



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
MAYARA JUCENILDE CADORIM

**DIREITO À MORTE DIGNA: TESTAMENTO VITAL E OS PRINCÍPIOS DA
DIGNIDADE DA PESSOA E AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA**

Palhoça
2015

MAYARA JUCENILDE CADORIM

**DIREITO À MORTE DIGNA: TESTAMENTO VITAL E OS PRINCÍPIOS DA
DIGNIDADE DA PESSOA E AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a. Giglione Edite Zanela, Esp.

Palhoça

2015

MAYARA JUCENILDE CADORIM

**DIREITO À MORTE DIGNA: TESTAMENTO VITAL E OS PRINCÍPIOS DA
DIGNIDADE DA PESSOA E AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi
julgado adequado à obtenção do título de
bacharel em Direito e aprovado em sua
forma final pelo Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 29 de junho de 2015



Prof. e orientador GIGLIONE EDITE ZANELA, ESP.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. LUCIANA FAÍSCA NAHAS, DRA.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. JAVIER RODRIGO MAIDANA, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

DIREITO À MORTE DIGNA: TESTAMENTO VITAL E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA E AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA.

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 10 de junho de 2015.

MAYARA JUCENILDE CADORIM

Aos meus queridos pais, pelo apoio incondicional nessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte inesgotável de força e ânimo para a realização desse trabalho.

Agradeço aos meus pais, Francisco e Jucenilde, pelo apoio, conselhos, dedicação e incentivos durante essa caminhada. Sem vocês eu nada seria.

Agradeço ao meu pequenino sobrinho Augusto Cadorim, com toda sua doçura e inocência infantil me fez sorrir nos momentos mais difíceis.

Agradeço à minha querida orientadora Giglione Edite Zanela, exemplo de profissional, pela dedicada e paciente orientação.

Ao meu namorado Lucas Andres, por todo carinho, compreensão e paciência. Obrigada meu amor por ter me amparado nos meus momentos de angústia.

Agradeço, também, a todos os professores que tive a oportunidade de conhecer durante toda graduação.

Por fim, agradeço a todos meus amigos, alguns mais distantes, outros tão próximos. Obrigada Eliciane, Alyeska, Paulo, Túlio e Vinicius por me aguentarem nesse período, vocês são demais.

A todos vocês o meu sincero agradecimento.

“A vida é uma criança. Brinca pela manhã, trabalha ao meio-dia, ama pela tarde.
Mas chega logo o crepúsculo, a hora do cansaço [...]
Que o último momento seja belo como um pôr-do-sol, longe do frio elétrico-metálico das máquinas [...]”

Rubem Alves

RESUMO

Trata-se de pesquisa monográfica realizada acerca do direito de morrer. A morte sempre foi tabu na sociedade. A busca da cura sempre foi o desejo da medicina em todos os casos de doença, porém, chega-se a um estágio que nem a mais avançada medicina consegue reverter. O debate acerca do testamento vital é recente e pouco a sociedade, de um modo geral, conhece a essência desse instituto, qual seja: garantir a autonomia privada do paciente quando este vier a ser acometido por doença grave, incurável, e podendo, também, nomear pessoa capaz para exprimir sua vontade. Para tanto, como forma de verificar sua possibilidade, validade e eficácia perante o ordenamento jurídico pátrio, realiza-se este estudo. Inicialmente são apresentados os conceitos de bioética e biodireito, e os princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia privada da vontade e do direito de liberdade. Verifica-se que tais princípios são garantidores da inclusão, validade, e eficácia do testamento vital no Brasil, como forma de garantir o direito à morte digna. Portanto, pelo estudo realizado acerca da Resolução nº 1.995 de 2012, do consentimento livre e esclarecido, do conceito de vida e morte, e das diferenças existentes entre ortotanásia, eutanásia, distanásia e suicídio assistido, bem como da origem do testamento vital, vê-se que é possível sua lavratura no país, como meio de garantir ao paciente uma morte digna, por meio de seu consentimento livre e esclarecido, registrado no testamento vital.

Palavras-chave: Autonomia. Vontade. Dignidade. Morte. Vida. Testamento Vital.

ABSTRACT

It is monographic survey about the right to die. Death has always been taboo in society. The search for a cure has always been the desire of medicine in all cases of disease, however, it comes to a stage that even the most advanced medicine can not reverse. The debate about the living will is recent and little society, in general, know the essence of this institute, namely: to ensure private patient autonomy when it comes to be affected by severe, incurable disease, and it can also name person able to express their will. Therefore, in order to verify their possibility, validity and effectiveness before the Brazilian legal system, carried out this study. Initially are presented the concepts of bioethics and biolaw, and the principles of human dignity, personal autonomy of the will and the right to freedom. It turns out that these principles are guarantors of inclusion, validity and effectiveness of living wills in Brazil, in order to guarantee the right to a dignified death. Therefore, the study on the Resolution No. 1995 of 2012, the consent of the concept of life and death, and the differences between orthothanasia, euthanasia, futility and assisted suicide, as well as the origin of living will, VE- that it is possible their drafting in the country as a means of ensuring the patient a dignified death, through their free and informed consent, registered in the living will.

Keywords: Autonomy. Will. Dignity. Death. Life. Living Will.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BIOÉTICA E BIODIREITO	12
2.1 DO SURGIMENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO	12
2.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
2.3 DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE	19
2.3.1 Do princípio da liberdade	22
2.4 DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE	24
3 DO DIREITO À VIDA, DA MORTE E DA DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS TEÓRICOS	28
3.2 DA MORTE	31
3.3 DA DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS TEÓRICOS	35
3.3.1 Eutanásia	36
3.3.2 Distanásia	38
3.3.3 Ortotanásia	40
3.3.4 Suicídio assistido	43
4 DO TESTAMENTO VITAL	46
4.1 DO INSTITUTO DO TESTAMENTO	46
4.1.1 Origem e conceito das diretivas antecipadas de vontade	49
4.1.2 Do consentimento informado e do dever de esclarecimento	53
4.2 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	55
4.2.3 Forma, validade e eficácia	59
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	67
ANEXOS	76
ANEXO A - RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	77
ANEXO B - AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2007.34.00.014809-3, DA 14ª VARA FEDERAL/DF	81
ANEXO C – MODELO DE TESTAMENTO VITAL	95
ANEXO D – MODELO DE MANDATO DURADOURO	100

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais evoluído, com a tecnologia envolta à medicina, milhares de vidas conseguem ser salvas com transplantes, cirurgias e, muitas vezes, sem quaisquer sequelas; por outro lado há situações que nem a mais moderna medicina consegue tratar.

Daí chega-se aquelas situações em que o ser humano, no meio de uma situação totalmente alheia a sua vida cotidiana, descobre estar acometido por doença grave e incurável, passando a estar vivo somente com a ajuda de aparelhos, cirurgias e dolorosos tratamentos. Nesse estágio, já não se vive mais, sobrevive-se à dor.

Assim, surge a possibilidade da lavratura do testamento vital, com fulcro na dignidade da pessoa humana e autonomia privada, de modo a garantir ao ser humano a prática de tratamentos não invasivos, de acordo com sua vontade, garantindo, portanto, a realização da ortotanásia.

Nessa esteira, o presente trabalho busca aprofundar os estudos acerca dessa temática, buscando, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade, verificar se há possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico pátrio, bem como a validade e eficácia do Testamento Vital.

O testamento vital nada mais é que a expressão em vida, de modo lúcido e consciente, acerca da escolha dos métodos e tratamentos pelos quais se deseja submeter, se por ventura vier a ser acometido por doença grave ou acidente. Busca-se, com isso, a humanização da morte, a boa morte.

No Brasil a discussão caminha a passos curtos, com poucos debates. Porém, dada a sua importância e caráter humanístico, o Conselho Federal de Medicina, de modo a implantar o testamento vital no Brasil, lançou a Resolução nº 1.995 de 2012, com isso, demanda-se maior esclarecimento dos juristas, posto que a resolução por si só não esclarece as possibilidades desse instituto no país.

O debate acerca do testamento vital iniciou no âmbito da bioética. Os avanços da medicina possibilitaram aos médicos a realização de exames com tamanha riqueza de detalhes, que seus diagnósticos são cada vez mais precisos. No entanto, esses avanços afloraram um sentimento de derrota ao perder uma vida, fazendo com que a obstinação terapêutica surgisse.

Nesse sentido, para o realizar dessa análise, utilizaram-se os procedimentos metodológicos da pesquisa bibliográfica exploratória, com o estudo de doutrinas, legislações vigentes, artigos de periódicos especializados, em meio físico e eletrônico, resoluções, bem como da jurisprudência dos Tribunais. Quanto à abordagem do tema, deu-se através do método dedutivo, que é o método baseado em teorias e leis gerais para a análise de fenômenos particulares. Por fim, o método de procedimento utilizado foi o monográfico, que é o estudo de um único tema.

Dessa forma, a pesquisa iniciou-se com a análise do surgimento da bioética e do biodireito, passando também pelo estudo dos direitos fundamentais da dignidade, autonomia privada de vontade e liberdade humana; os conceitos de bioética e biodireito; o estudo dos conceitos de vida, morte e distinção de conceitos teóricos; e o direito de morrer dignamente, realizando, para tanto, o Testamento Vital.

Destaca-se que o presente estudo dividiu-se em cinco capítulos, sendo três de desenvolvimento, fazendo parte do estudo esta introdução.

O segundo capítulo é dividido no estudo da origem da bioética e do biodireito, bem como no estudo dos princípios da dignidade e autonomia da vontade humana, do direito de personalidade e do princípio da liberdade.

No terceiro capítulo, aborda-se acerca do conceito de morte, do direito à vida, e as principais distinções entre eutanásia, ortotanásia, distanásia e suicídio assistido.

No quarto capítulo são colacionados os principais apontamentos acerca do testamento vital: origem, terminologia adequada, sua possibilidade de inserção no ordenamento jurídico pátrio, sua forma, validade e eficácia, assim como a legislação correlata, como a Resolução nº 1.995 de 2012 e o estudo de consentimento livre e esclarecido.

O quinto e último capítulo reserva-se as considerações finais sobre o tema debatido.

2 BIOÉTICA E BIODIREITO

A dignidade da pessoa humana, como será abordado no presente capítulo monográfico, perpassa pela análise das prerrogativas da liberdade e da autonomia da vontade do homem.

Nesse contexto, ressalta-se que o presente capítulo destina-se ao estudo das noções gerais da bioética e do biodireito e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia privada da vontade.

2.1 DO SURGIMENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

O termo bioética é novo, e foi usado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971.¹

Cumprir destacar que “Potter usou o termo Bioética para se referir à importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida; quer dizer, a Bioética seria, para ele, a ciência que garantiria a sobrevivência no planeta.”²

A finalidade dessa disciplina, ensina Potter, era não só enriquecer as vidas individuais, mas prolongar a sobrevivência das espécies humanas em uma forma aceitável de sociedade.³

Assim, teria a bioética “em sua origem, um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.”⁴

No entanto, esse pensamento já não é utilizado atualmente. O conceito atual proposto por André Hellegers passou a considerar a bioética como a ética das

¹“Van Rensselaer Potter, nasceu no Estado da Dakota do Sul em 27 de agosto de 1911, morreu quando acabara de completar 90 anos. Seu avô, morreu de câncer aos 51anos, um ano antes de seu nascimento, do qual herdou o nome, vindo a se chamar, Van Rensselaer Potter II. Nos anos 1970-71, Potter cunha o neologismo “Bioethics” utilizando-o em dois escritos. Primeiramente num artigo intitulado “Bioethics, Science of survival, publicado em Persp. Biol. Med14:27-153, 1970 e no livro Bioethics bridge to the future (Bioética: ponte para o futuro, 1971)”. (PESSINI, 2013a) isso aqui?

² CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? **Revista Bioética**. v. 1, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/474/291>. Acesso em: 27 out. 2014.

³ ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética: abrangência e dinamismo. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (Org.). **Bioética: Alguns desafios**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 19.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

ciências da vida. A bioética é, portanto, a ciência que, em conjunto com a ética e as evoluções dos estudos da medicina, é capaz de aplicar na sociedade esses conhecimentos adquiridos.⁵

Na Visão de Pessini, a bioética possui duplo berço e duplo enfoque, sendo um tratando de problemas relacionados à macrobiótica sustentada por Potter, e outro dos problemas relacionados à microbioética ou a bioética clínica, sustentada por Hellegers.⁶

Para Diniz, a bioética seria um conjunto de reflexões filosóficas e morais:

A bioética seria, então, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares.

A bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre vida e a morte [...]⁷

No entendimento de Carlin, bioética é "a maneira de regulamentação das novas práticas biomédicas, atingindo três categorias de normas: deontológicas, jurídicas e éticas, que exigem comportamento ético nas relações da biologia com a medicina."⁸

Com isso, levou a bioética, "um novo domínio da reflexão que considera o ser humano em sua dignidade e as condições éticas para uma vida humana digna [...] dando valor fundamental à vida e à dignidade humana."⁹

A contundência dos avanços científicos e tecnológicos no campo da biomedicina, somada com a longa tradição da ética médica ajudou a fazer crer que a bioética era uma nova consideração da ética médica.¹⁰

⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

⁶ PESSINI, Leo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. Brasília: **Revista Bioética**, 2013. (v.21). Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/784/849>. Acesso em: 23 dez. 2014.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11-12.

⁸ CARLIN, Volnei Ivo, 1996 apud COELHO, Milton Schmitt. Eutanásia: uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2412>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

⁹ ESPINOSA, Jaime. Questões de bioética apud DINIZ, **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

¹⁰ ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética: abrangência e dinamismo. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (Org.). **Bioética: Alguns desafios**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 17.

