁴ e rejeitou a declaração

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: 05 jan. 2015.

²⁰² 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: 24 fev. 2015.

²⁰³ LOUISIANA STATE UNIVERSITY. *The Missouri Supreme Court Ruling*. Disponível em: <<http://biotech.law.lsu.edu/Books/lbb/x335.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

²⁰⁴ 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-*

de que Nancy teria afirmado a um amigo que não gostaria de ser mantida viva em situação similar àquela.

A decisão definitiva do caso de Nancy ficou a cargo da Suprema Corte dos Estados Unidos, tendo sido a primeira vez que a Corte se deparava com o “direito de morrer”²⁰⁵. Na decisão final, a Corte invocou diversos precedentes que envolveram o consentimento informado e a recusa a tratamentos médicos.

Por fim, a Suprema Corte dos Estados Unidos deferiu o pedido dos pais de Nancy Cruzan. Em 14 de dezembro de 1990, foi autorizada a suspensão dos procedimentos de hidratação e nutrição. Em 26 de dezembro do mesmo ano, Nancy Cruzan veio a óbito.

O caso de Nancy Cruzan teve uma enorme repercussão nacional, que culminou com a instauração de debates acalorados sobre as DAV. Percebeu-se que, de uma forma em geral, as pessoas passaram a temer a possibilidade de viver naquela mesma situação, sendo-lhes exigida prova da vontade de interromper o tratamento.

A decisão da Suprema Corte Americana, ainda que de forma indireta, não assegurou somente o pedido dos pais de Nancy, tendo se manifestado sobre o direito à manifestação prévia do indivíduo acerca da realização ou não de tratamentos em situações de incapacidade, cuja vontade não podia ser expressa. Este caso, deste modo, tornou-se simbólico na luta pelo direito de morrer, tendo sido decisivo para a promulgação da *Patient Self-Determination Act* (PSDA).

Percebe-se, deste modo, o surgimento do testamento vital remete, inexoravelmente, a situações reais de incapacidade permanente, vividas por cidadãos americanos e que causaram um grande clamor popular. Essas situações reais incutiram nas pessoas o medo de superveniência de incapacidade, causada por uma tragédia pessoal ou por uma enfermidade incurável. Como consequência, os americanos passaram a refletir e se preocupar com o respeito a seus desejos quando já não mais pudessem exprimir suas vontades.

doubt”. (Cf. GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 9.ed. USA: Thomson Reuters, 2009, p. 636-1380)

²⁰⁵ Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/cruzan.html>>

4.3 CONCEITO DE TESTAMENTO VITAL

Em tópico anterior, foi destacada a estreita relação entre o avanço tecnológico e a (não) aceitação da morte pela sociedade moderna. Se, de um lado, o avanço tecnológico elevou as possibilidades de cura dos pacientes, de outro gerou a busca pela manutenção da vida a qualquer custo, ainda quando o insucesso do tratamento fosse comprovado. Em outras palavras, a utilização de recursos tecnológicos muitas vezes apenas prolonga o sofrimento do paciente, sem qualquer interferência positiva em seu estado de saúde. É o que se denomina, conforme já analisado, distanásia.

Neste panorama, em que a distanásia é frequentemente realizada, nasce à discussão sobre os limites na realização de tratamentos médicos e se determinadas situações permitem a recusa a estes, como forma de valorizar a autonomia de cada paciente. Foi nesse contexto que nasceu o testamento vital.

O testamento vital é, nas palavras de Mônica Neves Aguiar “aquele definido como negócio jurídico que regule questões atinentes aos cuidados da saúde do testador quando ele, embora vivo, não esteja mais em condições de exprimir sua vontade”.²⁰⁶ Na mesma senda, Maria Casado afirma que o testamento vital “es un documento em el cual una persona manifiesta de manera fehaciente sus deseos sobre los tratamientos y actuaciones a las que no deseavere sometido, previendo así el caso de que una enfermedad pudiese incapacitarle para expresarse por sí misma”.²⁰⁷

Ainda sobre o conceito de testamento vital, vale mencionar os ensinamentos de Gisele Mendes de Carvalho:

Os denominados testamentos vitais (*living will*) são documentos breves nos quais pessoas sãs, utilizando-se de expressões genéricas, rechaçam o emprego de tratamentos fúteis ou quaisquer meios artificiais de manutenção de suas funções vitais, caso venham a padecer, no futuro, de algum mal incurável ou traumatismo irreversível.²⁰⁸

²⁰⁶ 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: 29 jan. 2015.

²⁰⁷ CASADO, Maria. Consecuencias de la detección de la enfermedad de Alzheimer: decisiones sociales y previsiones individuales. In: CASADO, Maria. *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*. Tirant Lo Blanch, s.d, p. 49.

²⁰⁸CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. cit., p. 148.

Deste modo, o testamento vital é uma espécie de diretiva antecipada de vontade, pelo qual uma pessoa capaz pode registrar, de acordo com sua vontade, quais tratamentos não quer ser submetido em caso de enfermidade incurável. O testamento vital visa, portanto, assegurar o direito do paciente em morrer com dignidade, de acordo com suas concepções pessoais.

4.4 O CONSENTIMENTO INFORMADO E SUA RELAÇÃO COM O TESTAMENTO VITAL

Conforme mencionado em capítulo anterior, a relação médico-paciente se modificou muito com o passar dos anos. Saiu-se de uma postura paternalista, em que o médico decidia de acordo com suas convicções pessoais, e iniciou-se uma fase de respeito à autonomia do paciente. É justamente no contexto da relação médico-paciente que o consentimento informado se situa, sendo indispensável para o exercício pleno da autonomia do indivíduo²⁰⁹.

A expressão “consentimento” deriva do latim “*com*” - “*sentire*”, significando, assentimento. Essa expressão - consentimento informado (*informed consent*) - foi estabelecida pela Corte Americana no ano de 1957.²¹⁰

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 proposto²¹¹

Em suas linhas iniciais, o consentimento informado determinava a obrigação do médico ou do pesquisador (em situações de experimentações com seres humanos) em informar o paciente. Atualmente, preocupa-se não

²⁰⁹ 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: 07 jan. 2015.

²¹⁰ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. Op. cit., p. 64.

²¹¹ 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).

somente com a informação prestada, mas com a qualidade do entendimento e do consentimento de um paciente ou daquele que se submete a uma pesquisa.²¹²

Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira, "podemos afirmar que o consentimento informado configura-se num direito fundamental do paciente, posto ser decorrente de sua autonomia, bem como da sua integridade psicofísica".²¹³ Nesta esteira, a pessoa deve ter o direito de consentir na realização de tratamentos que possam, de alguma forma, afetar sua integridade físico-psíquica ou social.

É importante frisar que o consentimento é um direito do paciente e não uma obrigação. Sendo assim, a pessoa autônoma possui o direito de não ser informada. Neste caso, se o paciente recusar ser informado, caberá ao profissional de saúde indagá-lo sobre quais pessoas – parentes ou amigos – gostaria que servisse como via de informação.²¹⁴

Contudo, uma vez que o paciente deseje ser informado, não é mais possível negar-lhe as informações relativas ao seu tratamento, os benefícios, bem como os riscos e ônus dele decorrentes. O paciente precisa entender do que se trata sua enfermidade e as suas consequências. Trata-se, neste caso, de uma clara ascensão do respeito à autonomia do indivíduo e, conseqüentemente, a diminuição do paternalismo médico.

Con esta perspectiva se ha contribuído a superar la visión excesivamente paternalista de la medicina, según la cual el médico estaba habilitado para decidir en forma unilateral el tratamiento a seguir. La nueva forma de relación médico-paciente que tiende a imponerse en las sociedades modernas insiste en el derecho del paciente a que se le explique de un modo objetivo y comprensible a qué tratamientos se lo piensa someter, y a dar – o no – su consentimiento de modo explícito em cada caso. Essa moderna valorización de la autonomía del paciente encuentra su concreción a través del denominado "consentimiento informado".²¹⁵

Deste modo, pode-se dizer que o conceito de consentimento informado possui dois componentes distintos: de informação e de consentimento. O

²¹² BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 162.

²¹³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 253.

²¹⁴ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. Op. cit., p. 67.

²¹⁵ ANDORNO, Roberto. Los principios de la bioética. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. DADALTO, Luciana. *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 35.

componente de informação, como a própria nomenclatura sugere, refere-se à revelação da informação, bem como compreensão pelo paciente daquilo que é revelado. Já o componente de consentimento refere-se a “uma decisão e uma anuência voluntárias do indivíduo para se submeter a um procedimento recomendado”.²¹⁶

Neste ponto, vale registrar a conceituação de consentimento informado fornecida por Maria Elisa Villas-Bôas:

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 tempo²¹⁷.