Posto isso, “esse entrecruzamento da ética com as ciências da vida e com o progresso da biotecnologia provocou uma radical mudança na forma de agir dos profissionais da saúde [...] originando um novo ramo do saber [...] a bioética.”¹¹

Neste ínterim, seria a bioética, por fim, envolvida pela vida, saúde, ética e medicina, com o objetivo de proporcionar uma melhor qualidade de vida para toda humanidade.

É nessa constante busca por uma melhor qualidade de vida e com a constante evolução médico-hospitalar que surge uma nova disciplina, tão importante para o estudo que aqui se desenvolve: o biodireito.¹²

Nos dizeres de Baracho, o biodireito “formalístico e legalístico pretende garantir a autonomia da opção individual, confrontando-se com os aspectos da incompatibilidade com a vontade oposta.” E mais, “ciência e técnica só podem intervir sobre a vida, desde que não afetem à dignidade e ao direito.”¹³

Na visão de Diniz, é um estudo jurídico que “tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito.”¹⁴

Ainda, tem-se que o biodireito “se utiliza metodologicamente dos estudos da bioética e da biogenética e constrói um estatuto jurídico regulador das ações que afetem a vida ao privilegiar a ética na condição de vetor primordial da atuação científica.”¹⁵

Desta feita, “a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa [...] de determinar, com prudência objetiva, até onde as ‘as ciências da vida’ poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana.”¹⁶

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

¹² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

¹³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito – normas internacionais da bioética**, 2008. Disponível em: http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Alfredo_de_Oliveira_Baracho/Vidahumana.pdf.> Acesso em 24 mar. 2015.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7-8.

¹⁵ CRUZ, Edmir José Menezes. et al. **Instrumentalização da pessoa humana em face da biotecnologia**. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carolina_altoe_velasco.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

Caminhando na mesma diretriz, Reinaldo Pereira e Silva traz a visão de que o biodireito seria o conhecimento prático da vida humana, sob o prisma da liberdade, igualdade e fraternidade.¹⁷

Porquanto, o biodireito surge para colocar limites, ou ao menos tentar, nas inovações médicas que buscam salvar vidas a todo custo, revelando o biodireito.¹⁸

No entendimento de Coan, o biodireito está incorporado aos direitos da quarta geração, “envolvendo direitos e deveres decorrentes dos suportes fáticos e referenciais axiológicos observados e exigidos em face dos avanços técnico-científicos das disciplinas da vida e da saúde – é um novo ramo da Ciência Jurídica.”¹⁹

Assim, o biodireito é um dos ramos “do direito ou uma de suas disciplinas que tem a sua razão de ser enquanto integra ao direito novos pontos de vistas ou que se coloca como um desdobramento do direito no tempo em decorrência de sua evolução”. Dessa forma, é o biodireito que impulsiona o direito e não limita este aos atuais direitos do indivíduo, incentivando esse a sempre evoluir.²⁰

Diniz ensina que o biodireito e a bioética surgem para impor limites aos avanços tecnológicos que buscam trazer benefícios aos seres humanos e, em um dado momento, também podem ser perigosos e imprevisíveis, “e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade.”²¹

¹⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: Ltr, 2003. p. 222.

¹⁸ COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

¹⁹ COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 260-261.

²⁰ SÁ, Maria de Fátima de Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 18.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19.

Nesse diapasão, pode-se identificar o quão importante é o estudo da bioética e do biodireito, e de suas principais características: os avanços tecnológicos, a vida e dignidade humana.

2.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), logo em seu preâmbulo, que se encontra o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.²²

A Constituição de 1988 é a primeira da história a prever em seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, estando este direito inerente a todos, impossibilitando sua renúncia e inaliabilidade; tratando-o como fundamento basilar e objetivo para sociedade.²³

Sarlet ensina que esse princípio foi recentemente positivado, “ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzido. Apenas neste século [...] o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições.”²⁴

Para Barroso, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o grande alicerce da sociedade atual, sendo esse que indica o respeito ao próximo, visto que todos são iguais e devem ser tratados de forma digna. Além disso, o autor também expõe seu pensamento fundamentando-se em dois posicionamentos de Kant, de acordo com o império categórico, sendo eles: “[...] uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal [...]”; e 2. “[...] cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.” Assim, na visão moral da existência humana, o “ser é muito mais do que ter” posto que as pessoas possuem dignidade, e as coisas preços.²⁵

Segundo Borges:

²² ORGANIZAÇÃO DAS AÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 100-101. (Revista, aumentada e atualizada).

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97. (Revista, aumentada e atualizada).

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272.

Uma vez que a dignidade da pessoa humana torna-se, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante, não podendo mais ser considerado apenas um valor cujo caráter seria somente axiológico. Embora os valores emanem a todo momento do ordenamento jurídico, quando um desses valores é juridicizado e transformado em princípio, sua força vinculante é maior e sua carga axiológica passa a ter caráter obrigatório, constitui-se norma, tendo, portanto, caráter deontológico, e, por estar no ordenamento jurídico como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas.²⁶

Isso posto, vê-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está ligado ao ser, pensante e dotado de todos os seus direitos e deveres e sentimentos, diferenciando-se dos demais.²⁷

É nessa visão que Borges afirma que basta ter a qualidade de ser humano para reconhecer-se na qualidade de digno, adquirindo assim, juridicamente, a dignidade com o simples fato de ser humano, mesmo que ainda não tenha nascido.²⁸

Ainda, complementa Fagundes Júnior que o homem foi beneficiado pelo direito a ter uma vida digna, e por isso, não pode ser usado como mero objeto, instrumento para algo, sendo por isso dotado de dignidade.²⁹

Dessa forma, “o princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem.” Assim, se averigua que a dignidade pauta-se tanto ao princípio da liberdade quanto aos valores subjetivos do ser, como religião, ciclos de amizade e condições materiais.³⁰

Mas as diferenças existentes entre cada pessoa fazem com que o caráter subjetivo desse princípio floresça, visto que cada ser é único em seus valores e convicções. Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto.³¹

²⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15. (Revista).

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97. (Revista, aumentada e atualizada).

²⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

²⁹ FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 273.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 274.

³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

Nas palavras de Borges, “a dignidade não é um dado objetivo, mas um conceito que só pode ser apreendido a partir de uma pessoa concretamente considerada.” Posto isso, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser analisado diante ao caso concreto, as pessoas envolvidas, a situação ali vivida como um todo – objetiva e subjetivamente – e as consequências dessa relação.³²

Importante destacar, em uma concepção mais apurada, que a dignidade da pessoa humana é uma garantia das diferenças, seja de religião, de opção sexual, ou de vontades. Ou seja, o princípio fundamental que assegura aos seres sua autodeterminação, sua vontade.³³

Nesse mesmo sentido, Sarlet diz que a qualidade:

Intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³⁴

Não é demais considerar que “o desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo”. Denota “a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.”³⁵

Na mesma linha, Reinaldo Pereira e Silva:

O respeito que é devido à dignidade humana, como a mais consequente implicação do reencontro do direito como a ética, ampara-se então em dois desdobramentos da ideia de duração: 1) todos os integrantes da espécie humana devem ser igualmente respeitados; e 2) o respeito deve ser assegurado independentemente do grau de desenvolvimento individual das potencialidades humanas, isto é, desde a concepção, ainda que extra-uterina, até a fase adulta. Somente afastando-se das limitações mecanistas

³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19-20.

³³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 147.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67. (revista e atualizada).

³⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 274.

da tecnociência é possível afirmar que todo ser humano é pessoa e possui direitos que emana de sua própria natureza.³⁶

Portanto, dentre os princípios basilares do direito vigente, é seu núcleo essencial o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁷

Dessa forma, é o princípio da dignidade da pessoa humana o moderador do Estado. Ou seja, com base nesse princípio que o Estado deve conduzir suas atitudes, com o fim de garantir que cada pessoa seja tratada com respeito, igualdade, provendo condições para que possua uma vida com qualidade, condicionando-a com serviços essenciais a sua subsistência e manutenção, livrando-a de situações que lhe tirem essa condição.³⁸

Com efeito, apresentado os conceitos e entendimentos acima expostos, têm-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental para que se garanta a todos os cidadãos o que se chama de mínimo existencial³⁹, de modo que todos tenham condições de ter uma vida com qualidade, protegendo-a e respeitando-a.

2.3 DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Na sua concepção clássica, entende-se por personalidade “a capacidade de direito ou de gozo da pessoa de ser titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento”, tendo em vista serem estes direitos intrínsecos ao ser humano.⁴⁰

³⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: Ltr, 2003. p. 104.

³⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: Ltr, 2003. p. 104.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121-122

³⁹ A dignidade da pessoa humana como preceito ético e fundamento constitucional exige do Estado não só respeito e proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada. Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. Que esta seja respeitada, protegida e promovida é dever do estado. (WEBER, 2013)

⁴⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: 2004. p. 244.

Nos dizeres de Stoco, “são de direito natural, os quais antecedem à criação de um ordenamento jurídico, posto que nascem com a pessoa [...], considerando existirem pelo só fato da condição humana.”⁴¹

Stolze e Gagliano ensinam ser os direitos de personalidade “aqueles que têm por objetivo os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”⁴² Assim, assevera Silva que “personalidade, em sentido jurídico, têm sido repetidamente concebida como aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações no mundo jurídico.”⁴³

Nessa esteira, ensinam Junior e Oliveira:

Os direitos da personalidade são aqueles que surgem dos atributos da pessoa humana, sem os quais a mesma não pode existir. A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa humana. Os direitos de personalidade estão inseridos no rol dos direitos fundamentais. Mas, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos políticos são fundamentais e não se caracterizam como direitos de personalidade. Por sua vez, o direito natural se refere ao indivíduo sob o ponto de vista ontológico, ao passo que os direitos da personalidade consideram a pessoa. O direito natural é o afeto à individualidade própria de cada homem. Os direitos de personalidade são afetos a pessoas ou às funções e atividade exercidas pelo homem na vida social.⁴⁴

Desta feita, é importante destacar que “o respeito à pessoa afirmou-se no mundo na segunda metade do século XX [...] quando os valores próprios de cada pessoa ganharam força extraordinária e foram incorporados às mais diversas legislações.”⁴⁵

Para tanto, disse-se que a personalidade “é objeto do direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra [...]”.⁴⁶

⁴¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 1613.

⁴² GAGLIANO, Pablo S; FILHO, Rodolfo P. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184.

⁴³ SILVA, Edson Ferreira. **Direito à Intimidade**. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 07.

⁴⁴ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 28.

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 42. ed. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 134.

Cada pessoa possui, de um modo geral, direitos que são “a) absolutos; b) gerais; c) extrapatrimoniais; d) indisponíveis; e) imprescritíveis; f) impenhoráveis; g) vitalícios.”⁴⁷

Entende-se por absolutos porque os “direitos da personalidade se materializam na sua oponibilidade *erga omnes*, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los.”⁴⁸

Disse-se que são relevantes e necessários, pois “impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter *geral*, porque inerentes a toda pessoa humana.”⁴⁹

Ensinam ainda que o atributo da generalidade “significa que os direitos da personalidade são outorgados a todas as pessoas, simplesmente pelo fato de existirem.”⁵⁰

Como extrapatrimonial, entende-se “por serem insuscetíveis de aferição econômica, tanto que, se impossível for a reparação *in natura* ou a reposição do *status quo ante*, a indenização pela sua lesão será equivalente.”⁵¹

Segundo Gagliano e Pamplona, pela indisponibilidade, “significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular, o que faz com que os direitos de personalidade sejam alçados a um patamar diferenciado dentro dos direitos privados.”⁵²

Entendem ainda os autores que o direito de personalidade é imprescritível, “não o extinguem pelo decurso de tempo nem pelo não-uso ou pela demora em defendê-lo judicialmente, não sendo possível o estabelecimento de prazos para seu exercício.”⁵³

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.192.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7.ed.São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo S; FILHO, Rodolfo P, **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29.ed.São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 194.

⁵³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

Os mesmos também são impenhoráveis, posto que “os direitos morais de autor jamais poderão ser penhorados, não havendo, porém, qualquer impedimento legal na penhora do crédito dos direitos patrimoniais correspondentes.”⁵⁴

Ainda, são considerados vitalícios “porque duram por toda a existência da pessoa.”⁵⁵ Na mesma esteira, entende-se por inatos, pois já são adquiridos no momento concepção do ser, e o acompanham até a hora de sua partida. Importante destacar que alguns desses direitos, como intrínsecos a pessoa, permanecem protegidos, como por exemplo: honra, memória.⁵⁶

Diga-se, ainda, que segundo a constituição vigente, os principais direitos da personalidade são: “o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica, o direito à liberdade, o direito à verdade, o direito a honra”, bem como, “o direito à própria imagem, o direito de igualdade, o direito ao nome, o direito à intimidade e o direito autoral de personalidade.”⁵⁷

Desta feita, tem-se que os direitos de personalidade são intrínsecos ao ser humano, perpetuando até mesmo depois de seu fim.

Após breve conceituação das características dos direitos de personalidade, mostra-se necessário, para o estudo aqui realizado, abordar de forma mais aprofundada acerca do princípio da liberdade.

2.3.1 Do princípio da liberdade

Importa nesse tópico o princípio da liberdade, que está inserido nos direitos de personalidade, amparado no *caput* do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.⁵⁸

Diniz destaca que a ideia de liberdade ganhou força com “a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão.”⁵⁹ E, que somente após a

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 196.

⁵⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 34.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 158.

⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 30.

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 533.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 132-133.

segunda guerra mundial, os direitos de personalidade se concretizaram no mundo jurídico.⁶⁰

O direito à liberdade não se restringe à liberdade de crença, de ir e vir, como muitos pensam; mas também a liberdade de pensamento, de trabalho, de imprensa.⁶¹

As noções de igualdade e liberdade, no âmbito do constitucionalismo, são indissociáveis, ou seja, “liberdade garantida pela Constituição faz sentido enquanto liberdade para todos”. Desta feita, no Direito não se diz ser um cidadão com mais direitos que outros, pelo contrário, está intrínseco a pessoa, cada qual possui sua liberdade sem interferência na de outrem, afastando-se qualquer outra ideia.⁶²

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho: “é um verdadeiro monumento à liberdade, em todas as suas formas, seja na concepção mais individualizada até a consagração de liberdades coletivas.”⁶³

É importante destacar que o princípio da liberdade não é absoluto, visto que “também sofre limitações, que se dão em virtude do fato de que o homem vive em sociedade.”⁶⁴ Essa liberdade conquistada pelo indivíduo se limita nas ações que possam trazer danos a terceiros.⁶⁵

Sendo assim, cada situação trará suas próprias circunstâncias e determinado modo de agir, o que não se pode, no entanto, é perder a essência da palavra, a faculdade de agir e pensar de cada ser, trazendo para uma situação determinada como ela deseja e quer agir.⁶⁶

No tocante ao campo da bioética, o princípio da liberdade também encontra guarida, posto que sua reflexão denota um “compromisso com a verdadeira

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 133.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 209.

⁶² CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 154.

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 209.

⁶⁴ OLIVEIRA, Aluisio Santos de. O direito de morrer dignamente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21065/o-direito-de-morrer-dignamente/2>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

⁶⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

⁶⁶ LEONI, Bruno. **Liberdade e Lei**. Tradução de: Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 49. Disponível em: <http://www.mises.org.br/files/literature/Liberdade%20e%20a%20Lei.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2015.

democracia, alicerçada no binômio liberdade e responsabilidade, que é basicamente a ideia de existência de limites: a lei que ajuda a encontrar a identidade, o sentido e poderes.”⁶⁷

O princípio da liberdade também se encontra no Código de Ética Médica, onde em diversos dos seus dispositivos destaca a importância do médico e de sua equipe em respeitar a decisão tomada pelo seu paciente:

Capítulo I

Princípios Fundamentais

[...]

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, **o médico aceitará as escolhas de seus pacientes**, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.⁶⁸

Logo, vislumbra-se que o princípio da liberdade é tão importante quanto os demais princípios fundamentais e direitos de personalidade destacando-se sua limitação quanto ao viver em sociedade e respeitar as diferenças entre cada indivíduo.

Daí que se ressalta a importância do estudo da autonomia da vontade humana; o indivíduo decidindo sobre sua própria vida.

2.4 DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE

A autonomia privada é o direito inerente ao homem de definir seu comportamento nas situações por ele vividas.⁶⁹

Nas palavras de Marmelstein, corresponde a “uma proteção implícita à autonomia da vontade, aqui entendida como faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões” [...], baseando-se nos seus princípios e ideais.⁷⁰ Significa, para

⁶⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 317.

⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_1.asp>. Acesso em: 07 mar. 2015.

⁶⁹ SARNAMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 174.

⁷⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2008. p. 94.

tanto, o direito individual do indivíduo em satisfazer todas as suas ambições livremente, contanto que isso não infrinja direito alheio.⁷¹

Nessa mesma esteira, ensina Alarcón que “dignidade da pessoa humana se liga ao respeito à autonomia do ser, enquanto a valorização da opinião do sujeito, o fruto de sua capacidade de discernimento”, excetuando-se o momento que sua atitude é prejudicial a outrem.⁷²

Não cabe ao Estado, a Religião (livre), ou a Constituição determinar como cada pessoa deve agir, cada pessoa é livre e possui garantias jurídicas para tanto.⁷³ A autonomia privada não se limita aos negócios jurídicos, sendo, portanto, aberta a todas as áreas do direito, atrelando-se com o presente estudo, com os direitos de personalidade.⁷⁴

Importante esclarecer que a teoria da autonomia da vontade foi superada pela teoria da autonomia privada, mesmo que muitos autores ainda se utilizem da terminologia antiga, esclarece Borges:

Segundo a teoria da autonomia da vontade, a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido [...] Por outro lado, na noção de autonomia privada, o negócio jurídico não nasce da simples manifestação de vontade. A teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar consequências jurídicas [...] nasce da manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de vontade que este exige.⁷⁵

A autonomia privada é expressão do direito da dignidade da pessoa humana no ambiente dos direitos individuais, externando a liberdade e a igualdade entre as pessoas. É envolvida pela expressão de vontade das pessoas, sendo, desta forma, direito das mesmas em fazer suas escolhas sobre o que lhes faz bem, suas vontades e escolhas que as fazem felizes.⁷⁶

⁷¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2008. p. 94.

⁷² ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano**, São Paulo: Método, 2004. p. 161.

⁷³ SARNAMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 179.

⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51.

⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51 e 53.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da vida**. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

O direito da autonomia privada do ser está ligado à sua autodeterminação, a faculdade que se tem de poder externar suas vontades e pensamentos, assumindo o risco e responsabilidade por suas decisões; não dando ao outro o poder de interferir na sua escolha, posto que cada qual tem consciência do que é importante para si.⁷⁷

Cabe ressaltar, no entanto, que o Estado pode interferir nas decisões que não se limitam a um ser em específico, mas em diversos, o que torna a decisão difusa; daí que o Estado pode tomar para si a legitimidade. Por outro lado, nas decisões que envolvem religião, estado civil, onde morar, como viver, empregos e funções, cada ser é livre, desde que não viole o direito de outrem.⁷⁸ Por certo, tem-se que autonomia privada é o agir de modo natural, sem uma ação autoritária de outrem, de seus interesses sociais e privados.⁷⁹

Ponto importante, que cabe aqui ser esclarecido, é que essa autonomia privada, essa opinião íntima do ser, ao ser colocada no papel, não garante por si só que essa vontade – sua expressão de sua vontade ali apresentada – será atendida.⁸⁰

Nesse sentido, se mostra relevante expor a opinião de Moller:

O consentimento para participar de um determinado procedimento, ou qualquer outro tipo de decisão ou ação que o indivíduo tome, só pode ser considerado como fruto de uma reflexão e escolha autônoma quando ele age livremente, de maneira esclarecida e intencionalmente.⁸¹

content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2015.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2015.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2015.

⁷⁹ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 325.

⁸⁰ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade**. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 89.

⁸¹ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade**. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 89.

Nesse norte, Goldim, parafraseando Kant, diz que a autonomia não é incondicional, mas passa por um critério de universalidade:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei - independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.⁸²

Tais aspectos se concretizam com o respeito à opinião íntima do outro, respeitando de forma clara a autodeterminação do próprio indivíduo, externada por meio de escritos, dentro de sua liberdade, de seu livre arbítrio sem ferir os direitos de outrem.⁸³

Diante das informações aqui apresentadas, tem-se que o princípio da autonomia é de suma importância para garantir que qualquer indivíduo possa se manifestar com dignidade, expressando sua vontade, desde que em respeito à liberdade alheia. Passa-se, no capítulo seguinte, ao estudo dos aspectos inerentes à vida e à morte.

⁸² GOLDIM, José Roberto. **Princípio do Respeito à Pessoa ou da Autonomia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/autonomi.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

⁸³ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 93.

3 DO DIREITO À VIDA, DA MORTE E DA DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS TEÓRICOS

Um processo natural de cada pessoa de passagem na terra é a morte. Todos sabem que esse dia chegará, mas não sabem quando, como e nem onde. Fato é que esse processo é mistificado por boa parcela dos terrenos, que veem nesse tema um tabu diário.

É importante conhecer os conceitos teóricos sobre a temática do “fim da vida”, da definição de morte e também do direito à vida. Assim, mostra-se necessário a explicação de tais terminologias e os conceitos existentes sobre cada uma delas.

3.1. DO DIREITO À VIDA

O direito à vida está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no *caput* do artigo 5º, fazendo parte do arcabouço de direitos da personalidade.⁸⁴

Aliás, urge esclarecer que o direito à vida é condição para o surgimento dos demais direitos inerentes à pessoa humana. Sendo, portanto, o direito mais resguardado.⁸⁵

O vocábulo *vida*, segundo o dicionário significa o “conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade”, tratando-se de tudo que envolva os organismos vivos e existência de todos os seres.⁸⁶

É importante esclarecer que existe, ainda, grande discussão acerca do início da vida humana.⁸⁷ Nas palavras de Sarmento e Galdino, há “uma linha

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21. (Revista, aumentada e atualizada).

⁸⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

⁸⁶ VIDA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 2059.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 671.

divisória moralmente significativa entre óvulo fertilizado e pessoa humana, sendo uma das grandes questões do debate ético contemporâneo.”⁸⁸

Doutrinariamente, acerca da concepção humana, há diferentes opiniões, quais sejam: “(i) com a fecundação; (ii) com a nidação; (iii) quando o feto passa a ter capacidade de existir sem a mãe (entre a 24^a e a 26^a semanas da gestação); (iv) quando da formação do sistema nervoso central (SNC).”⁸⁹

Logo, o entendimento mais aceito é o de que há vida quando já há início das formações nervosas do feto, “o que ocorre por volta da segunda semana de gestação, próximo ao momento em que há a nidação.”⁹⁰

Nesse mesmo pensar, aduz Alexandre de Moraes:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou um zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo BotellaLluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.⁹¹

De outra banda, é o ensinamento de Maria Helena Diniz, que entende ser o direito à vida já concebido no momento da fecundação do óvulo, mesmo àqueles em que o processo seja por meio artificial, assim o direito à vida está fixado à pessoa “até seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência [...], pouco importando que seja idosa, nascituro, criança, adolescente.”⁹²

Por oportuno, é importante destacar a posição do Supremo Tribunal Federal acerca dessa temática, estabelecida no julgamento da ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, onde se discutia a possibilidade de

⁸⁸ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 671.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 676.

⁹⁰ ANDRADE, Ana Marisa Carvalho de. Considerações jurídicas acerca do início da vida humana.

Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3221, 26 abr. 2012. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/21637>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

⁹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30 e 31.

⁹² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22. (Revista, aumentada e atualizada).

aborto de fetos anencéfalos. O voto foi proferido pelo Ministro Celso de Mello, onde esclareceu:

[...] há diversos conceitos de vida, sobre seu início e fim, e que a Constituição não define quando ela se inicia. Entretanto, o Ministro lembrou que o critério deve ser mesmo o previsto na Lei 9.434/97 e na Resolução 1.752/97 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que consideram morto um ser humano quando cessa completamente sua atividade cerebral, ou seja, a morte encefálica. Por analogia, segundo ele, o feto anencéfalo não é um ser humano vivo, porque não tem cérebro e nunca vai desenvolver atividade cerebral.⁹³

Desta feita, tem-se que a vida humana é caracterizada pelo ser pensante, dotado de toda sua autonomia e deveres; um ser livre, racional, único, não se assemelhando a nenhum outro ser, posto que possui vontades próprias.⁹⁴

Por consequência, é no direito à vida que se abarca o direito de não ser morto “(direito de não ser privado da vida de maneira artificial; direito de continuar vivo), o direito a condições mínimas de sobrevivência e o direito a tratamento digno por parte do Estado.”⁹⁵

Sendo assim, “a concepção de um direito à vida [...] implica o reconhecimento estatal da legitimidade do combate individual e coletivo a todas as ameaças à sadia qualidade de vida.”⁹⁶

Logo, tem-se que vida é o existir que só será interrompido pela morte natural e fatal. Assim, “existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte.”⁹⁷

Desse modo, no direito à vida encontra-se o respeito pela existência humana, perpassando por sua existência até sua morte, tema a ser debatido no próximo tópico.

⁹³ DECISÃO do STF na ADPF 54: não existe crime de aborto de fetos anencéfalos. 13 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/04/decisao-do-stf-na-adpf-54-nao-existe.html>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

⁹⁴ BARBOSA, Emerson Silva. O conceito de homem, pessoa e ser humano sob as perspectivas da Antropologia Filosófica e do Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9837>. Acesso em: 10 abr. 2015.

⁹⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 195.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 198.

3.2 DA MORTE

O tema morte é tabu na sociedade, posto que ninguém a quer, nem ao menos falar nela. No entanto, sabe-se ser inevitável e natural, todos passarão por ela, cedo ou tarde; “vida e morte são duas faces dialéticas da existência humana.”⁹⁸

Posto isso, a história mostra que é constante e incessante a busca do homem pela imortalidade, não se conformando, assim, em sair desse mundo, desejando de todas as formas vencê-la.⁹⁹ Ainda, “o homem é um ser mortal, cuja principal característica é a consciência de sua finitude, que o diferencia dos animais.”¹⁰⁰

Cada época tem sua forma de encarar a morte, na Idade Média era esperada, posto que haviam muitas guerras e doenças se espalhavam rapidamente, “era então muito importante morrer rodeado das pessoas familiares, realizando as despedidas e firmando o testamento [...] O que se temia nesta época era morrer de forma repentina, isolado, sem que as pessoas percebessem.”¹⁰¹

No entanto, atualmente, a busca incansável pela cura, a obstinação dos médicos em não se verem vencidos, tornam o processo da morte doloroso, tanto para o paciente, quanto para seus familiares. Hoje, o que se deseja é uma morte, “morte rápida, preferencialmente em que se esteja dormindo, sem consciência, a morte que nem se percebe. A morte temida é a morte demorada, com intensa dor e sofrimento.”¹⁰²

A morte, segundo conceito médico, é a sequência de acontecimentos em cada parte e órgão do corpo humano.¹⁰³ Assim, não se pode dizer que a morte

⁹⁸ RESENDE, Cássio Rosa. **Vida e morte: aspectos éticos e jurídicos**. Disponível em: <http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=2052&AreaSelect=1>. Acesso em: 12 abr. 2015.

⁹⁹ KOVÁCS, Maria Júlia. A morte em vida. In: **Vida e Morte: laços da existência**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1996. p.11.

¹⁰⁰ KOVÁCS, Maria Júlia. A morte em vida. In: **Vida e Morte: laços da existência**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1996. p. 12.