Deste modo, como o paciente não detém o conhecimento técnico, “é necessário que o médico lhe forneça a maior gama possível de informações, em linguagem compreensível, para que o enfermo entenda o que está lhe acontecendo”.²¹⁸ Em outras palavras, o médico deverá esclarecer tudo o que poderá influenciar na decisão do paciente.

Após serem prestadas as informações devidas, o consentimento do paciente deverá ser obtido de forma livre e consciente, sem a presença de qualquer forma de coação ou violência, seja ela física ou moral. Da mesma forma, não podem ser utilizadas simulações ou práticas enganosas que, de alguma forma, manipule e impeça a livre manifestação do paciente.²¹⁹

Note-se que a palavra consentimento pressupõe assentimento. Isso significa que, quando o paciente consente, ele está aceitando a realização dos procedimentos propostos pelo médico. Obviamente que esse consentimento

²¹⁶BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 165.

²¹⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 120-121.

²¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 249.

²¹⁹ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. Op. cit., p. 64.

deverá ser livre e esclarecido, pois, se houver coação ou qualquer outra forma de controle externo, esse consentimento não será válido.

O consentimento válido tem o condão de legitimar condutas que de outro modo não seriam legítimas. Por esta razão, os médicos e pesquisadores têm o dever de obter o consentimento informado do paciente antes de qualquer intervenção importante. Essa é a regra de grande parte dos Códigos da Medicina e relacionados à pesquisa. O respeito às regras do consentimento informado, além de possibilitar que o paciente e os sujeitos de pesquisa decidam de forma autônoma, os protegem contra danos e estimula os médicos a agirem de forma responsável nas relações com os mesmos.²²⁰

Nesse contexto, podem ser considerados como a matéria-prima do consentimento informado os seguintes componentes analíticos: 1) Competência; 2) Revelação; 3) Entendimento; 4) Voluntariedade; 5) Consentimento. Nesse diapasão, a título exemplificativo, um indivíduo dá um consentimento informado para uma intervenção se for capaz de agir (competência), receber uma exposição completa (revelação), entender a exposição (entendimento), agir voluntariamente (voluntariedade) e consentir na intervenção (consentimento).²²¹

Pode ocorrer, após o paciente consentir com a realização de determinado procedimento, modificações relevantes em seu quadro clínico. Por esta razão, Daniel Romero Muñoz e Paulo Antônio Carvalho Fortes afirmam que, quando houver modificação no panorama do caso, que o diferencie da situação concreta do momento do consentimento, este deve ser renovável.²²²

Note-se que se houve uma modificação significativa no quadro do paciente, podem ocorrer alterações também no tratamento realizado e, conseqüentemente, nos possíveis resultados. Os benefícios, riscos e ônus precisam ser reavaliados. Isso justificaria a necessidade de renovação do consentimento informado.

Diante da relevância que o consentimento informado possui para a área de saúde, alguns diplomas do ordenamento jurídico brasileiro o preveem

²²⁰ BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. Op. cit., p. 162.

²²¹ *Ibidem*, p. 165.

²²² MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. Op. cit., p. 67.

expressamente. A título exemplificativo pode-se citar o art. 5º, XIV²²³ da Constituição Federal e o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor²²⁴, que preceituam que o direito à informação é conferido a todo e qualquer cidadão.

Já o Código de Ética Médica, além de prever o direito de direito de decisão do paciente no já mencionado inciso XXI²²⁵, do capítulo I, prevê, nos artigos 31 e 34, que é vedado:

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.

Com a leitura dos citados artigos percebe-se a clara inclinação da ética médica para o respeito ao consentimento informado e a autonomia do paciente. O médico não pode impedir que o paciente ou seu representante decida de forma livre sobre práticas diagnósticas ou terapêuticas. Do mesmo modo que não pode deixar de prestar as informações relacionadas aos procedimentos a serem realizados, para que o paciente possa dar seu consentimento informado.

Outra ponderação que se faz necessária quando se analisa o consentimento informado refere-se aos procedimentos realizados pelos profissionais de saúde em situações emergenciais, em que o indivíduo não consegue exprimir sua vontade e, conseqüentemente, dar seu consentimento. Nesses casos, ação do médico encontra fundamento na beneficência,

²²³ 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: 23 fev. 2015.

²²⁴ 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: 23 fev. 2015.

²²⁵No 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. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 23 fev. 2015).

“assumindo o papel de protetor natural do paciente por meio de ações positivas em favor da vida e da saúde”.²²⁶

O consentimento informado possui, deste modo estreita ligação com as diretivas antecipadas de vontade (DAV) – que inclui o testamento vital -, na medida em que ambas se referem à aceitação ou não de práticas diagnósticas ou terapêuticas, rejeitando-se o paternalismo que, por tanto tempo, foi amplamente praticado na medicina. Neste ponto, vale registrar as ponderações realizadas por Renata de Lima Rodrigues:

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 tempo²²⁷.

O testamento vital, portanto, pressupõe a decisão informada, permitindo ao seu elaborador registrar de forma expressa a recusa à realização de determinados tratamentos, caso haja incapacidade superveniente. No caso do testamento vital, a autonomia do indivíduo se manifesta quando o agente ainda é capaz, mas somente será verificada e respeitada quando sobrevier incapacidade de comunicação. O consentimento informado, contudo, se insere nas situações de tomada de decisão do paciente em que presente sua capacidade de manifestação.

4.5. O ATUAL REGRAMENTO DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL: RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Antes de adentrar na análise das situações que tornam eficaz a manifestação de vontade registrada em um testamento vital, é necessário fazer breves considerações sobre sua regulamentação no Brasil.

²²⁶ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho Op. cit., p. 68.

²²⁷ 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.

Atualmente, não há no Brasil legislação regulamentando o testamento vital, inexistindo, portanto, lei específica que delimite as formalidades e requisitos necessários para sua elaboração. Contudo, o Conselho Federal de Medicina, tentando regulamentar no âmbito médico a possibilidade de recusa de tratamentos, editou algumas resoluções que devem nortear o tema. As duas principais resoluções – de nº 1.805 e nº 1.995 – serão analisadas a seguir.

4.5.1 A resolução nº 1.805/2006.

O Conselho Federal de Medicina aprovou por unanimidade, na data de 28.11.2006, a Resolução nº 1.805, que regulamenta a ortotanásia, permitindo aos médicos a interrupção, em pacientes terminais, de tratamentos que apenas prolonguem a vida, inexistindo qualquer perspectiva de cura.²²⁸

A Resolução 1.805 está assim delineada:

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

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

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

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

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.²²⁹

A resolução 1.805 do CFM busca, portanto, evitar que os recursos tecnológicos a disposição da medicina sejam fomentadores do sofrimento alheio. Isto porque, quando a situação concreta do paciente já não possibilita a

²²⁸CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e Ortotanásia. Comentários à Resolução 1.805/06 CFM: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 35.

²²⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 10 jan. de 2015.

cura, a utilização de todos os recursos disponíveis vai apenas prolongar a dor, a angústia e o sofrimento, sem fornecer qualquer benefício real.

A decisão de suspender o tratamento, no entanto, não deve ser uma decisão tomada pelo médico isoladamente. Conforme previsão da parte final do art. 1º da resolução, o médico deverá respeitar a vontade do paciente ou de seu representante legal. Essa previsão, vale observar, é um claro respeito ao princípio da autonomia.

Noutra quadra, é importante destacar que o Conselho Federal de Medicina, ao publicar essa resolução, não está convalidando a prática da eutanásia – que continua sendo ilícita no Brasil – mas, apenas, da ortotanásia.²³⁰ Em outras palavras, não se busca permitir ao médico antecipar a morte do paciente, mas, apenas impedir que o esforço terapêutico ineficaz prolongue o seu sofrimento.

Essa observação se faz pertinente na medida em que, após a publicação da resolução e com a finalidade de suspender sua eficácia, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal ação civil pública, com pedido liminar, contra o CFM – processo nº 2007.34.00.014809-3 – afirmando que:

- i) o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime;
- ii) o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito;
- iii) considerado o contexto sócio-econômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.²³¹

O magistrado da 14ª Vara Federal do Distrito Federal – Roberto Luis Luchi Demo -, onde tramitou o processo, deferiu a liminar pleiteada e suspendeu a eficácia da resolução, considerando que havia um choque entre a resolução 1.805 e o Código Penal Brasileiro. Essa decisão foi assim fundamentada:

²³⁰CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e Ortotanásia. Comentários à Resolução 1.805/06 CFM: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 35.

²³¹ 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: 10 nov. 2014.

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 Parlamento, havendo inclusive projeto-de-lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional.²³²

A análise da aludida decisão permite afirmar que o magistrado entendeu que a ortotanásia atualmente é crime no Brasil. Essa conclusão era baseada em sua interpretação do Anteprojeto de Reforma da parte especial do Código Penal que tramitava no Congresso Nacional, que previa a eutanásia como homicídio privilegiado, descriminalizando a ortotanásia. Ora, se a ortotanásia seria descriminalizada é porque antes era considerada como crime.

De fato, se o Código Penal Brasileiro previsse a ortotanásia como crime, não caberia ao Conselho Federal de Medicina descriminalizar a conduta, permitindo, através de uma resolução, a prática da ortotanásia. O equívoco do magistrado, contudo, reside em sua equivocada interpretação do art. 121 do Código Penal, pois a conduta do médico na prática da ortotanásia não se subsume ao tipo penal que prevê o homicídio, ainda que privilegiado.

Nesta esteira, Luciano de Freitas Santoro afirma que “a ortotanásia não configura o crime previsto no art. 121 do Código Penal porque não há o dever legal de agir do médico, indispensável para caracterizar sua posição de garantidor do bem jurídico nos crimes omissivos impróprios”.²³³ Em outras palavras, não há para o médico o dever de prolongar a vida do paciente e, conseqüentemente, o seu sofrimento, à sua revelia. A ortotanásia não tem o condão de antecipar a morte por omissão, mas apenas deixá-la seguir seu curso natural, que naquela situação concreta, já se tornou inevitável.

²³² 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.

²³³SANTORO, Luciano de Freitas. Op. cit., p. 165.

A exposição de motivos da Resolução 1.805 do CFM é esclarecedora no tocante ao dever do médico e ao respeito ao paciente portador de doença incurável e em fase de terminalidade de vida, afirmando que:

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 legal.

Diante dessas afirmações, torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer.

Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual.²³⁴

A exposição de motivos dessa resolução revela exatamente os problemas já retratados no presente trabalho relacionados às consequências dos avanços tecnológicos no campo médico, com a consequente realização da distanásia. E, ao mesmo tempo, busca a consolidação da ortotanásia, como forma de garantir ao paciente o respeito a sua autonomia e dignidade humana.

No íterim entre a decisão liminar que suspendeu a eficácia da resolução e a prolação da sentença de mérito, no ano de 2009, foi publicado o novo Código de Ética Médica, que reforça as premissas ortotanásicas já

²³⁴CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Exposição de motivos da Resolução 1.805/2006*. Diário Oficial da União, Brasília, 28. nov. 2006. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.pdf>. Acesso em 21 jan. 2015.

desenvolvidas pela Resolução 1.805 do CFM. Assim, o novo Código estabelece que os procedimentos desnecessários e ineficazes para pacientes com doenças irreversíveis ou terminais não devem ser utilizados, respeitando, contudo, os cuidados paliativos necessários para cada paciente.²³⁵

Após a publicação do novo Código de Ética Médica, o mérito da ação civil pública foi analisado, tendo, o magistrado, reconsiderado sua decisão inicial (que suspendeu a eficácia da resolução 1.805), baseado em três premissas:

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 desenvolvida.²³⁶

Os fundamentos da sentença de mérito se coadunam com o “espírito” da resolução 1.805 do Conselho Federal de Medicina. De fato, a resolução não trata de matéria penal, a ortotanásia não é crime e os médicos devem evitar a realização da distanásia, suspendendo tratamentos e procedimentos que não influenciem positivamente no estado clínico de pacientes com doenças terminais e irreversíveis.

Por esta razão, o art. 2º da resolução assegurou ao paciente a realização dos cuidados paliativos necessários para sua situação, visando sempre à mitigação da dor, o alívio do sofrimento, além do conforto físico, psíquico, social e espiritual, mas não a realização de tratamentos desproporcionais.

²³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

²³⁶ 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 nov. 2014.

4.5.2 A resolução nº 1.995/2012

O Conselho Federal de Medicina, tentando regulamentar no âmbito médico as diretivas antecipadas de vontade, editou a Resolução nº. 1.995/2012, tendo as definido, em seu art. 1º, como o “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Após analisar o citado artigo 1º, José Roberto Goldim esmiúça o conceito de Diretivas Antecipadas de Vontade, esclarecendo termo a termo seu objetivo principal:

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; Vontade, ao caracterizar uma manifestação de desejos, com base na capacidade de tomar decisão no seu melhor interesse.²³⁷

Note-se que a Resolução nº 1.995/2012 não restringiu as DAV às situações de terminalidade, razão pela qual, ao menos numa primeira análise, seria possível, sem qualquer tipo de restrição, determinar os cuidados e tratamentos que gostaria ou não de receber em caso de incapacidade de se expressar. Assim, a Resolução nº 1.995/2012 seria aplicável a situações de doença terminal; a quadros clínicos como o estado vegetativo persistente, a demência avançada, a estágios avançados de esclerose lateral amiotrófica etc.

Já no caput do art. 2º, na mesma linha que o artigo anterior, a resolução previu, implicitamente, o testamento vital, estabelecendo que “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”.²³⁸

²³⁷ 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 17 Jan. 2015.

²³⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.995/2012*. <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2014.

Fala-se em definição implícita porque a resolução não utilizou expressamente o termo testamento vital, tendo apenas se referido as Diretivas Antecipadas de Vontade, gênero do qual o testamento vital é uma espécie. Contudo, a definição apresentada é perfeitamente compatível com o conceito de testamento vital já apresentado neste trabalho. Além disso, percebe-se que, da mesma forma que na previsão do art. 1º, não houve neste artigo qualquer restrição quanto às hipóteses de eficácia da declaração de vontade previamente prestada.

Isso significa dizer, em outras palavras, que o estágio terminal da doença não seria a única hipótese legitimadora da recusa de tratamentos e cuidados médicos. Outras situações, como as elencadas acima, também permitiriam o respeito à manifestação de vontade do paciente.

Sobre a definição fornecida pela resolução, Miguel Reale Júnior esclarece:

[...] em face da relevância da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, reconhece-se válido 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 se manifestar, livre e autonomamente.²³⁹

Mônica Aguiar afirma, ao analisar o citado dispositivo e sua correspondência com os modelos de decisão substituta delineados por *Beauchamp e Childress*, que “cuida-se na hipótese, pois do modelo da autonomia pura, ou seja, aquele em que se prestigia o desejo manifestado pelo paciente quando capaz”.²⁴⁰

Além disso, a resolução também previu em seu art. 2º, §1º²⁴¹ a possibilidade de designação de um procurador para decidir pelo paciente, o

²³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Testamento Vital*. Estadão. 04.05.2013. Disponível em <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,testamento-vital-imp-,1028338>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

²⁴⁰ 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: 29 jan. 2015.

²⁴¹ Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº*

que configura outra espécie de diretiva antecipada de vontade, baseada no julgamento substituto, que não é objeto específico do presente trabalho.

A resolução nº 1.995 foi um avanço no que se refere ao tratamento das diretivas antecipadas de vontade no Brasil e um importante passo para elaboração de futura lei regulamentadora da matéria. Sobre esse tema, pontua Mônica Aguiar:

Por outro lado, a norma administrativa tem o condão de fomentar a discussão para que se possa gerar projetos de lei que venham a suprir a carência de normas legais e contemple amplamente um aspecto da vida cotidiana dos cidadãos, sem esquecer as discrepâncias sociais em um País tão desigual, os reais anseios da sociedade, mitigando a forte influência nas diversas parcelas de Poder, em especial no Poder Legislativo da parte mais rica do País.²⁴²

Assim, fala-se em avanço, pois, pela primeira vez, expressamente se prevê a possibilidade de uma pessoa registrar antecipadamente sua vontade em relação à realização de tratamentos médicos, numa clara manifestação do princípio da autonomia e da dignidade humana.

Neste ponto, vale registrar que a própria exposição de motivos da resolução considera que as diretivas antecipadas de vontade situam-se no âmbito da autonomia do paciente, necessitando, diante da ausência de regulamentação do tema – inclusive no novo Código de Ética Médica -, de uma resolução que a regule.²⁴³

A resolução, contudo, precisa ser aprimorada através da criação de uma legislação específica sobre o tema, tendo em vista a existência atualmente de lacunas que dificultam o entendimento e aplicação do instituto. Deste modo, questões como legitimidade para elaboração, prazo de validade e demais formalidades, além da delimitação precisa das situações médicas que possibilitam a sua elaboração, precisam ser devidamente regulamentadas.