¹⁰¹ KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade. **Revista Bioética**, Brasília, v.6, n.1, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326/394>. Acesso em: 26 maio 2015.

¹⁰² KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade. **Revista Bioética**, Brasília, v.6, n.1, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326/394>. Acesso em: 26 maio 2015.

¹⁰³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Um conceito ético de morte**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmppb/artigos/conc_etico_morte.htm>. Acesso em: 11 abr. 2015.

decorre de um único fator, mas sim de um conjunto de fatores que provocaram o fim da pessoa.¹⁰⁴

Na concepção de Almeida e Costa Junior, morte “é o estado do ser humano, quando já não pode sobreviver por suas próprias energias, cessados os recursos médicos por um tempo suficiente.”¹⁰⁵

Nos dizeres de Moraes, a morte não é algo instantâneo, mas uma sequência de acontecimentos, dizendo:

Tratando-se de processo evolutivo, pode-se distinguir a morte do morrer. Enquanto ela é o final da vida, este é a sua progressão no organismo. Tal período é conhecido como agonia e temido pelo sofrimento que geralmente o acompanha. A essência da morte está na ativação da catepsina, ocorrida pela ausência de oxigênio, ou seja, pela anóxia. A diminuição de oxigênio determina autólise, ou seja, sua autodigestão e, assim, a morte. Inicialmente, morre a célula, depois o tecido e, a seguir, o órgão; trata-se de um fenômeno em cascata. Estabelecido o processo, ele pode atingir os órgãos, dos quais depende a vida do indivíduo, os chamados órgãos vitais. Desta forma, desencadeia-se a parada da respiração, do coração, da circulação e do cérebro.¹⁰⁶

No entanto, no entendimento atual da medicina, fala-se em morte cerebral ou morte encefálica, ou seja, é a parada total das funções cerebrais. Para atestar a morte do paciente, o médico verifica “a falta de atividade elétrica no cérebro e a perda irreversível da consciência, sem a menor possibilidade de retorno à vida [...] Ocorrendo também a paralisação definitiva das funções respiratórias.”¹⁰⁷

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1.480/97, ensina que “que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial”, regulamentando:

¹⁰⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Um conceito ético de morte**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/conc_etico_morte.htm>. Acesso em: 11 abr. 2015.

¹⁰⁵ ALMEIDA JÚNIOR; COSTA JÚNIOR, 1977 apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Conceito médico-forense de morte**. 1997. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

¹⁰⁶ MORAES, Irany Novah, 1997 apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Conceito médico-forense de morte**. 1997. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

¹⁰⁷ ALMEIDA JÚNIOR; COSTA JÚNIOR, 1977 apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Conceito médico-forense de morte**. 1997. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

[...].

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas
- d) acima de 2 anos - 6 horas

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral [...].¹⁰⁸

É oportuno aqui dizer que há várias formas de se morrer, sendo algumas delas: a) morte rápida ou súbita; b) morte lenta ou agônica; c) morte natural e d) morte violenta.¹⁰⁹

A morte natural é a morte oportuna, aquela onde “implica que o tempo esperado de vida e o período realmente vivido sejam aproximadamente iguais; essencialmente, a pessoa morre quando tal deveria previsivelmente ocorrer [...]”¹¹⁰

Já a morte rápida ou súbita, possui dois fatores, são eles: os fatores pré-existent e fatores ocasionais. Assim, entende-se aquela em que o ser vivo encontra-se aparentemente saudável, sem qualquer diagnóstico médico de problemas de saúde, que acontece rapidamente, de modo imprevisto.¹¹¹

¹⁰⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.480/97**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

¹⁰⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Conceito médico-forense de morte**. 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

¹¹⁰ STARZEWSKI JUNIOR, Alberto Starzewski; ROLIM, Luiz Clemente; MORRONE, Luiz Carlos. O preparo do médico e a comunicação com familiares sobre a morte. **Rev. Assoc. Med. Bras.** São Paulo, v. 51, n. 1, p. 11-16, fev. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302005000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 abr. 2015.

¹¹¹ ROBLEDO, Kassia Serrano Kozerski. Tipos de morte – medicina forense. **Jus Navegandi**, out.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32911/tipos-de-morte>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

De modo diverso, acontece a morte lenta ou agônica, aquela já esperada, que estende o sofrimento do paciente, “significando a culminação de um estado mórbido, isto é, de uma doença ou da evolução de um traumatismo.”¹¹²

De outro modo dá-se a morte violenta, aquela que decorre de um homicídio, de um suicídio (morte voluntária) ou de acidentes. Santos afirma que, “as características das lesões nem sempre permitem distinção clara entre as diferentes naturezas jurídicas. São incontáveis as situações em que pode ocorrer morte accidental.”¹¹³

Por outro lado, mesmo diante dos conceitos acima expostos, é importante dizer que não se tem uma definição concreta de morte, posto que tem uma significação dinâmica, permitindo que os conceitos existentes possam ser “mudados, no tempo e no espaço, os critérios e indicadores de sua constatação e não propriamente o seu conceito.”¹¹⁴

É importante ressaltar que o posicionamento do STF acerca dessa temática, morte, é recente. Conforme dito alhures, o Supremo Tribunal Federal, ao tratar acerca da legalidade do aborto de anencéfalos, expôs seu pensamento sobre o fim da vida.¹¹⁵

Assim, ao proferir seu voto, a Ministra Cármen Lúcia utilizou-se de conceitos aceitos tanto no campo da medicina quanto no campo do biodireito e do direito:

Portanto, a morte encefálica, dentro dos parâmetros de diagnóstico estabelecidos pela Medicina, é critério claro, seguro e garantido de que o indivíduo não recuperará quaisquer capacidades físicas ou psíquicas. O critério da morte cerebral é o hoje usado para a definição de vida e morte tanto no Direito Civil como no Direito Penal e no Biodireito [...] Longo foi o caminho percorrido - de resto nunca inacabado - sobre este tema, na busca

¹¹² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Conceito médico-forense de morte**. 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

¹¹³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Conceito médico-forense de morte**. 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

¹¹⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Conceito médico-forense de morte**. 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54, Confederação Nacional dos trabalhadores na saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

de se responder às questões morais sobre os novos avanços da tecnologia médica relativos ao termo da vida.¹¹⁶

Nesse contexto, entende-se que a morte ocorre no momento em que as atividades cerebrais são abolidas, quando “as funções corticais (coma, ausência de movimentos espontâneos e sensibilidade) e daquelas dependentes do tronco cerebral (reflexos que envolvem pares cranianos, ausência de respiração espontânea).”¹¹⁷

Diante dos elementos expostos, tem-se a morte, no momento atual, como a paralisação total das funções cerebrais. Mesmo que ocorra das mais diferentes formas aqui apresentadas; constata-se a morte quando ocorrer a total parada do cérebro. Por oportuno, cabe também desvendar nesse trabalho os procedimentos médicos que colocam fim a dor dos pacientes já em estado terminal, ou daqueles que simplesmente desejam pôr fim a sua dor.

Assim, passa-se a análise dos conceitos teóricos de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

3.3 DA DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS TEÓRICOS

Desde os tempos remotos o homem tenta controlar, de todas as formas, sua passagem aqui na terra. Porém, até hoje não consegue desvendar e vencer a morte.

O presente trabalho trata da inserção das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, mas, por oportuno, destaca-se primeiramente a importância da diferenciação dos conceitos de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido; termos que cercam a temática da terminalidade da vida, se fazendo *mister* seu conhecimento.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54, Confederação Nacional dos trabalhadores na saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54, Confederação Nacional dos trabalhadores na saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

3.3.1 Eutanásia

A palavra eutanásia advém do idioma grego (*eu + thanatos*) que significa “boa morte” ou “morte sem dor”. Este termo foi indicado no século XVII, pelo filósofo Francis Bacon.¹¹⁸

Em sua origem, o termo eutanásia significava “[...] medidas eutanásicas não a morte, mas os cuidados paliativos do sofrimento, como acompanhamento psicológico do doente e outros meios de controle de dor.” Nesse sentido, eutanásia seria ao mesmo tempo a interrupção de cuidados paliativos, que prolongassem a aflição e angústia.¹¹⁹

Desta feita, “a intenção da eutanásia, em sua origem não era causar a morte, mesmo que fosse para fazer cessar os sofrimentos da pessoa doente. ” No entanto, com o evoluir da medicina e das novas tecnologias, o termo eutanásia teve uma nova interpretação. Desse modo, atualmente, eutanásia é o agir sobre a morte, antecipando-a, quando o paciente já está em estado de sofrimento e dor inevitável; ocorrendo a então chamada, “morte movida por piedade, pela compaixão em relação ao doente.”¹²⁰

O médico, por meio da ação ou omissão, emprega ou omite tratamento ao paciente, com o intuito de tirar-lhe a dor, já que o paciente encontra-se em estado de forte amargura, antecipando-lhe a morte, que já se sabe, fatal.¹²¹

Quando se fala em eutanásia deve-se pensar em dois elementos, quais sejam: intenção e o efeito dessa ação. Quando se tem o objetivo de alcançar eutanásia, fala-se em eutanásia ativa. Já eutanásia passiva é a omissão, a recusa da realização de determinado tratamento naquele momento.¹²²

¹¹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 66.

¹¹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 285.

¹²⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 285-286.

¹²¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 67.

¹²² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 67.

Portanto, eutanásia ativa significa atentar para a morte do paciente, sem dor, sem angústia; por outro lado, na eutanásia passiva tem-se a “suspensão do tratamento ou dos procedimentos que estão prolongando a vida de um doente terminal.” Há que se falar também na eutanásia de duplo efeito, onde a finitude da vida é alcançada com técnicas médicas que visam o consolo, o alívio daquele paciente em sofrimento.¹²³

Fala-se também em eutanásia involuntária, quando o “ato é realizado contra a vontade do enfermo; e a não voluntária é quando a vida é abreviada sem que se conheça a vontade do paciente.”¹²⁴

Gonzalo Miranda exhibe distinções acerca das vertentes da eutanásia, o que costumeiramente causa confusão conceitual:

Às vezes é apresentada como “**eutanásia passiva**” a simples recusa da chamada “fúria terapêutica”. E, então, são tiradas conclusões errôneas, por exemplo, quando se diz que x% dos médicos de uma região são favoráveis à eutanásia, quando na realidade se trata de uma resposta positiva à pergunta que solicitava aos médicos responderem se eram favoráveis ou não à recusa da “fúria terapêutica”.
Outras vezes, sobrepõe-se à distinção entre “**eutanásia ativa**” e “**eutanásia passiva**” a “**eutanásia direta**” e a “**eutanásia indireta**”. Esta última distinção clássica na teologia moral católica é aplicada a muitos diversos problemas (aborto direto ou indireto, esterilização direta e indireta etc.), faz referência à intenção do sujeito em ação: chama-se ação direta (“**eutanásia direta**”) aquela que pretende realizar diretamente aquela “coisa” (do latim “tendere in”, intenção em relação ao objeto da própria ação); no caso contrário, isto é quando aquela “coisa” não é intencional pela vontade do sujeito, mas apenas tolerada como efeito secundário de uma ação que deve cumprir, sem poder evitar aquele efeito colateral, fala-se de “ação indireta”.¹²⁵

Ainda, no entendimento do autor, a eutanásia é representada pelo não uso das técnicas médicas, pela interrupção de tratamentos que prolonguem a vida - como tratamentos paliativos, onde se visa apenas o prolongamento de uma vida sem qualidade. Desse modo, a eutanásia é a morte rápida, sem sofrimento do paciente.¹²⁶

Assim, somente se pode considerar eutanásia quando for propositada, quando o “sujeito deseja a morte diretamente” (eutanásia direta), seja por ação

¹²³ MORAIS, Inês Motta de. **Autonomia pessoal e morte**. Revista Bioética, 18, n. 2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. p. 289-309.

¹²⁴ MORAIS, Inês Motta de. **Autonomia pessoal e morte**. Revista Bioética, 18, n. 2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. p. 289-309.

¹²⁵ MIRANDA, Gonzalo. **Bioética e eutanásia**. Bauru: EDUSC, 1998. p. 37-38.

¹²⁶ MIRANDA, Gonzalo. **Bioética e eutanásia**. Bauru: EDUSC, 1998. p. 37.

(eutanásia ativa) ou por omissão (eutanásia passiva). Caso a morte decorra de “efeito secundário não desejado”, ou quando a recusa da chamada fúria terapêutica, não há que falar em eutanásia.¹²⁷

Posto isso, destaca-se que “só é eutanásia a morte provocada em doente com doença incurável, em estado terminal e que passa por fortes sofrimentos, movida por compaixão ou piedade em relação ao doente.”¹²⁸

Cumprе ressaltar que a eutanásia não é permitida no Brasil, é tipificada no ordenamento jurídico brasileiro como crime de homicídio privilegiado, ou também, como homicídio piedoso. Aqui a violência não é no sentido de prejudicar outrem, mas no de lhe abreviar a vida, mesmo que com o seu consentimento.¹²⁹

Estuda-se que podem requerer a prática da eutanásia “o próprio paciente, o cônjuge ou quem coabite com o paciente, os filhos, naturais ou adotivos maiores, os ascendentes e os médicos.” Ademais, antes de praticar o ato, o profissional deve estar certo de que não há outros métodos capazes de reverter a situação daquele enfermo.¹³⁰

Eutanásia, portanto, é a prática da boa morte, mesmo que sem o consentimento do paciente, com motivação humanística, de tirar-lhe a dor e sofrimento.

3.3.2 Distanásia

Por distanásia (*Dis*-mal + *thánatos*-morte) entende-se o prolongamento da vida a qualquer custo. É a prorrogação da dor do enfermo artificialmente, sem previsão de cura, mesmo diante dos avanços médicos. Nesse caso, não se vê o paciente como um ser humano, apenas um meio para que se obtenha algum avanço, “é a obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia.”¹³¹

¹²⁷ MIRANDA, Gonzalo. **Bioética e eutanásia**. Bauru: EDUSC, 1998. p. 38-39.

¹²⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 286.

¹²⁹ SOUZA, Thaís Ferreira de. Ensaio sobre a eutanásia, distanásia e ortotanásia: a morte como condição de vida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3976, 21 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28696>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

¹³⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética: Temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: **Consulex**, 2006. p. 35.

¹³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In:

Etimologicamente, é ampliação da angustia, do sofrimento demasiado do paciente, e de seu fim. É a conduta de se prolongar a vida do enfermo, de retardar a sua morte inevitável com um tratamento “fútil e inútil, que tem como consequência uma morte medicamente lenta e prolongada, acompanhada de sofrimento.”¹³²

Assim, enquanto a eutanásia se preocupa com a qualidade, a distanásia utiliza-se da vontade humana de manter-se vivo, a fim de estabelecer a quantidade de vida e acometer todos estudos e recursos para adiar essa vida ao máximo.¹³³

Nesse mesmo norte, ensina Diniz sobre distanásia:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (L'acharnement thérapeutique) ou futilidade médica (medical futility), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...]¹³⁴

Distanásia, portanto, nada mais é do que a obstinação da medicina em tratar aquele paciente incurável, na busca de um conforto, por não aceitar a sua morte. As recentes evoluções médicas trazem consigo o desejo, a birra médica em não aceitar que a vida de seu paciente chegou ao fim.¹³⁵

Ao praticar distanásia o médico recorre a diversos meios de cuidados, por vezes desproporcionais, que podem ou não trazer algum benefício ao doente. O enfermo é submetido a tratamentos fúteis, que não objetivam a cura da pessoa em si, mas apenas lhe prorrogar a vida a qualquer custo, sendo o ser humano ali, acometido por angustia e sofrimento.¹³⁶

No momento atual, a distanásia passou a ser um “modelo comercial-empresarial, no qual o procedimento terapêutico continua enquanto o paciente não

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 287.

¹³² PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2001. p. 163.

¹³³ MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/PartellIeutanasia.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 299.

¹³⁵ PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando investir sem agredir?** Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/394/357>. Acesso em: 01 abr. 2015.

¹³⁶ FEIO, Ana Goreti; OLIVEIRA, Clara Costa. Responsabilidade e tecnologia: a questão da distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 19, n. 3, dez. 2011. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/666>. Acesso em: 01 abr. 2015.

vier a falecer ou enquanto continuar a ter recursos (poder aquisitivo).” Complementa, ainda, ser um negócio unido ao capitalismo, ligando a distanásia ao lucro da empresa, movido pela vontade do paciente em continuar vivo, oculto pela possibilidade de se manter vivo aquele já sem esperança.¹³⁷

Ademais, “a ênfase cai na luta para garantir a máxima prolongação da vida, na quantidade de vida, e há pouca preocupação com a qualidade desta vida prolongada.” E complementa dizendo ser isso o contrário do procurado pela boa morte.¹³⁸

Dessa feita, tem-se a morte nesse contexto como o último inimigo a ser combatido, e não a cura da pessoa. É o retardamento da morte daquele que já não possui mais esperanças, e se alonga nesse mundo com dor e sofrimento.

3.3.3 Ortotanásia

A ortotanásia é a boa-morte, é o morrer corretamente; a contradição de toda aflição encontrada na eutanásia e na distanásia, tentando resgatar nos instantes finais da vida do ser humano o pouco de dignidade que lhe pode ser proporcionada.¹³⁹

Assim, ortotanásia é o prolongamento de um processo já iniciado – morte – sem a interferência de cuidados médicos, que interfiram em sua chegada; apenas deixando que se cumpra o ciclo natural da vida, sem intervenções que tragam dor ao paciente.¹⁴⁰

Nesse norte, Lima assinala que “seu advento evita prolongamentos irracionais e cruéis da existência do paciente, poupando-o e a sua família do desgaste que essa situação envolve.”¹⁴¹

¹³⁷ FEIO, Ana Goreti; OLIVEIRA, Clara Costa. Responsabilidade e tecnologia: a questão da distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 19, n. 3, dez. 2011. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/666>. Acesso em: 01 abr. 2015.

¹³⁸ PESSINI, Leocir. **Distanásia: Até quando prolongar a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2001. p. 182.

¹³⁹ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 7. ed. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005. p. 400.

¹⁴⁰ MARTINI, Miguel. Ortotanásia, sim; eutanásia, não! **Consulex**, Brasília, ano 14, n. 322. p. 33. 15 jul. 2010.

¹⁴¹ LIMA, Carlos Vital. Ortotanásia e cuidados paliativos: instrumentos de preservação da dignidade humana. **Revista do Médico Residente**, v. 12, n. 3 e 4, p. 134-136, 2010. Disponível em: <<http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/viewFile/96/102>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

Desse modo, a ortotanásia diferencia-se dos demais conceitos de eutanásia e distanásia, pois ao mesmo tempo em que não prolonga a dor do paciente com cuidados artificiais, tratamento fúteis, também não lhe ceifa a vida no estado doloroso em que se encontra. Há apenas o deixar acontecer do ciclo natural da vida.¹⁴²

Nesse norte, leciona Pessini:

Uma vez que a morte acontecerá para todos, e também para o próprio médico, a medicina deve criar 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.¹⁴³

Destaca-se que a ortotanásia consente ao acamado, “cuja doença ameaça gravemente sua vida ou que já entrou numa fase irreversível, e àqueles que o cercam, enfrentar a morte com certa tranquilidade”. E continua afirmando ser a morte apenas um estágio da vida, e não uma doença a qual deve se ter a cura.¹⁴⁴

Nessa esteira, vale destacar o pensamento de Martin:

A ortotanásia permite ao doente que já entrou na fase final de sua doença, e àqueles que o cercam, enfrentar seu destino com certa tranquilidade porque, nesta perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito este fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, entre manter a vida - quando isto for o procedimento correto - e permitir que a pessoa morra - quando sua hora chegou.¹⁴⁵

Complementa-se a esse pensamento o entendimento de que somente o médico tem o condão de limitar esses tratamentos e recursos, a fim de que o

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 384.

¹⁴³ PESSINI, Leo. **Distanásia: Até quando prolongar a vida**. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2001. p. 60.

¹⁴⁴ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 7. ed. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005. p. 401-402.

¹⁴⁵ MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIII/eutanasia.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

paciente possa morrer sem sofrimento; atendendo a vontade de seu paciente ou familiares.¹⁴⁶

Nessa esteira, tem-se que a ortotanásia pode ser acolhida, quando “aceita num sentido muitíssimo restrito, isto é, desde que não se cogite de antecipar o desfecho letal [...], adotando métodos de amparo ao moribundo menos agressivos.”¹⁴⁷

Com isso, não há que se falar que a ortotanásia fere o direito à vida, posto que não se trata do doente com desleixo, mas apenas por não haver tratamento médico que lhe traga algum benefício, deixa-se que chegue sua morte sem qualquer tipo de sofrimento; qualquer meio que fosse utilizado apenas lhe traria dor e sofrimento.¹⁴⁸

O Conselho Federal de Medicina, em novembro de 2006, lançou resolução de nº 1805/2006, onde autoriza a prática da ortotanásia pelos médicos, dizendo em seu artigo primeiro que ao médico é permitido “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.”¹⁴⁹

Após publicação, tal resolução foi objeto de Ação Civil Pública, na qual o Ministério Público Federal discutia sua validade e a infração à Constituição por parte da conduta médica em realizar tal procedimento. Em primeiro momento, em sede de liminar, foi aceita tese de infração à Constituição.¹⁵⁰

Essa discussão persistiu pouco mais de 3 anos, quando a liminar concedida ao MPF foi cassada.¹⁵¹ O juiz Roberto Luis Luchi Demo afirmou que essa

¹⁴⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 287-288.

¹⁴⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos ou jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26.

¹⁴⁸ MARTINS, Carlos. **Ordenamento jurídico brasileiro aceita ortotanásia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-17/carlos-martins-ortotanasia-aceita-nosso-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

¹⁴⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 04 abr. 2015.

¹⁵⁰ BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. **Processo nº 2007.34.00.014809-3**. Disponível em: <http://www.jfddf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2015.

¹⁵¹ Portal Médico. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 04 abr. 2015.

¹⁵¹ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA (Goiás). **Justiça valida a resolução do CFM sobre ortotanásia**. Disponível em:

resolução médica não afronta o ordenamento jurídico brasileiro, posto que dá possibilidade do médico, com cautela, suspender ou por limites a certos tratamentos médicos que apenas estão prolongando a vida de pacientes já em fase terminal.¹⁵²

Assim, entende-se que ortotanásia é um instituto médico diferente da eutanásia e distanásia, posto que preza pela morte natural, sem qualquer aparato médico que a prolongue de modo artificial, nem a antecipe.

3.3.4 Suicídio assistido

O suicídio, ou autoquiria, “é dar a morte a si próprio; assassinar a si mesmo; estar ciente de que produz a própria morte. Para muitos, esta é a única forma de se livrar de uma vida [...] sem perspectiva de melhora.”¹⁵³

O termo suicídio assistido caracteriza-se pela vontade própria do paciente em solicitar auxílio ou orientação para pôr fim a própria vida; ocorre quando o agente, sozinho não consegue realizar o ato que coloque fim a sua vida.¹⁵⁴

Desse modo, pode ser realizado de duas formas: pelo uso de altas doses de medicação ou pelo encorajamento da pessoa ao qual se auxilia. Assim, a pessoa que age dessas duas formas colabora com a intenção do agente, tornando-se condescendente com a morte do outro.¹⁵⁵ Cumpre ressaltar que esse auxílio e orientação podem ser praticados tanto por terceiro quanto por um médico.¹⁵⁶

Cabe registrar que o suicídio assistido é comumente confundido com o termo eutanásia, no entanto são institutos diferentes, posto que o primeiro não decorre inteiramente de um terceiro, sendo a procura feita pelo próprio indivíduo que busca uma orientação, um auxílio. Já no segundo a situação é diferente, a conduta

<http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21057:justica-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3>. Acesso em: 04 abr. 2015.

¹⁵² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA (Goiás). **Justiça valida a resolução do CFM sobre ortotanásia**. Disponível em:

<http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21057:justica-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3>. Acesso em: 04 abr. 2015.

¹⁵³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética: Temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: **Consulex**, 2006. p. 93.

¹⁵⁴ NAMBA, Edson Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175.

¹⁵⁵ GOLDIM, José Roberto. **Suicídio Assistido**. Disponível em:

<<http://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

¹⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 373.

para se chegar ao fim do sofrimento daquele paciente é praticada diretamente por um terceiro.¹⁵⁷

O ordenamento jurídico brasileiro não tem o suicídio como um crime, porém, o suicídio assistido é conduta típica no Código Penal brasileiro, conforme artigo 122 do Código Penal:

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio
 Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:
 Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
 Parágrafo único - A pena é duplicada:
 Aumento de pena
 I - se o crime é praticado por motivo egoístico;
 II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.¹⁵⁸

Por outro lado, há quem defenda que o suicídio assistido é conduta atípica, posto que há excludente no momento em que o próprio paciente consente com sua prática.¹⁵⁹ Para Ribeiro, nesse caso, “a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro.”¹⁶⁰

Ainda, ao tratar acerca dessa questão, Borges¹⁶¹ assevera que o suicídio assistido é conduta ilícita, visto que o agente comete a conduta com auxílio ou induz o agente a cometer tal conduta, responde sim por auxílio ao suicídio. Assim, “a solicitação não afasta a ilicitude da conduta.”¹⁶²

Cabe aqui ressaltar que o suicídio assistido não está ligado diretamente a uma doença, a um paciente terminal; esse instituto pode decorrer apenas de

¹⁵⁷ ROCHA, Renata. Eutanásia, suicídio assistido, distanásia, ortotanásia e testamento vital: aspectos éticos e jurídicos acerca da morte digna. **Jus Humanum – Revista Eletrônica De Ciências Jurídicas e Sociais Da Universidade Cruzeiro do Sul**, São Paulo, v. 1, n. 3, jan./jun., 2014. Disponível em:

<http://revistapos.cruzeirodosul.edu.br/index.php/jus_humanum/article/viewFile/891/707>. Acesso em: 13 abr. 2015.

¹⁵⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

¹⁵⁹ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Eutanásia**: Viver bem não é viver muito. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=209&p_ch=>> Acesso em: 13 abr. 2015.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Eutanásia**: Viver bem não é viver muito. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=209&p_ch=>> Acesso em: 13 abr. 2015.

¹⁶¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235-236.

¹⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235-236.

problemas psíquicos, físicos ou sociais da pessoa, que busca no suicídio alívio para os tormentos da mente.¹⁶³

Dessa maneira, ao praticar essa conduta, o agente procura pôr fim em seu sofrimento, buscando o auxílio de um médico ou parente.

Após a explanação acima acerca dos conceitos teóricos que embasam a temática da finitude da vida, no próximo capítulo faz-se o estudo da possibilidade de inserção no ordenamento jurídico brasileiro das diretivas antecipadas de vontade.

¹⁶³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 83.

4 DO TESTAMENTO VITAL

Após o estudo realizado nos capítulos anteriores acerca da origem da bioética e do biodireito, dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia privada da vontade, bem como do direito à vida e do conceito de morte, e da distinção dos conceitos teóricos acerca do término da vida, é chegado o momento de analisar o tema principal proposto para o presente trabalho de conclusão de curso, qual seja: o testamento vital.

Para tanto, apresentar-se-ão os contornos que envolvem essa temática, como sua origem, o consentimento informado e o dever de esclarecimento, o testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro e os fundamentos jurídicos e normativos correlatos.