1.995/2012. <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014).

242 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: 29 jan. 2015.

243 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Exposição de motivos da resolução nº 1.995/2012*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 11 nov. de 2014.

Ainda sobre a resolução, vale destacar que assim que foi publicada, sua constitucionalidade foi questionada pelo Ministério Público Federal de Goiânia, através da Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500, sob o fundamento de violação, por parte do Conselho Federal de Medicina, dos “lindes da disciplina ética da medicina, notadamente por transcenderem a relação médico-paciente. O tema subjacente à aludida regulamentação possui repercussões familiares, sociais e nos direitos de personalidade, que escapam ao poder de normatização do réu”. Além disso, afirmava o Ministério Público que o CFM, ao editar a resolução 1.995, havia incidido também em ilegalidade, pois havia extrapolado os poderes conferidos pela Lei nº 3.268/57.²⁴⁴

Diante dessas conclusões, o Ministério Público de Goiânia pleiteou liminarmente a declaração incidental da inconstitucionalidade da Resolução 1.995 do CFM, com a suspensão de sua aplicação em todo território nacional, bem como fosse proibido ao Conselho Federal de Medicina expedir ato normativo que extrapole os limites de seu poder regulamentar.

O pedido liminar²⁴⁵ foi denegado pelo juiz da 1ª Vara Federal de Goiás, que afirmou, em análise inicial, que não há inconstitucionalidade a ser declarada, não tendo ocorrido excesso por parte do Conselho Federal de Medicina ao editar a aludida resolução. A sentença de mérito foi publicada em 02/04/2014²⁴⁶, reconhecendo a constitucionalidade da resolução.

Essa decisão, em que pese não fazer a distinção entre as espécies de diretivas antecipadas de vontade, reconhece o poder de autodeterminação dos indivíduos, se manifestando expressamente sobre a possibilidade de recusa de tratamentos médicos e a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia do paciente. Trata-se, portanto, de um avanço nas discussões relativas às diretivas antecipadas de vontade.

²⁴⁴BRASIL. Ministério Público Federal. Ação civil pública c/c requerimento de tutela antecipada. Disponível em: <<http://www.prgo.mpf.mp.br/images/stories/ascom/ACP-CFM-ortotanasia.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. de 2014.

²⁴⁵BRASIL. Ministério Público Federal. Ação civil pública c/c requerimento de tutela antecipada. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/decisao%20liminar.pdf>. Acesso em: 11 nov. de 2014.

²⁴⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Ação civil pública c/c requerimento de tutela antecipada. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2014

De todo modo, como bem reconheceu a sentença, não se pode olvidar que a resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina possui, de fato, lacunas que precisam ser preenchidas por futura lei. É necessário entender, de forma clara, o significado das diretivas antecipadas de vontade – incluindo o testamento vital – para que se possa delimitar as formalidades necessárias, bem como as situações fáticas que permitem a recusa de tratamentos.

Apenas a título ilustrativo, convém registrar que, em recente pesquisa realizada, se observou um aumento considerável na procura por testamentos vitais no Brasil: em 2009 foram feitos 26 documentos; em 2014 esse número subiu para 542, segundo o Colégio Notarial do Brasil. A maior crescente ocorreu a partir do ano de 2012, após a publicação da Resolução 1.995/2012²⁴⁷. Esses números demonstram a crescente preocupação dos brasileiros com os procedimentos médicos que serão realizados em caso de incapacidade para manifestação de vontade e, ao mesmo tempo, a necessidade de discutir e informar a sociedade sobre esse tema.

Não restam dúvidas, que o testamento vital elaborado dentro de parâmetros médicos, éticos e jurídicos bem delineados, representa uma clara manifestação do princípio da autonomia e da dignidade humana. Necessário se faz, no entanto, identificar as hipóteses em que esta manifestação de vontade é eficaz, definindo os seus limites.

4.5.3 O Enunciado 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Na data de 15 de maio de 2014 foi realizada no estado de São Paulo a I Jornada de Direito da Saúde, que visava aprovar enunciados para auxiliar as decisões da Justiça nessa área. Participaram dessa jornada magistrados, integrantes do Ministério Público, de Procuradorias e da Advocacia, além de gestores, acadêmicos e profissionais da área da saúde.

A conselheira Deborah Ciocci, supervisora do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), afirmou que a finalidade de criação dos enunciados é de que eles sirvam de apoio aos magistrados na tomada de

²⁴⁷ CAMBRICOLI, Fabiana. *Jornal O Estado de São Paulo*. São Paulo, 24 jan. 2015.

decisões em processos que envolvam esses temas. Foram aprovados, ao todo, 45 enunciados, sendo que destes, destaca-se o de nº 37, que expressamente trata das diretivas antecipadas de vontade.²⁴⁸

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.²⁴⁹

Com uma leitura do enunciado acima, de imediato percebe-se que alguns temas relacionados às diretivas antecipadas de vontade ainda são extremamente lacunosos, necessitando de regulamentação. O enunciado, por exemplo, diante da ausência de delimitação na resolução da forma como as diretivas podem ser apresentadas, necessitou estabelecê-la – ainda que forma não taxativa.

Assim, para poder nortear aquele que pretende elaborar uma diretiva antecipada de vontade, o enunciado previu que essa manifestação deverá ser feita, preferencialmente, por escrito, através de instrumento particular, com duas testemunhas, ou através de instrumento público ou outra forma inequívoca de manifestação de vontade admitida em direito.

Note-se, por fim, que o enunciado não limita a previsão das diretivas antecipadas de vontade às situações de terminalidade de vida, afirmando que elas serão observadas quando o paciente se encontrar incapacitado de expressar-se autonomamente. Esse ponto será objeto de discussão em tópico próprio.

4.6 DIREITO A VIDA: BEM INDISPONÍVEL OU IRRENUNCIÁVEL?

Consoante é cediço, a Constituição Federal ocupa o topo do ordenamento jurídico, regendo todas as demais normas infraconstitucionais. O Direito a Vida

²⁴⁸ Conselho Nacional de Justiça. Jornada de Direito e Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28564-jornada-aprova-45-enunciados-para-auxiliar-em-decisoes-da-justica-na-area-da-saude>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

²⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciado nº 45. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SA%C3%A9ADE.pdf Acesso em: 20 jan. 2015.

é previsto no art. 5º da Carta Magna, possuindo status de direito fundamental, tendo, conseqüentemente as características de imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade.²⁵⁰

Manoel Jorge Silva Neto afirma que “o direito à vida é referido como pressuposto para o reconhecimento ao ser humano de outros direitos, razão mais do que suficiente para o sistema constitucional brasileiro elevá-lo à condição de direito inviolável.” Já Gilmar Mendes afirma:

O Direito a Vida cola-se ao ser humano, desde que este surge até o momento de sua morte. Trata-se de um direito que resulta da compreensão generalizada, que inspira os ordenamentos jurídicos atuais, de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar, pelo respeito à sua existência mesma.²⁵¹

A vida é, sem dúvidas, o bem mais importante para a sociedade, merecendo proteção de todo o ordenamento jurídico. Por esta razão, o direito a vida possuiria como uma de suas características, a indisponibilidade. Sendo indisponível, não seria possibilitado ao indivíduo dela abdicar. Desta afirmação é possível depreender que, por se tratar de direito absoluto, é dever do Estado protegê-la, mesmo que contra a vontade de seu titular.

Contudo, Celso Ribeiro Bastos refuta o caráter indisponível do direito à vida, sob dois argumentos principais. Em linhas iniciais, o autor traz a baila a distinção entre indisponibilidade e inviolabilidade, afirmando que a Carta Magna de 1988 estabelece a “inviolabilidade” do direito à vida e não a sua “indisponibilidade”. Nesta linha, inviolabilidade seria proteção contra ato de terceiros; indisponibilidade seria impossibilidade de dispor. Sendo assim, se a própria Constituição Federal assevera apenas a “inviolabilidade” do direito a vida, ao indivíduo seria facultado dela dispor. Já o segundo fundamento refere-se à inexistência, no Direito Penal, de sanção ao indivíduo que comete uma

²⁵⁰Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 jan. 2015.

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257.

tentativa de suicídio. Se não há sanção para aquele que tenta tirar sua própria vida é porque o titular do direito pode dele dispor irrestritamente²⁵².

Assim, diante da ausência de previsão constitucional específica pela indisponibilidade do direito a vida, é possível concluir que o entendimento doutrinário que lhe confere essa característica é resultado da característica da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais em geral.

Os fundamentos de Celso Ribeiro Bastos para refutar a indisponibilidade do direito a vida são também utilizados por outros autores, como se pode perceber do entendimento de Laura Scaldaferrri:

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 objeto²⁵³

Nessa mesma linha de raciocínio, poder-se-ia dizer que o direito a vida, assim como os outros direitos fundamentais, não é absoluto. Havendo colisão entre direitos, todos se tornam passíveis de restrição²⁵⁴. O que não pode

²⁵² 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 jan. 2015).

²⁵³ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

²⁵⁴ Sobre o tema é importante ressaltar a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 300-301).

ocorrer, quando se trata de direito fundamental, é a sua renúncia²⁵⁵, alienação ou transferência²⁵⁶⁻²⁵⁷.

Entendimento diverso transformaria o direito a vida em um dever, que se sobressai e lesa uma série de princípios constitucionais, como a dignidade e a liberdade.

Deste modo, diante da inexistência de direitos absolutos e de uma previsão constitucional quanto à indisponibilidade do direito a vida, é possível concluir que a vida, em verdade, é um bem disponível.

4.7 O ÂMBITO DE EFICÁCIA DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL: EXTENSÃO A SITUAÇÕES DIVERSAS DO ESTÁGIO DE TERMINALIDADE.

No Brasil, o testamento vital não possui regulamentação legislativa, estando previsto apenas no âmbito deontológico, na Resolução 1.995 do CFM. Essa resolução tentou regulamentar as diretivas antecipadas de vontade (gênero do qual o testamento vital é espécie), mas, além de não ter força de lei, deixou muitas lacunas devido a seu conteúdo genérico.

Neste ponto, não se pode olvidar que, quando se trata do direito à vida, dúvidas e lacunas não devem existir. Eventuais contradições, omissões e previsões equivocadas podem ser irremediáveis. É necessário, portanto, que o testamento vital seja regulamentado de forma clara, afim de que seus objetivos

²⁵⁵ 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 Estavam 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”.

²⁵⁶ “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).

²⁵⁷ 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)

sejam alcançados e, conseqüentemente, seja assegurada a autonomia do indivíduo portador de enfermidade terminal ou incurável.

[...] Por tal razão, é preciso que o legislador e o aplicador do direito tomem consciência do grande papel a ser exercido numa avaliação segura das normas gerais e individuais que devem emitir e dos efeitos delas emergentes. Não se pode, portanto, admitir omissões, nem precipitações em torno de questões sobre a vida e a morte. A norma jurídica não pode desprezar a dignidade da pessoa humana”.²⁵⁸

O avanço tecnológico na área médica, conforme já mencionado, acarretou um aumento na expectativa de vida das pessoas, com o prolongamento do tempo de vida saudável e, também, com o desenvolvimento de aparato terapêutico capaz de curar as mais diversas enfermidades. Contudo, em muitas situações, os recursos tecnológicos disponíveis são ineficazes e a cura já não é mais possível. A utilização de todo o aparato tecnológico à disposição da medicina, nesta situação, apenas tem o condão de prolongar a vida do paciente e, conseqüentemente, o seu sofrimento também.

Sendo assim, pode-se dizer que a chamada revolução biotecnológica afetou não só a geração da vida, mas também sua terminalidade, uma vez que os novos recursos por ela proporcionados (o que inclui desde a reanimação cardiorrespiratória, ao transplante de órgãos e uso de máquinas para substituir funções vitais) possibilitaram novos estados de sobrevivência, diante dos quais tem sido legítimo questionar a eficácia ou não de sua manutenção.

Partindo desta problemática, é que há algum tempo nota-se uma preocupação, tanto por parte de profissionais da área de saúde, dos operadores do direito, quanto dos cidadãos comuns, com a questão da morte. Não se trata aqui do medo de morrer em si, mas de como morrer.

Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se se estiver atento a dignidade humana. [...] Para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de ‘vida com dignidade’²⁵⁹.

²⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Estado Atual do Biodireito*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 429.

²⁵⁹Ibidem, p. 41.

O testamento vital, deste modo, surge como uma forma de tentar assegurar a realização, em caso de incapacidade, somente de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desejados pelo paciente. É verdadeiro instrumento de manifestação de vontade, capaz de evitar a realização de procedimentos desnecessários, ineficazes e incapazes de impedir a sua morte, através da especificação a quais tratamentos médicos gostaria ou não se submeter. Não se trata de viver por viver, mas, sim, de viver enquanto se pode viver dignamente²⁶⁰.

Contudo, algumas delimitações são necessárias: a autonomia do paciente em escolher os procedimentos diagnósticos e terapêuticos que poderá receber é absoluta? Neste ponto, em que pese a Resolução 1.995 do CFM não ter previsto qualquer restrição em relação às situações médicas que tornam eficaz a declaração previamente prestada sobre a realização de cuidados ou tratamentos, é necessário analisá-las em correspondência com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesta mesma linha, Luciana Dadalto afirma:

[...] é importante que o conteúdo deste documento seja lícito no ordenamento jurídico brasileiro e permitido pelas normativas médicas, afinal, de nada adianta ao sujeito manifestar sua vontade em uma declaração prévia se, no momento oportuno para esta ser utilizada, seja necessário descartá-la em virtude da não observância aos preceitos éticos, médicos e jurídicos²⁶¹.

O que se pondera, deste modo, é que o testamento vital não tem o condão, no Brasil, de legitimar a eutanásia. De tal modo, a declaração prévia de vontade que prever a recusa de tratamentos que resultarão na antecipação da morte do paciente é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio. Isto porque, conforme discutido oportunamente, a realização da eutanásia é punida criminalmente como homicídio privilegiado, somente sendo permitido, no Brasil,

²⁶⁰ “É imperioso verificar que o paciente terminal deve ser cuidado de modo digno, recebendo tratamentos ordinários para amenizar o sofrimento e assegurar-lhe qualidade de vida, pois o ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma a aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa”. (DADALTO, Luciana. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*. *Revista Bioética*, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/515/516>. Acesso em: 03 jan. 2015).

²⁶¹ DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. DADALTO, Luciana (Coord.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 201, p. 374.

a recusa de procedimentos considerados extraordinários, que não trarão benefícios ao paciente.

Assim, em linhas iniciais, pode-se afirmar que se deve analisar se o tratamento médico realizado é eficaz e proporcional ou se apenas aumentará os dias de sofrimento do paciente. Isto porque “o prolongamento artificial do processo de morte é alienante, retira a subjetividade da pessoa e atenta contra sua dignidade enquanto sujeito de direito”.²⁶²

No Brasil, muitos doutrinadores²⁶³ relacionam a eficácia do testamento vital ao diagnóstico de doença terminal. Esta relação pode acarretar a errônea sensação de que esta – terminalidade - é a única situação fática que torna o testamento vital elaborado eficaz. Não há dúvidas que a situação de terminalidade de vida é legitimadora de apreciação de uma declaração prévia de vontade sobre a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos, não sendo, contudo, o único parâmetro para definição da eficácia das declarações prestadas.

Isto porque, em algumas doenças, mesmo ainda não classificadas como terminais, a utilização de determinados tratamentos pode ser considerado desproporcional, ou seja, não influenciarão positivamente na cura do paciente ou, ao menos, na sua qualidade de vida. Em outras palavras, o paciente se encontra sem possibilidades terapêuticas e insistência na realização de determinados tratamentos podem acarretar mais dor e sofrimento do que propriamente benefícios.

Sobre esse tema, vale registrar os ensinamentos de *Beauchamp e Childress*:

Algumas vezes encontramos nos códigos médicos uma suposição errônea sobre a lei e a ética segundo a qual os tratamentos de suporte de vida só podem ser suspensos se o paciente estiver em estado terminal. Mesmo se o paciente não

²⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. *Jus Navigandi*, 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>>. Acesso em 22 jan. 2015.

²⁶³ “Os ‘testamentos de vida’ (*testaments de vie, living wills*) são as declarações de vontade feitas por uma pessoa, formulando recomendações para serem cumpridas quanto à assistência clínica que lhe será prestada na fase terminal da vida”. (RAPOSO, Mário. Testamentos de vida. In. ARCHER, Luís. et al. *Novos Desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001. p. 258). No mesmo sentido,

estiver em estado terminal, o tratamento de suporte de vida não é obrigatório caso as desvantagens excedam os benefícios para o paciente.²⁶⁴

Percebe-se, desta forma, que é a proporcionalidade ou não do tratamento para determinada situação que regerá a possibilidade de sua recusa. Se o tratamento é considerado extraordinário (fútil, desproporcional), ele pode ser renunciado. Em que pese à realização oportuna de sua conceituação, vale lembrar que são considerados meios extraordinários²⁶⁵ aqueles que não conseguem atender objetivos fisiológicos e não colaboram para melhoria da qualidade de vida do paciente.