4.1 DO INSTITUTO DO TESTAMENTO

É reconhecida no direito pátrio, como forma de se fazer realizar a vontade do agente, a possibilidade de testar sobre seus bens patrimoniais, total ou parcialmente, para depois de sua morte.¹⁶⁴ É a última vontade do testador, mesmo com grande intervalo entre sua manifestação e eficácia.¹⁶⁵

Outrossim, nos dizeres de Venosa, mesmo que o ato testamentário seja para depois da morte “pode o ato conter disposições sem cunho patrimonial, como o reconhecimento de filiação, a nomeação de um tutor ou curador, a atribuição de um título honorífico.”¹⁶⁶

Ademais, cumpre esclarecer que as características desse instituto são: ato personalíssimo, unilateral, solene, gratuito e essencialmente revogável.¹⁶⁷

É ato personalíssimo, posto que só é realizado com vontade do agente, não havendo possibilidade de mandatário ou influência em sua vontade.¹⁶⁸

¹⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 155.

¹⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7. p. 188.

¹⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7. p. 187.

¹⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 157.

¹⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7. p. 191.

Por ato unilateral, aquele que “aperfeiçoa-se com uma única manifestação de vontade, a do testador [...] e presta-se à produção de diversos efeitos por ele desejados e tutelados na ordem jurídica.”¹⁶⁹

É ato solene, visto que deve seguir os dizeres legais, atendendo os requisitos ali expostos, como forma de garantir a vontade do testador.¹⁷⁰

É gratuito, pois não visa nenhuma vantagem ao testador, mesmo “a imposição de encargo ao beneficiário não lhe retira tal característica.”¹⁷¹

Ainda, é essencialmente revogável, por ser ato essencial para o testamento, podendo o testador revogá-lo à sua maneira e sua vontade.¹⁷² Assim, “é irrenunciável, uma vez que a revogabilidade constitui princípio de ordem pública. Inválida, portanto, como dito, seria a cláusula contrária à sua revogabilidade essencial.”¹⁷³

As espécies de testamento existentes no ordenamento jurídico brasileiro estão descritas no Código Civil, elencadas nos artigos 1.862 e 1.886, onde se tratados testamentos ordinários, como o público, codicilos e particular; também os extraordinários, sendo estes o marítimo, aeronáutico e o militar.¹⁷⁴

De acordo com o artigo 1.887¹⁷⁵, não se admite no Brasil qualquer outra forma de testamento, bem como se “proíbe forma híbrida nas disposições testamentárias.”¹⁷⁶

Ademais, quanto à capacidade para praticar testamento, esta pode ser tanto ativa, quanto passiva. É ativa aquela que diz quem poderá realizar o testamento; a passiva aos que poderão obter por testamento.¹⁷⁷

Sobre essa temática, ensina Venosa:

¹⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 156.

¹⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7. p. 189.

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 157.

¹⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 157.

¹⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 157.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 maio 2015.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 maio 2015.

¹⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. p. 235.

¹⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 159.

Há uma capacidade especial para testar que não se confunde com a capacidade em geral para os atos da vida civil. Quando a lei regula diferentemente a aptidão para determinados atos, trata-se, na verdade, de legitimação para o ato, em terminologia destacada da teoria do processo.¹⁷⁸

Dessa forma, para que o agente possa testar o ato, há que se ter capacidade, compreendendo “os pressupostos de inteligência e vontade, isto é, o entendimento do que representa o ato, e a manifestação do que o agente quer.”¹⁷⁹

Por conseguinte, aduz o artigo 1.860 do Código Civil que “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento [...]. Podem testar os maiores de dezesseis anos.”¹⁸⁰

É importante destacar aqui que é incapaz aquele que não possui discernimento de seus atos, aquele comprovadamente acometido por enfermidade ou doença mental e o menor de dezesseis anos.¹⁸¹

Nesse caso, ensina Gonçalves:

Consideram-se portadores de enfermidade ou deficiência mental os alienados de qualquer espécie, como os perturbados mentalmente, os amentais, os mentecaptos, os furiosos, os idiotas, os imbecis, os dementes e os afetados por doenças psíquicas de intensidade capaz de privá-los do necessário discernimento para os atos da vida civil. A situação desses indivíduos não se confunde com a das pessoas referidas na segunda parte do aludido art. 1.860, ou seja, com a das que, no ato de testar, não tiverem pleno discernimento. Estas não são amentais: apenas não se encontram, no momento de testar, em seu perfeito juízo, em virtude de alguma patologia (arteriosclerose, excessiva pressão arterial, por exemplo), embriaguez, uso de entorpecente ou de substâncias alucinógenas, hipnose ou outras causas semelhantes e transitórias.¹⁸²

Podem, no entanto, testar o cego, o analfabeto, aquele em idade avançada e, ainda, aquele acometido por doença grave, todos esses respeitando os dizeres legais. Esse último poderá realizar seu testamento quando a moléstia não

¹⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7. p. 191.

¹⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 159.

¹⁸⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 maio 2015.

¹⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 160.

¹⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 160-161.

lhe tiver atingido sua capacidade de discernimento, não o afetando na tomada de suas decisões.¹⁸³

Nesse sentido, Gonçalves citando Bevilaqua ensina que “a proximidade da morte só pode determinar incapacidade testamentária se a moléstia, que impele o testador ao túmulo, produz delírio ou estado de obnubilação mental.”¹⁸⁴

Dessa forma, tem-se que são capazes de realizar o testamento aqueles que não se encontram elencados no artigo 1.860 do Código Civil.

Realizadas as ponderações acima, passa-se a análise do tema principal desta pesquisa, qual seja: o testamento vital.

4.1.1 Origem e conceito das diretivas antecipadas de vontade

Inicialmente, antes de adentrar na temática específica, é importante destacar que ainda há equívoco acerca da denominação *Testamento Vital*. Acontece que, ao ser traduzido para o português, a expressão *living will* não possui tradução específica, havendo três possíveis significados: testamento, vontade, desejo.¹⁸⁵

Assim, é importante que se utilize a expressão Testamento Vital no Brasil com cautela, visto que a nomenclatura testamento remete-se a um instituto diferente do que se trata efetivamente nas diretivas antecipadas. O termo testamento é usado pós-morte, já as diretivas ou testamento vital é utilizado ainda em vida.¹⁸⁶

Posto isso, têm-se que as Diretivas Antecipadas têm sua origem nos Estados Unidos da América por volta da década de 60, sendo posteriormente positivadas por Lei Federal chamada de *Patient Self Determination Act*¹⁸⁷, no ano de 1991.¹⁸⁸

¹⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 163.

¹⁸⁴ BEVILAQUA apud GONÇALVES, 2014. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 163.

¹⁸⁵ ALVES, Cristiane Avancini. **Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional**. 2013. Disponível em: <<http://www.saocamilosp.br/novo/publicacoes/publicacoesSumario.php?ID=105&rev=b&sum=1810&idioma=en>>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁸⁶ BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Diretivas antecipadas**: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/diretivas-antecipadas-instrumento-que-assegura-vontade-de-morrer-dignamente>>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁸⁷ *The Patient Self Determination Act, ou Auto determinação do Paciente*, é uma Lei Federal estadunidense que institui na sua segunda seção as diretivas antecipadas como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamento médicos, do qual são espécie o *living Will* (testamento vital) e o *durable power of attorney for health care* (mandato duradouro). Portanto, as DAV

Referida lei impõe ao médico que respeite a autonomia do paciente, para que quando esteja em hospitais, centros de tratamentos de saúde, sejam observadas suas opções de tratamento caso esteja acometido por alguma incapacidade; podendo ocorrer de três formas: “*living will*, o *durable power of attorney for health care* e o *advanced care medical directive*.”¹⁸⁹¹⁹⁰

Desde seu surgimento nos Estados Unidos, todos os hospitais daquele país são obrigados a capacitar seus médicos e orientar os pacientes que ingressam no hospital para que façam o DAV – Diretivas Antecipadas de Vontade.¹⁹¹

As diretivas antecipadas de vontade é gênero, que se subdivide em duas espécies: o testamento vital e o mandato duradouro. Assim, é importante destacar as diferenças existentes entre essas duas espécies.¹⁹²

O living will, com tradução literal – ainda causadora de divergência – significa testamento em vida, trata-se de um documento pelo qual o doente pode dispor de certos tratamentos médicos ou a recusa total desses, em pleno desenvolver de sua sanidade mental. Esse documento deve ser redigido com a ajuda de um médico, para que o agente seja orientado de maneira correta.¹⁹³

Outrossim, o mandato duradouro é o documento pelo qual o agente nomeia uma pessoa de sua confiança para que fique responsável por decidir, tomar

são gênero dos quais são espécie o testamento vital e o mandato duradouro não porque a literatura quer, mas porque a lei que as instituiu pela primeira vez no mundo [...] assim o fez. (DADALTO, 2013)

¹⁸⁸ DADALTO, Luciana. Aspectos Registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 80, n. 15, p. 66, out/nov. 2013. Bimestral.

¹⁸⁹ BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do Testamento Vital no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 15, n. 77, p. 95-120, abr/maio 2013.

¹⁹⁰ Na esteira desse caso, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a denominada The Patient Self-Determination Act (PSDA), vigente a partir de 1º de dezembro de 1991d. A PSDA apresenta três formas de efetivar as diretivas antecipadas, definidas, nessa lei, como Advance Directives: a) manifestação explícita da própria vontade (living will); b) poder permanente do responsável legal ou curador para o cuidado da saúde (PRCS – durable power of attorney for health care), sendo importante ressaltar que attorney, nesse caso, não quer dizer especificamente “advogado”, mas uma pessoa investida de poder para representar a outra; c) decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico (DACM – advance care medical directive). (ALVES, 2013).

¹⁹¹ NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 241-251, ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁹² DADALTO, Luciana. **Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital e Mandato Duradouro**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁹³ DADALTO, Luciana. **Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital e Mandato Duradouro**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

alguma decisão acerca de tratamentos médicos quando o paciente não puder expressar sua vontade.¹⁹⁴

Assim, o testamento vital é instrução para “futuros cuidados médicos ao quais uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida, ante um diagnóstico de terminalidade da vida.”¹⁹⁵ Por outro lado, o mandato duradouro, segundo Dadalto citando Sánchez é:

O mandato duradouro é o documento no qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que devem ser consultados pelos médicos no caso de incapacidade temporária ou definitiva para tomar alguma decisão sobre tratamento ou procedimento quando não houver manifestação prévia de vontade ou, em havendo, se nesta há lacuna obscura que impeça a plena compreensão por parte de quem atende ao paciente. Saliente-se que o procurador de saúde decidirá com base na vontade do paciente.¹⁹⁶

Vale destacar que esses dois institutos em conjunto formam as diretivas antecipadas de vontade. Assim, afirma Dadalto:

A coexistência do mandato duradouro e do testamento vital em um único documento é possível e salutar para o paciente, contudo, como a aplicabilidade do mandato duradouro não se restringe a situações de terminalidade da vida, para o procurador seria interessante que se fizesse um testamento vital contendo a nomeação de um procurador (mandato duradouro) e, concomitantemente, um mandato duradouro nomeando o mesmo procurador – para que não haja conflito entre os documentos –, a fim de que este possa agir em situações que não envolvam terminalidade.¹⁹⁷

Ademais, tal instituto é uma forma de garantir ao paciente que seu desejo por determinado tipo de tratamento, ou, ainda, pelo não tratamento, seja atendido.¹⁹⁸

Ainda, afirma Borges, a confecção do Testamento Vital busca fazer com que o médico respeite a vontade de seu paciente, “no sentido de determinada forma de

¹⁹⁴ DADALTO, Luciana. **Diretivas Antecipadas de Vontade**: Testamento Vital e Mandato Duradouro. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁹⁵ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, Brasília, v.21, n.1, abr. 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁹⁶ SANCHÉZ, 2003 apud Dadalto, 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁹⁷ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, Brasília, v.21, n.1, abr. 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

tratamento ou, simplesmente, no sentido do não-tratamento [...] que pode vir a estar impedido de manifestar sua vontade em razão da doença.”¹⁹⁹

Ressalta-se que, no momento da confecção do Testamento Vital, o agente deve informar uma pessoa de sua confiança para informar, no momento de uma incapacidade permanente e temporária, suas vontades acerca de tratamentos e utilização de medicamentos; podendo o agente ter vínculo ou não de parentesco.²⁰⁰

É importante observar que mesmo não havendo uma lei que regule especificamente tal instituto, pauta-se pelo direito de sua realização com base “no direito à dignidade, à vida, à integridade física, à liberdade de ação e à liberdade de crença e de religião.”²⁰¹

Nesse mesmo pensar, assevera Dias:

O princípio da liberdade e o direito à intimidade precisam garantir o direito de escolha, como um dos ingredientes dos direitos da personalidade. Em respeito à autonomia privada há a necessidade de se permitir a livre manifestação de vontade visando limitar a intervenção médica não-curativa em certas situações terminais ou de inconsciência irreversível. Atende o dever de respeito ao princípio da autonomia da vontade autorizar a interrupção de **esforços terapêuticos** no caso de pacientes em estado vegetativo persistente ou em fase terminal de doenças incuráveis. A morte digna é também um direito humano e compreende a morte rápida, fulminante, sem dor, sem angústia. (grifos do autor)²⁰²

Ademais, ressalta-se, o Testamento Vital não é um testamento para resguardo e partilha de bens, mas sim uma forma de garantir a autonomia privada do agente, respeitando suas vontades.²⁰³

Na mesma diretriz se posiciona Neves, ao afirmar que:

A expressão “testamento vital” não pode ser considerada da mesma forma que o testamento utilizado como declaração de última vontade, como forma de transmissão de herança. Isso porque o testamento mesmo é documento com eficácia deferida até a morte do declarante. O testamento vital – ou testamento de vida, ou diretivas antecipadas de vontade dos pacientes – é manifestação de vontade pela qual o paciente, ciente de sua condição de

¹⁹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

²⁰⁰ DADALTO, Luciana. Aspectos Registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 80, n. 15, p. 66, out/nov. 2013. Bimestral.