Nesta esteira, a eficácia do testamento vital não estaria adstrita às situações de terminalidade, podendo ocorrer em outras situações – como as relativas às doenças crônicas incuráveis²⁶⁶, por exemplo. Assim, o testamento vital elaborado terá eficácia desde que o tratamento renunciado seja desproporcional para aquela circunstância.

Veja-se que, nestas situações, a depender do estágio clínico em que se encontre a doença, a realização de alguns tratamentos pode trazer mais dor e sofrimento do que benefícios. Assim, apenas a título exemplificativo, para uma paciente com Esclerose Amiotrófica Lateral (ELA)²⁶⁷ em estágio avançado, mas não necessariamente terminal, a realização de uma traqueostomia pode ser muito mais prejudicial do que benéfica, tratando-se, neste caso, de um tratamento desproporcional, que poderia ser recusado através do testamento vital.

Neste diapasão, importante trazer à baila as ponderações de Laura Scaldaferrri Pessoa:

²⁶⁴ BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de Ética Médica*. Op. cit., p. 238.

²⁶⁵ REIS, Teresa C.; SILVA, Carlos Henrique. A futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 399.

²⁶⁶ Segundo a OMS, doença crônica “é aquela que tem uma ou mais das seguintes características: são permanentes, produzem incapacidade/deficiências residuais, são causadas por alterações patológicas irreversíveis, exigem uma formação especial do doente para reabilitação, ou podem exigir longos períodos de supervisão, observação ou cuidados”. (DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 42).

²⁶⁷A Esclerose Lateral Amiotrófica – (ELA) é considerada uma doença degenerativa do sistema nervoso, que acarreta paralisia motora progressiva, irreversível, de maneira limitante, sendo uma das mais temidas doenças conhecidas. Disponível em: <<http://www.abrela.org.br/>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

Afinal, o efeito produzido pela tecnologia não fornece nenhuma esperança de recuperação do quadro clínico patológico de base. Seu efeito é provavelmente um prolongamento da patologia, prolongamento da vida biológica mínima, prolongamento do processo de morrer. Nenhum desses efeitos qualifica-se como metas médicas ou objetivos morais defensáveis. Nenhum desses efeitos pode produzir a cura, fornecer alívio da dor ou melhorar a qualidade de vida do paciente. Uma intervenção que não pode fazer nenhuma das coisas acima, não é uma intervenção médica defensável e não pode ser justificada, nem médica nem moralmente.²⁶⁸

Em outras palavras, defende-se que o testamento vital possa ser utilizado para as situações irreversíveis e que não encontrem tratamento proporcional a ser utilizado. Se os recursos médicos e tecnológicos a disposição da medicina não trarão benefícios para o paciente, sua utilização apenas prolongará o processo de morrer e, conseqüentemente, sua dor.

Na mesma linha de raciocínio, o paciente que se encontra em estado vegetativo persistente não está em fase terminal. Contudo, a realização de alguns tratamentos médicos pode ser muito mais dolorosa do que favorável. Sobre essas situações, a exposição de motivos da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina ponderou:

Ocorre que nossas UTIs passaram a receber, também, enfermos portadores de doenças crônico-degenerativas incuráveis, com intercorrências clínicas as mais diversas e que são contemplados com os mesmos cuidados oferecidos aos agudamente enfermos. Se para os últimos, com freqüência, pode-se alcançar plena recuperação, para os crônicos pouco se oferece além de um sobreviver precário e, às vezes, não mais que vegetativo.²⁶⁹

Note-se que não se está afirmando nesta oportunidade que o testamento vital elaborado por um portador de uma doença crônica irreversível será eficaz se prever a recusa de todo e qualquer tipo de tratamento médico. O que se pondera – em respeito à autonomia do paciente e a sua dignidade – é que não sejam realizados tratamentos inúteis, que não tenham o condão de melhorar a qualidade de vida do paciente. Nesta mesma linha de raciocínio, o simples diagnóstico de uma doença crônica irreversível não legitima a suspensão de tratamentos médicos de forma imediata. O fator decisório para essa

²⁶⁸PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o Final e Honrar a Vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.119.

²⁶⁹ CFM. Exposição de Motivos. *Resolução 1805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.pdf>.

legitimação é a proporcionalidade da medida, avaliando-se os males e agruras dela decorrentes, em comparação com os benefícios que irá proporcionar.

Desta forma, em regra somente a análise da situação casuística poderá classificar um tratamento como proporcional ou desproporcional e, por via de consequência, legitimar a sua recusa. Isto é o que se pode perceber do 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 subjacente²⁷⁰.

Por esta razão, em que pese existirem tratamentos usualmente considerados desproporcionais, não é possível enumerar, de forma taxativa, as situações em que a recusa do tratamento será legítima ou, de forma contrária, irá de encontro ao ordenamento jurídico brasileiro. Caberá ao médico responsável pelo tratamento do paciente analisar se, para aquela situação, o seu resultado será útil ou apenas trará mais sofrimento para o enfermo.

Obviamente, assim como se verifica na avaliação de qualquer outro paciente, é o médico quem vai dizer se determinado tratamento é proporcional e útil ou desproporcionado e inútil, caso em que deve ser abandonado, por constituir prática distanásica. O jurista pode e deve apenas fixar critérios acerca das espécies de tratamentos e cuidados a serem dispensados aos pacientes em situações extremas, estabelecendo regras, ainda, acerca da possibilidade ou não de aplicação da eutanásia e da distanásia, e no dever de praticar a ortotanásia.²⁷¹

Com esta observação, vale ponderar, não se pretende transferir para o médico o poder de escolha entre a realização ou não de determinados tratamentos. Essa decisão continuará a cargo do paciente, que deverá elencar em seu testamento vital a quais tratamentos não gostaria de ser submetido em caso de incapacidade decorrente de doença grave e irreversível ou de estado vegetativo persistente. O médico apenas avaliará a proporcionalidade ou desproporcionalidade do tratamento elencado como não desejado, para

²⁷⁰ CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão. *Relatório sobre o estado vegetativo persistente*. Disponível em: <http://www.cneecv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2015.

²⁷¹VIEIRA, Mônica Silveira. Op. cit., p.289.

verificar a sua real possibilidade de recusa face ao ordenamento jurídico brasileiro.

O que se busca, desta forma, é delimitar de forma mais precisa as situações que possibilitam a recusa da realização de um tratamento médico. Se não é possível afirmar, por exemplo, que sempre para a doença X o tratamento Y será desproporcional, que se demarquem, ao menos, as circunstâncias concretas que deverão ser analisadas para que se possa permitir essa recusa. Em outras palavras deverão ser analisadas: a doença ou o estágio clínico em que o paciente se encontra e a proporcionalidade da medida naquela oportunidade.

Noutra quadra, há de se observar que o entendimento aqui esposado se coaduna com a previsão da Resolução CFM 1.995/2012, que, em nenhum momento, restringe a aplicação das diretivas antecipadas de vontade – consequentemente o testamento vital – às situações de terminalidade de vida.²⁷² Há de se observar que o já citado artigo 1º da Resolução define as diretivas antecipadas de vontade, direcionando sua análise ao momento em que o paciente estiver incapacitado de expressar, de forma livre e consciente, a sua vontade sobre a realização ou não de determinados tratamentos.

Assim, em que pese doutrinariamente as DAV serem frequentemente relacionados à terminalidade de vida, não há, na resolução qualquer ressalva neste sentido. Isso significa que o tema principal da análise do testamento vital não reside na determinação da terminalidade da doença, devendo-se analisar apenas a viabilidade manifestação de vontade registrada com o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste ponto, cumpre registrar o posicionamento adotado por Diogo Luna Moreira e Maria de Fátima Freira Sá, que conceituam as DAV como “manifestação escrita, feita por pessoa capaz que, de maneira livre e consciente, determina suas opções, seus desejos e preferências” e,

²⁷²Neste ponto, vale transcrever o citado dispositivo mais uma vez: Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

posteriormente, defendem sua aplicação às situações clínicas em que o paciente está impedido de se comunicar²⁷³.