²⁰¹ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O Testamento Vital. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 14, n. 74, p.53-71, out./nov. 2012. Bimestral.

²⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 378.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 379.

enfermidade, declara, antecipadamente, suas escolhas quanto ao tratamento que deverá receber em caso de inconsciência.²⁰⁴

Assim, Dias elenca uma série de características particulares desse instituto, veja-se:

É preciso que o paciente expresse sua vontade antes de perder a capacidade civil, por meio de escritura pública ou documento particular autêntico, devendo a manifestação estar acompanhada de declaração do médico assistente que ateste sua plena capacidade. O documento deve ser mantido aberto, para o conhecimento da família, dos médicos ou de um amigo. Também o paciente pode nomear um procurador para que tome as providências necessárias ao cumprimento das suas determinações.²⁰⁵

Dessa feita, tem-se que as diretivas antecipadas de vontade é gênero, possuindo como espécies o testamento vital e o mandato duradouro. E, ainda, deve-se ter cautelar ao utilizar “testamento vital”, diante da cultura brasileira em ver na palavra *testamento* uma eficácia *causa mortis*, causando assim, certo receio dos demais que desconhecem tal instituto e seu propósito.

Realizado o estudo acima, passa-se ao tópico seguinte: consentimento informado e o dever de esclarecimento, tópico relevante para o desenvolver do presente estudo, pois o paciente deve fazer suas escolhas de maneira clara e livre, sem intervenções.

4.1.2 Do consentimento informado e do dever de esclarecimento

O consentimento informado e esclarecido é uma decisão voluntária, realizada de maneira autônoma pelo paciente após ter informações apresentadas por seu médico acerca de sua enfermidade e tratamentos possíveis.²⁰⁶

Assim, o médico participa da decisão do paciente, no entanto, não pode influenciá-lo; o paciente dotado de sua autonomia resguarda-se nesse direito para poder dispor acerca dos tratamentos médicos que deseja ou não realizar.²⁰⁷

²⁰⁴ NEVES, Rodrigo Santos. O Testamento Vital: Autonomia Privada x Direito à Vida. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 15, n. 80, p.12-23, out/nov. 2013. Bimestral.

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 379.

²⁰⁶ ESTIGARA, Adriana. **Consentimento livre e esclarecido na pesquisa envolvendo seres humanos** (2012). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/consentimento-livre-e-esclarecido-na-pesquisa-envolvendo-seres-humanos>>. Acesso em: 23 maio 2015.

²⁰⁷ BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do Testamento Vital no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 15, n. 77, p. 105, abr/maio 2013.

Cabe ressaltar que, hoje em dia, a relação médico-paciente não é mais aquela em que o médico era o da família por anos. O avanço tecnológico ajudou com o distanciamento existente hoje na relação médico-paciente, devido a facilidade no acesso as informações.²⁰⁸

Cumpra observar aqui o pensamento de Moller:

A conduta médica, tradicionalmente e até poucas décadas caracterizou-se de forma preponderante por um “autoritarismo beneficente” em prol do paciente, pela quase total autonomia do profissional com relação à decisão acerca da terapia a ser utilizada e mesmo acerca do momento da morte, podendo o médico prolongar o processo de morrer de um enfermo em estado terminal de forma excessiva e arbitrária.²⁰⁹

Ademais, na atualidade a conduta médica deve ser pautada pelo bom diálogo com o paciente, ouvindo seus questionamentos, deixando de lado àquela conduta paternalista elencada nos princípios da beneficência e não-maleficência²¹⁰, a buscar a qualquer custo a cura do paciente, “sem atentar para os desejos deste e sem reconhecê-lo como ser autônomo, capaz de recusar tratamentos, rejeitar o prolongamento de sua vida terminal (por exemplo).”²¹¹

Da mesma maneira, coaduna-se a esse pensamento o entendimento de Borges, ao afirmar que “ao tratar o doente como cliente e não como paciente, aquele é elevado a sujeito, deixando de ser meramente aquele que espera, como a expressão paciente significa.”²¹²

Diga-se, ainda, que o consentimento livre e esclarecido é um direito da pessoa e um dever do médico, posto que este deve respeitar a decisão de seu

²⁰⁸ BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do Testamento Vital no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 15, n. 77, p. 104, abr/maio 2013.

²⁰⁹ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 45.

²¹⁰ A tradição hipocrática remonta à Grécia antiga e ao século V a.C. Os preceitos dessa tradição moral são encontrados no famoso Juramento Hipocrático e no Corpus Hippocraticum. É manifesto, o interesse por não lesar ou danificar as pessoas, de forma geral, e as pessoas enfermas, de modo particular. Não causar prejuízo ou dano foi a primeira grande norma da conduta eticamente correta dos profissionais da medicina e do cuidado da saúde. Beneficência, no seu significado filosófico moral, quer dizer fazer o bem. A beneficência, conforme alguns dos autores representativos da filosofia moral que usaram o termo, é uma manifestação da benevolência. Benevolência tem sido, porém, um conceito bem mais usado (CLOLET; KIPPER, 2015).

²¹¹ MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 48.

²¹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 296.

paciente. É uma garantia estampada no Código de Ética Médica, artigo 22, do capítulo IV, bem como no direito de informação, elencado no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal.²¹³

Clotet afirma que o consentimento livre e esclarecido, não pode ser deixado de lado nas práticas da medicina e quando da realização de experimentações em seres humanos; esse consentimento pode ser dado tanto pelo próprio paciente, sujeitos da pesquisa ou, no caso, de seus representantes.²¹⁴

Ainda, complementa que:

[...] todo paciente tem o direito de proteger a inviolabilidade da sua pessoa, podendo escolher o tipo de tratamento, entre aqueles oferecidos; a interferência neste direito pode ser considerada uma invasão corporal ou agressão não autorizada. O consentimento informado justifica-se pelo direito de autodeterminação, que é o equivalente jurídico do princípio moral do respeito da autonomia.²¹⁵

Nesse sentido, o consentimento livre e esclarecido deve ser realizado de maneira autônoma, deixando claro para o paciente todas as questões relacionadas à sua doença, as possibilidades de tratamento e de cura. É o respeito pela vida humana, uma forma de garantir que a vontade do paciente seja realizada.

Após os esclarecimentos realizados nesse tópico, passa-se à análise do Testamento Vital, forma garantidora dos direitos da autonomia e dignidade da pessoa humana.

4.2 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, cumpre esclarecer que não há no ordenamento jurídico brasileiro, diferente do que já se assiste nos Estados Unidos, regulamentação específica que discorra acerca das diretivas antecipadas de vontade e, com isso,

²¹³ BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do Testamento Vital no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 15, n. 77, p. 106, abr/maio, 2013.

²¹⁴ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 92. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

²¹⁵ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 99-100. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

coube ao Conselho Federal de Medicina elaborar resolução para enfrentar tal assunto.²¹⁶

No entanto, enfatiza-se que a base para que se efetive tal tratativa definitivamente no ordenamento brasileiro é a própria Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, onde se encontram os princípios basilares quando se fala em diretivas antecipadas: o direito à dignidade, o direito à vida, e a autonomia da pessoa humana.

O primeiro passo para aceitar a prática da ortotanásia foi dado com a Resolução nº 1.805/2006²¹⁷, editada pelo Conselho Federal de Medicina para regulamentar a prática da ortotanásia no país; visou-se com a referida resolução trazer ao país o novo entendimento da OMS – Organização Mundial de Saúde acerca da saúde, na qual se busca o bem-estar da pessoa, tanto físico, quanto mental.²¹⁸

A propósito, é importante lembrar os ensinamentos de Cabral e Gregório, para quem a referida resolução evita a futilidade, a obstinação terapêutica “permitindo aos médicos que se abstenham de tratamentos inúteis e que os doentes terminais possam decidir quando e como desejam morrer.”²¹⁹

Ademais, por meio da recente Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, o paciente poderá realizar seu testamento vital ou nomear algum representante para que tome decisões em seu nome quando já não poder mais realizá-las. Ainda, regulamentou que as diretivas serão anexadas no prontuário ou na ficha médica do paciente.²²⁰ No entanto, a resolução deixa claro que, em

²¹⁶ NEVES, Rodrigo Santos. O Testamento Vital: Autonomia Privada x Direito à Vida. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 15, n. 80, p. 18-19, out/nov., 2013. Bimestral.

²¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805, de 9.11.2006**: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 18 maio 2015.

²¹⁸ BOMTEMPO, Tiago Vieira. Resolução n. 1.805/2006 do conselho federal de medicina: efetivação do direito de morrer com dignidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9646>. Acesso em 24 maio 2015.

²¹⁹ CABRAL, Hildeza Lacerda Tinoco Boechat; GREGÓRIO, Paulo Vitor Oliveira. Ortotanásia e o PLS nº 116 de 2000 como Direito à Morte Digna. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 47, p. 50-51, 2012. Bimestral.

²²⁰ 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. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. (CFM Resolução nº 1995/2012)

havendo desacordo com o disposto no testamento vital ou nas declarações do representante, o médico poderá desconsiderá-los.²²¹

Assim, o entendimento que se retira dessa Resolução é que o médico poderá recusar-se ao descrito no Testamento Vital, o que gera uma insegurança, tanto para o agente que o realiza, quanto para seus familiares, já que a intenção do Testamento Vital “é de possibilitar que, antecipadamente, o paciente declare sua vontade quanto a se submeter ou não a determinados tratamentos [...] quando não puder expressar sua vontade.”²²²

A vinculação do médico com o Testamento Vital realizado é apenas administrativa, visto que ausente lei que o regule, não estando o médico, portanto, vinculado legalmente; isso com base no artigo 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil, que diz “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei.”²²³

Ressalta-se que o Poder Judiciário já se manifestou a favor da Resolução nº 1995/2012 quando julgou a Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500:

Igualmente, em exame inicial, entendo que a resolução é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não tragam qualquer benefício [...] É de se observar que a resolução apenas determina ao médico o registro no prontuário da manifestação de vontade que lhe for diretamente comunicada pelo paciente, não tendo determinado a forma de comunicação.²²⁴

É importante destacar que o que se busca com o Testamento Vital, é a realização da ortotanásia, sendo essa “o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural.”²²⁵

²²¹ § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. (CFM Resolução nº 1995/2012)

²²² NEVES, Rodrigo Santos. O Testamento Vital: Autonomia Privada x Direito à Vida. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 15, n. 80, p. 19, out/nov. 2013. Bimestral.

²²³ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013001700024&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 maio 2015.

²²⁴ BRASIL. Justiça Federal do Estado de Goiás. Decisão Liminar em Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/decisao-liminar.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

²²⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043->

Dessa feita, é necessário que se tenha uma legislação que regulamente as diretivas antecipadas de vontade, de modo que se esclareçam dúvidas que não cabem ao Conselho Federal de Medicina esclarecê-las, como por exemplo: idade mínima, pessoa capaz, a quem pode ser outorgado o direito de dizer qual a vontade do agente, onde deve ser registrado, seu prazo de validade, dentre outras dúvidas que devem ser esclarecidas pelo legislativo.²²⁶

Importante destacar que tramita no Senado Federal o projeto de Lei nº 524 de 2009, com autoria do Senador Gerson Camata, que trata sobre os direitos de pacientes terminais. O referido projeto contempla elucidações acerca de quem é paciente terminal, procedimentos paliativos e mitigadores do sofrimento, cuidados básicos, dentre outros esclarecimentos.²²⁷

Destaca-se, aqui, o artigo 5º do referido projeto que define:

Art. 5º É direito da pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde de ser informada sobre as possibilidades terapêuticas, paliativas ou mitigadoras do sofrimento, adequadas e proporcionais à sua situação.

§ 1º Quando, em decorrência de doença mental ou outra situação que altere o seu estado de consciência, a pessoa em fase terminal de doença estiver incapacitada de receber, avaliar ou compreender a informação a que se refere o *caput*, esta deverá ser prestada aos seus familiares ou ao seu representante legal.

§ 2º É assegurado à pessoa em fase terminal de doença, aos seus familiares ou ao seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Assim, percebe-se que referido projeto busca complementar a Resolução médica 1.995/2012, regulamentando definitivamente sobre o Testamento Vital frente aos direitos da pessoa humana; embora já tenha respaldo nos direitos fundamentais, é necessário que se tenha no Brasil uma maior eficácia para que se efetive sua prática e se tenha segurança jurídica.²²⁸

Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do>. Acesso em: 23 maio 2015.

²²⁶ DADALTO, Luciana. Legislação: **Conheça tudo da legislação sobre testamento vital no Brasil e no mundo**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/legislacao/>>. Acesso em: 24 maio 2015.

²²⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projetos e Matérias Legislativas**: PLS - Projeto de Lei do Senado, n. 524 de 2009. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323>. Acesso em: 24 maio 2015.

²²⁸ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013001700024&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 maio 2015.

Realizados os apontamentos acima acerca do Testamento Vital, passa-se à análise de sua forma, validade e eficácia.

4.2.3 Forma, validade e eficácia

O Testamento Vital é um documento que pode ser realizado por qualquer pessoa que, antecipando-se a eventual doença ou acidente que a deixe incapacitada de manifestar sua vontade, registra seus desejos acerca dos tratamentos médicos que poderá se submeter. Nesse mesmo documento, pode ainda nomear alguma pessoa para que possa tomar decisões em seu nome.²²⁹

Ainda que não tenha forma definida, para a confecção do Testamento Vital utiliza-se como base a Resolução 1.995/2012 e o próprio Código Civil, bem como o entendimento adotado na V Jornada de Direito Civil, realizada no dia 8 e 10 de dezembro de 2011.²³⁰

Assim, o Testamento Vital é um negócio jurídico e, para tanto, necessita ser elaborado por pessoa maior, capaz, ser lícito, possível, determinável ou determinado e forma prescrita ou não defesa em lei.²³¹

Desse modo, para que se realize o Testamento Vital é necessário ser maior de 18 anos, não se enquadrando em nenhuma situação de incapacidade, havendo discernimento, maturidade para sua realização e, ainda, é necessário o acompanhamento de algum médico de confiança, bem como de algum advogado especialista na área.²³²

No tocante à capacidade para realização do Testamento Vital, acrescenta Godinho:

No Brasil, para além da questão formal, cabe proclamar que o testamento vital deve ser realizado pelo interessado plenamente capaz (embora os testamentos contemplados pelo Código Civil possam ser realizados pelos

²²⁹ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O Testamento Vital. **Revista Síntese: Direito de Família**, Porto Alegre, v. 14, n. 74, p. 55, out/nov., 2012. Bimestral.