Além disso, é importante destacar que a abstenção de realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos considerados desproporcionais não significa que o paciente será abandonado até que ocorra a sua morte. Nessas situações, como bem destacou Cláudia Burlá, serão oferecidos os cuidados paliativos ao paciente:

O conceito de Cuidados Paliativos evoluiu ao longo do tempo, com relevância à pessoa doente, às suas necessidades especiais e às de sua família, não mais ao órgão comprometido, à idade ou ao tipo de doença. Cuidados Paliativos já foram vistos como aplicáveis exclusivamente no momento da morte iminente. Hoje, os Cuidados Paliativos são oferecidos no estágio inicial do curso de uma doença progressiva, avançada e incurável.²⁷⁴

Além do quanto exposto, impende destacar que a extensão das hipóteses de recusa de tratamentos médicos às situações diversas do estágio de terminalidade de vida não contrariam o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista não se aventar, conforme já mencionado, a realização da eutanásia, mas, tão somente da ortotanásia, com a realização dos cuidados paliativos e abstenção da realização de tratamentos desproporcionais para aquela situação.

Corroborando esse entendimento, o Projeto do novo Código Penal nº 236/2012 prevê expressamente que a ortotanásia não constitui crime, afirmando que é lícita a abstenção de tratamentos extraordinários para paciente em estado terminal ou com doença grave irreversível, apenas ressalvando a necessidade de consentimento do paciente ou, diante de sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

Art. 121 [...]

§6º No âmbito dos cuidados paliativos aplicados a **pessoa em estado terminal ou com doença grave irreversível**, não há crime quando o agente deixar de fazer uso de meios extraordinários, desde que haja consentimento da pessoa ou,

²⁷³ 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.

²⁷⁴ BURLÁ, Cláudia. Cuidados Paliativos: ciência e proteção ao fim da vida. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2014, vol.30, n.6 [cited 2015-01-29], p. 1139-1141. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n6/pt_0102-311X-csp-30-6-1139.pdf>. Acesso em 29 jan. 2015.

em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão (grifo nosso).

§7º A situação de morte iminente e inevitável ou de doença irreversível, no caso do parágrafo anterior, deve ser previamente atestada por dois médicos.²⁷⁵

Note-se, neste diapasão, que a redação do aludido parágrafo faz alusão “a pessoa em estado terminal **OU** com doença grave irreversível”, confirmando que a realização da ortotanásia não está restrita aos pacientes terminais. Deste modo, por via de consequência, as declarações previamente prestadas pelo paciente devem ser observadas ainda que o mesmo não se encontre em estado terminal, mas seja portador de uma doença grave irreversível em estágio avançado (grifo nosso).

A proposta de alteração do Código Penal²⁷⁶, ao menos em relação a este ponto especificamente, se coaduna com a realidade atual da sociedade. Isto porque, conforme já assinalado, quando o Código Penal vigente foi publicado – no ano de 1940 – não existia o aparato tecnológico a disposição da medicina que existe atualmente e, conseqüentemente, não havia tantas possibilidades de manutenção artificial da vida, com a possibilidade ampla de realização da distanásia. O Código Penal, portanto, não se preocupou com essa temática.

Contudo, uma alteração legislativa que (possivelmente) ocorrerá depois de 75 anos, não pode manter as mesmas previsões do passado, principalmente porque a realidade que se apresenta hoje é muito diferente. É necessário adequar as novas previsões à realidade vigente. Neste ponto, de forma coerente, o parágrafo §6º do art. 121 do Projeto de Código Penal assinalou que, havendo consentimento do paciente ou de seu representante legal, tratamentos extraordinários não devem ser realizados quando atestado o estado terminal **ou** a doença grave irreversível (grifo nosso).

Além disso, pode-se dizer que considerar o âmbito de eficácia do testamento vital apenas para situações de terminalidade de vida significa restringir – e muito – as possibilidades de sua aplicação no plano concreto. O próprio conceito de terminalidade realiza essa restrição, na medida em que se

²⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. *PL 236/2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

²⁷⁶A análise do aludido projeto foi restrita ao citado § 6º do art. 121, mais especificamente à utilização dos termos “terminalidade” e “doença grave irreversível”.

considera em estágio de terminal, dentre outras características, a doença que levará o paciente a óbito num prazo de 3 a 6 meses.²⁷⁷

Por conseguinte, um paciente portador de doença grave e irreversível que apresentasse uma previsão de vida curta, contudo maior do que 6 meses, ou um paciente diagnosticado em estado vegetativo persistente, não poderiam ter a sua manifestação de vontade respeitada porque não eram considerados pacientes terminais. Isso seria no mínimo uma incoerência. Não é o estágio de terminalidade de vida que deve embasar o respeito à prévia manifestação de vontade do paciente, mas, sim, a análise de que o paciente está em fim de vida e a análise da proporcionalidade do tratamento médico para aquela situação considerada irreversível. Deste modo, tanto a doença em fase terminal, quanto às doenças crônicas irreversíveis e o estado vegetativo persistente devem possibilitar a recusa de tratamentos médicos considerados desproporcionais.

Diante dos argumentos apresentados, nota-se que o testamento vital, enquanto instrumento de manifestação de vontade do paciente sobre a realização ou não de determinados tratamentos deve ser respeitado nas situações de incapacidade superveniente, desde que o paciente se encontre em estado de terminalidade, seja portador de doença grave irreversível em estágio avançado ou se encontre em estado vegetativo persistente.

Ressalva-se, contudo, que em determinadas situações, somente a análise da situação concreta permitirá a verificação se o procedimento diagnóstico ou terapêutico objeto de recusa é proporcional ou desproporcional, aferindo, assim, a eficácia da rejeição realizada no testamento vital elaborado. Sendo considerado o tratamento desproporcional, este não deverá ser realizado, respeitando-se, assim, a autonomia do paciente e a sua dignidade humana.

²⁷⁷VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Op. cit., p. 37.

5. CONCLUSÕES

O conceito de autonomia é polissêmico, sofrendo interferências de diversas áreas do conhecimento, entre elas a Bioética. No contexto bioético, a autonomia corresponde à capacidade de autodeterminação da pessoa/paciente, ou seja, relaciona-se à possibilidade de livre decisão. Contudo, não é possível conferir valor irrestrito e absoluto a vontade do indivíduo, que deve se conformar com o ordenamento jurídico.

Ainda no âmbito da bioética, a autonomia tem expressão significativa quando se analisa a relação médico-paciente. Percebe-se, com o passar do tempo, a substituição da tradicional medicina de caráter paternalista por uma visão que destaca a vontade do paciente. O médico deixa de ser o único responsável pela tomada de decisões e passa a conferir, ao paciente, uma postura ativa. Abre-se espaço para o consentimento informado do paciente, que adquire posição de destaque nessa relação.

Apesar do destaque conferido a autonomia, algumas práticas de abreviamento da vida realizadas com auxílio ou intervenção de terceiros - auxílio ao suicídio e a eutanásia - são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, havendo norma expressa tipificando as condutas (arts. 122 e 121, §1º, respectivamente). O sofrimento da vítima, nesses casos, não tem o condão de justificar e excluir a ilicitude da conduta, podendo ocorrer, em relação a prática da eutanásia, apenas a redução da pena.

A eutanásia é caracterizada pela antecipação da morte do paciente que sofre. Aquele que pratica a eutanásia é movido pelo viés da compaixão e da piedade. Do lado oposto ao da eutanásia, encontramos a distanásia – também denominada obstinação terapêutica –, que se caracteriza pela manutenção da vida a qualquer custo. A realização da distanásia configura verdadeiro desrespeito à dignidade da pessoa humana na medida em que impõe a realização de tratamentos desproporcionais, que não beneficiarão o paciente e apenas prolongarão sua dor e o seu sofrimento.

Em contraposição a eutanásia e a distanásia, destaca-se a ortotanásia, que significa a morte no seu tempo, sem a realização de procedimentos que

tenham a finalidade de antecipá-la. A noção de ortotanásia perpassa pelo conceito de cuidados paliativos, que compreendem medidas de assistência àqueles cuja cura não é mais possível.

No contexto da conceituação da ortotanásia é importante destacar o conceito de doença terminal. As doenças terminais são aquelas consideradas graves, caracterizadas pela irreversibilidade do quadro que se apresenta. Diante dessa conjuntura de incurabilidade da doença, é facultado ao paciente solicitar a realização apenas dos tratamentos ordinários ou proporcionais, com a abstenção na realização de procedimentos que apenas tenham a finalidade de prolongar a vida em termos quantitativos.

Foi nesta linha de respeito à autonomia do paciente, que o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805/2006, o Conselho de Ética Médica e a Resolução nº 1.995/2012.

A Resolução nº 1.805/2006 foi a primeira a resguardar o direito do paciente de recusar a realização de procedimentos desproporcionais diante do quadro apresentado por sua doença. Esta norma deontológica tentava evitar a realização da distanásia, ao tempo que regulamentou a prática da ortotanásia. Registrava-se expressamente que, naquelas situações, era lícita a recusa à realização de procedimento prognóstico ou terapêutico.

Já a Resolução nº 1.995/2012 foi ainda mais inovadora, pois previu o direito à manifestação prévia de vontade do indivíduo, cuja eficácia seria analisada em situações de futura incapacidade de comunicação. Assim, foi através da Resolução nº 1.995/2012 que o Conselho Federal de Medicina disciplinou as diretivas antecipadas de vontade, que, dentre outras situações, pode ser instrumentalizada pela elaboração de um testamento vital.

O texto normativo da Resolução nº 1.995/2012 é abrangente em relação ao conteúdo das diretivas antecipadas de vontade, necessitando ser harmonizado com o ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, se não é possível falar em direitos absolutos na Constituição Federal de 1988, tanto a liberdade – enquanto expressão da autonomia - quanto o próprio direito à vida são passíveis de limitação. Sendo assim, deve haver o sopesamento entre a vontade manifestada por meio das diretivas antecipadas e o direito à vida.

Não são compatíveis com o ordenamento positivado a manifestação prévia de vontade tendente à antecipação da morte. Isso não significa que a recusa à realização de determinados procedimentos médicos só poderá ocorrer quando o quadro da doença for considerado terminal. Existem situações clínicas que, apesar de não se encaixarem no conceito de terminalidade de vida, possibilitam ao paciente a recusa de tratamentos médicos.

O ponto crucial para a eficácia do testamento vital elaborado é a análise da proporcionalidade ou desproporcionalidade do tratamento a ser realizado. Se o paciente é portador de uma doença crônica em estágio avançado ou se encontra diagnosticado em estado vegetativo persistente, a realização de tratamentos que não lhe gerem benefícios pode ser objeto de recusa. O que não é admissível é a abstenção na realização de tratamentos que, pelo estágio em que a doença se encontra, teriam a capacidade de beneficiar o paciente.

A extensão do âmbito de eficácia do testamento vital no Brasil às situações diversas do estágio de terminalidade - doença crônica em estágio avançado e estado vegetativo persistente - não encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro. Tal situação não seria ensejadora da prática da eutanásia, mas, apenas, da ortotanásia, com abstenção na realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos considerados desproporcionais para aquela situação concreta.

REFERÊNCIAS

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: 29 jan. 2015

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

ANDORNO, Roberto. Los principios de la bioética. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Dadalto, Luciana. Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

ARIÈS, Philippe. *A história da morte no ocidente*. São Paulo: Saraiva, 2012

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. *O direito de morrer*. Disponível em: www.rolim.com.br/2002/_pdfs/leitor.pdf. Acesso em: 28 jan. 2015

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: 28 jan. de 2015.

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: 28 jan. 2015.

_____. *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: 31 jan. 2015

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 jan. 2015.

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

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: 25 jan. 2015.

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 jan. 2015

_____. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 17 de jan. de 2015.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 jan. 2015.

_____. Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em 16 jan. de 2015.

_____. 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 jan. 2015

_____. 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.prdf.mpf.gov.br/arquivos_noticias/arquivos-antigos-noticias/ACP_Ortotanasia.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. 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: 10 nov. 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: 10 nov. 2014.

_____. *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: 28 dez. 2014

BUSHATSKY, Magaly et al. Cuidados Paliativos em pacientes fora de possibilidade terapêutica. Centro Universitário São Camilo, 2012. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/98/04.pdf>. Acesso em 12 fev. 2015.

BURLÁ, Cláudia. Cuidados Paliativos: ciência e proteção ao fim da vida. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2014, vol.30, n.6 [cited 2015-01-29], pp. 1139-1141 . Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n6/pt_0102-311X-csp-30-6-1139.pdf. Acesso em 29. jan. 2015

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 25 fev. 2015

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: 01 fev. 2015

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

CASADO, Maria. Consecuencias de la detección de la enfermedad de Alzheimer: decisiones sociales y previsiones individuales. In: CASADO, Maria. *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*. Tirant Lo Blanch

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.

Código Criminal do Imperio do Brazil, Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 15 jan. 2015.

Código Penal de 1969, Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de Outubro de 1969. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto->

lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 16 jan. 2015

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: 01 fev. 2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.805/2006*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 10 nov. 2014

_____. *Resolução nº 1.995/2012*. http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10 nov. 2014.

DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. DADALTO, Luciana (coord.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal*. Revista Bioética, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/515/516. Acesso em 03 jan. 2015

_____. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/2012. In: Revista Bioética. 2013. 21(1): 106-12.

DALL'AGNOL, Darley. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004

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 jan. 2015.

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 jan. de 2015.

DEJEANNE, Solange. Os fundamentos da bioética e a teoria principialista. THAUMAZEIN: Revista on-line de Filosofia, ano IV, n. 7, jul. 2011

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.

DINIZ, Maria Helena. *Estado Atual do Biodireito*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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: 10 nov. 2014.

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 nov. 2014.

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: 05 jan. 2015.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Loyola, 2005.

FORTES, Paulo. Avanços tecnológicos significam melhoria da saúde? *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei (coord.). *A Bioética no século XXI*: Brasília: Editora UNB, 2000

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 jan. 2015.

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 fev. 2015

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

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9.ed. USA: Thomson Reuters, 2009.

GARRAFA, Volnei. Bioética e ciência: até onde avançar sem agredir. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

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 25 fev. 2015.

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: 26 nov. 2014

GUIMARÃES, Marcello Ovídio 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.

HOSSNE, William Saad; PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética aos 40 anos: reflexões a partir de um tempo de incertezas. Revista Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2010

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013

KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e da Não-maleficência *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

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.

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

LEPARGNEUR, Hubert. Bioética: novo conceito. São Paulo: Loyola, 1996

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: 16 fev. 2015.

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: 16 fev. 2015

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 fev. 2015.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

MASSON, Nathalia. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013

MATSUMOTO, Dalva Yukie. Cuidados Paliativos: conceito, fundamentos e princípios. Manual de Cuidados Paliativos. Academia Nacional de Cuidados Paliativos. Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009

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.

MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Autonomia e frustração da tutela penal. 2014. 148f. Tese (titularidade). Universidade Federal da Bahia, Salvador

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

_____. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

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

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.

NEVES, M. PATRÃO. A bioética de ontem, hoje e amanhã: interpretação de um percurso. In: ARCHER, Luís. Et al. *Novos Desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento*. São Paulo: Saraiva, 1995.

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&pq=4910,299074&dq=karen-ann-quinlan&hl=en>. Acesso em: 22 jan. 2015

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.uffl.org/vol10/pellegrino10.pdf. Acesso em: 24 jan. 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010

PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. In: PESSINI, Léo. BARCHIFONTAINE, Cristian de P. de. Problemas atuais de Bioética. *Revista Bioética*, n. 2, vol. 13, 11. Ed, São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014.

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

_____. Questões Éticas-chave no debate hodierno sobre a distanásia. In *Bioética: Poder e Injustiça*. Org: Volnei Garrafa e Leo Pessini.

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

PIÑEIRO, Valter Esteves. O princípio bioético da autonomia e sua repercussão e limites jurídicos. In *Cadernos Adenauer*. N. 1, Ano III, Bioética. Rio de Janeiro, 2002

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

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

ROCHA, Andréia Ribeiro da, et al. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal: reflexão bioética. *Revista Bioética*, volume 21, número 1 - 2013

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.

ROCHA, Andréia Ribeiro et. al. Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética. In: *Revista Bioética*, Vol. 21, n. 1, 2013.

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.

SÁ, Maria de Fátima Freire de e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Del Rey

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

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: 10 nov. 2014.

SENADO FEDERAL. *PLS nº 524/2009*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323. Acesso em: 10 nov. 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: 10 nov. 2014.

SILVA, Franklin Leopoldo e. Da ética filosófica à ética em saúde. *In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

UNESCO. *Declaração Universal sobre Biotécica*. Paris: Unesco, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180E.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2015.

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 jan. 2015

_____. *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: 08 jan. 2015.

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 20 jan. 2015

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Essential Medicines in Palliative Cure*. Disponível em: http://www.who.int/selection_medicines/committees/expert/19/applications/PalliativeCare_8_A_R.pdf. Acesso em: 20 jan. 2015.