²³⁰ CABRAL, Hildeza Lacerda Tinoco Boechat; GREGÓRIO, Paulo Vitor Oliveira. Ortotanásia e o PLS nº 116 de 2000 como Direito à Morte Digna. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 47, p. 61, 2012. Bimestral.

²³¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

²³² DADALTO, Luciana. **Como fazer o testamento vital?** Tudo que você precisa saber para fazer um testamento vital. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>>. Acesso em: 24 maio 2015.

maiores de 16 anos, consoante estipula o seu art. 1.860, parágrafo único), sendo também fundamental averiguar se o consentimento é prestado de forma livre e espontânea, isto é, isento de erro, dolo ou coação. Por analogia com as regras civis concernentes aos testamentos, a capacidade do agente deve ser averiguada no momento da realização do ato, uma vez que *'a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade'*. (grifos do autor)²³³

Ademais, tem-se que sua forma é livre, “podendo se dar por escritura pública ou por instrumento particular [...] sendo na atualidade utilizado por meio de escritura pública, lavrado nos tabeliões de nota.”²³⁴

A esse respeito, é o entendimento descrito nos enunciados 403 e 528 da V Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2011:

403 Art. 15: O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.

528 Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857: É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.²³⁵

Anote-se, ainda, quando da confecção das diretivas antecipadas, o agente deve estar atento para que não contenha disposições acerca de patrimônios e, ainda, deve-se nomear um terceiro, parente ou não, para que possa decidir sobre as vontades do agente-outorgante quando aquele estiver incapacitado de fazê-las.²³⁶ Ainda, Dadalto ensina que não há exigência de testemunhas quando da confecção do instituto, posto que não há regulamentação específica para confecção

²³³ GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2545, 20 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066>>. Acesso em: 25 maio 2015.

²³⁴ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O Testamento Vital. **Revista Síntese: Direito de Família**, Porto Alegre, v. 14, n. 74, p. 56, out/nov., 2012. Bimestral.

²³⁵ JORNADA de Direito Civil V. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2015.

²³⁶ DADALTO, Luciana. Aspectos Registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 80, n. 15, p. 66, out/nov., 2013. Bimestral.

das DAV no Brasil, contudo “é imprescindível que o mandatário assine as DAV, aceitando o encargo para o qual está sendo nomeado.”²³⁷

Com efeito, no momento da confecção do Testamento Vital não se pode conter ponderações tendentes a prática da eutanásia e distanásia, tendo em vista que são proibidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como da doação de órgãos por existir legislação específica para isso, conforme Lei nº 10.211/2001, “estabelece que a vontade dos familiares do falecido prevalece sobre a vontade desde que manifestada em vida.”²³⁸

Destarte isso, deve-se observar que, para que o documento Testamento Vital obtenha sua real finalidade, é necessário que seu conteúdo seja lícito, ressaltando a ética, a legalidade e as premissas contidas nas resoluções médicas.²³⁹

De outra banda, acerca da validade do Testamento Vital, tem-se respaldo no artigo 1.858 do Código Civil, segundo o qual “o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.”²⁴⁰

Portanto, o Testamento Vital diante da evolução cada vez mais frequente da medicina, permite que esse seja modificado de maneira autônoma e livre pelo testante, como, por exemplo, “a descoberta de novo tratamento durante o processo de tomada de decisão que possa trazer benefícios efetivos ao paciente.”²⁴¹

Para tanto, é necessário que se realize o Testamento Vital quando ainda estiver em suas faculdades mentais, o que permite que qualquer pessoa possa confeccionar suas diretivas, “inclusive deve vir acompanhada de declaração do médico que ateste a sua capacidade [...], afastando-se eventuais vícios futuros”.²⁴²

Diga-se, ainda, conforme ensina Dias:

²³⁷ DADALTO, Luciana. Aspectos Registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 80, n. 15, p. 66, out/nov., 2013. Bimestral.

²³⁸ DADALTO, Luciana. Aspectos Registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 80, n. 15, p. 66, out/nov., 2013. Bimestral.

²³⁹ DADALTO, Luciana. **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 374.

²⁴⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

²⁴¹ ALVES, Cristiane Avancini. **Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital**: uma interface nacional e internacional. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/novo/publicacoes/publicacoesSumario.php?ID=105&rev=b&sum=1810&idioma=en>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

²⁴² MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O Testamento Vital. **Revista Síntese: Direito de Família**, Porto Alegre, v. 14, n. 74, p. 56, out/nov., 2012. Bimestral.

Caso o paciente não tenha elaborado diretivas antecipadas de vontade, mas sendo possível conhecer sua vontade, por ter ele expressado, de forma reiterada e clara, à família ou aos amigos, a rejeição ao esforço terapêutico, nas hipóteses de estado vegetativo permanente ou de doença terminal é possível buscar judicialmente que seja assegurado o cumprimento da vontade manifestada, ainda que verbalmente.²⁴³

Desse modo, mesmo que o agente não tenha realizado as diretivas antecipadas, caso tenha debatido acerca de suas vontades com seus familiares, amigos, cônjuge, sobre seu desejo de ser submetido ou não por tratamentos médicos, seus desejos poderão ser pleiteados em juízo por sua família, cônjuge, para ver acatada sua vontade.²⁴⁴

Em síntese, é necessária a regulamentação legal do Testamento Vital de forma a resguardar a segurança jurídica ao agente que resolve, por meio das diretivas ali dispostas, expor suas vontades acerca do fim de sua vida. É de suma importância sua regulamentação, mesmo já havendo Resoluções médicas a favor desse instituto e posicionamento favorável de juízes.

Por fim, verifica-se no Testamento Vital uma forma de se fazer valer a autonomia privada da vontade do ser humano, bem como de sua vida digna.

²⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 379.

²⁴⁴ MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O Testamento Vital. **Revista Síntese**: Direito de Família, Porto Alegre, v. 14, n. 74, p. 57, out/nov., 2012. Bimestral.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico, dentro das delimitações previamente estipuladas, tratou do estudo do “Testamento Vital”. Buscou-se, no decorrer dos capítulos, apresentar aos leitores o tema e suas nuances, bem como verificar sua validade e eficácia perante o ordenamento jurídico pátrio.

Primeiramente, abordou-se sobre a bioética, onde a ética se remete as reflexões sobre a vida e a forma como a prática médica interfere em nossas vidas. Conforme visto, o estudo da bioética foi ponto importante para discussão aqui apresentada, pois este ramo trata das interferências médico-tecnológicas na qualidade de vida das pessoas, e em como todas essas mudanças tendem para o lado negativo quando usadas de forma exacerbada pelos médicos.

Toda essa evolução fez com que o debate acerca da finitude da vida no campo bioético chegasse ao meio jurídico, surgindo assim um novo ramo do direito, o biodireito. Viu-se que em conjunto com a bioética, o biodireito surge para verificar os limites existentes nos avanços médico-científicos, de modo que não se ultrapasse os limites da dignidade da pessoa humana.

Como visto, o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio basilar de nossa sociedade e de suma importância para que se obtenha a segurança jurídica necessária ao realizar o Testamento Vital. Tal princípio nos traz a ideia de que o homem não pode ser tratado como um objeto, mas sim como um sujeito com direitos e deveres, não podendo ser utilizado para experimentações científicas.

Dessa sorte, entendeu-se que a dignidade possui dois caminhos: o dever do Estado de proporcionar saúde e qualidade de vida para todos, em contraposto, o dever do Estado em observar a vontade dos pacientes, posto que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não imposto por lei. Assim, ninguém é obrigado a realizar tratamentos e procedimentos médicos sem sua vontade.

Além disso, verificou-se que é na dignidade da pessoa humana onde se resguardam outros dois princípios inerentes à validação do instituto do Testamento Vital, a autonomia e a liberdade humana.

Nesse norte, com o fim de garantir a morte digna, estudou-se acerca da autonomia e da liberdade humana, ambos foram determinantes para conclusão positiva sobre o tema proposto. A autonomia e a liberdade garantem ao homem dotado de sua capacidade mental e liberdade, a garantia de testar sobre a

terminalidade de sua vida, tratando dos procedimentos e tratamentos médicos que deseja se submeter quando não poder manifestar suas vontades, em decorrência de sua doença.

Com o desenvolver dos estudos acerca da vida e da morte, bem como sobre as temáticas do fim da vida, pode-se entender que, segundo o entendimento do STF, existe vida quando no momento da formação cerebral do feto. Por consequência, é nesse mesmo entendimento que temos o conceito de morte, qual seja, quando da paralização total das atividades cerebrais.

Nesse caminhar, compreendeu-se que o direito à vida é também garantidor de uma morte digna, sem tratamentos degradantes e inúteis que apenas prolongam o sofrimento do paciente, colocando-o em situação humilhante.

Ademais, apresentou-se a distinção existente entre eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

Para tanto, denota-se que a eutanásia é a antecipação da morte, ou seja, o médico, ou um conjunto de médicos que tratam determinado paciente praticam a eutanásia quando aplicam remédios letais que acabam ocasionando sua morte antecipada. Ou também por uma omissão quando agem por pena, buscando cessar a dor daquele paciente, sem consultar a família ou até mesmo o moribundo quando possível.

Ao passo que a distanásia é prolongação da dor do paciente que já não tem previsão de cura, apenas postergam o sofrimento do doente e de seus familiares na busca da realização de estudos e experiências médicas. De outra banda, compreendeu-se que o suicídio assistido é quando a própria pessoa procura alguém – familiar, amigo ou até mesmo um médico – para lhe auxiliar ou dar orientação na prática de alguma conduta que coloque fim no seu sofrimento.

A discussão maior é entorno da prática da ortotanásia. Essa prática não guarda semelhança com os demais conceitos já apresentados, por outro lado, é através dela que o paciente tem seu direito à morte digna configurado, observando-se os princípios da dignidade, autonomia e liberdade humana.

Porquanto, com o aprofundamento dos estudos acerca da ortotanásia, entende-se tratar-se da prática da boa-morte. E o que seria a boa-morte?

A boa-morte é o termo utilizado pelos doutrinadores que defendem o tema, como o morrer sem ser tratado como um objeto e experimento pelos médicos.

Como visto no desenrolar da pesquisa, é deixar que o procedimento da morte já iniciado termine sem interferências médicas.

Com base nas considerações acima apresentadas, chegou-se ao entendimento de que para se alcançar a boa-morte é necessário observar a autonomia privada e liberdade do paciente. Para tanto é que surge o Testamento Vital, documento realizado previamente pelo paciente, ou até mesmo quando este já estiver acometido por doença grave e incurável, apresentando objetivamente por quais tratamentos e procedimentos médicos autoriza ser submetido quando não mais for possível demonstrar sua vontade.

Portanto, entende-se que a realização das diretivas antecipadas – ou Testamento Vital – é a autorização da ortotanásia pelo próprio doente ou qualquer outra pessoa, dotada de suas faculdades mentais, que deseja deixar registrado suas vontades quanto a futuros tratamentos médicos que autoriza ser submetido.

Nesse contexto, cabe destacar que no Brasil não há regulamentação específica autorizando a feitura das diretivas, pelo contrário, há pequenas manifestações acerca do tema, sendo a frente tomada pelo Conselho Federal de Medicina quando editou Resolução autorizando a prática da ortotanásia e do Testamento Vital no país.

Ocorre que, uma simples Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina não traz à segurança jurídica necessária para quem já realizou ou pretende praticar o Testamento Vital, posto que a Resolução não possui força jurídica e é clara ao elencar em um de seus artigos que o médico *poderá* levar em consideração as diretrizes ali apresentadas.

Assim, diante do estudo realizado acerca do princípio da dignidade humana e dos princípios da liberdade e autonomia privada, conclui-se que é possível o reconhecimento do instituto no Testamento Vital no ordenamento jurídico pátrio, como forma garantidora da prática da boa-morte, externada pela vontade do paciente. E, ainda, que possui validade e eficácia, visto que há base constitucional para tanto.

Portanto, mostra-se necessário que o Estado reconheça esse instituto, consagrando, assim, o direito de autodeterminação da pessoa, fazendo valer seus desejos e vontades quando já não poder mais manifestá-los.

Resta evidente que o Testamento Vital é passível de aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, visto todas as tratativas acima. No entanto, para sua

efetiva inserção, os legisladores devem se manifestar sobre o tema, buscando esclarecer tantas dúvidas que pairam sobre o tema proposto.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano**, São Paulo: Método, 2004.

ALVES, Cristiane Avancini. **Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital**: uma interface nacional e internacional. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/novo/publicacoes/publicacoesSumario.php?ID=105&rev=b&sum=1810&idioma=en>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

ANDRADE, Ana Marisa Carvalho de. Considerações jurídicas acerca do início da vida humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3221, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21637>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética: abrangência e dinamismo. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (Org.). **Bioética**: Alguns desafios. São Paulo: Loyola, 2001. p. 19.

BARBOSA, Emerson Silva. O conceito de homem, pessoa e ser humano sob as perspectivas da Antropologia Filosófica e do Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9837>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Vida humana e ciência**: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito – normas internacionais da bioética, 2008. Disponível em: http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Alfredo_de_Oliveira_Baracho/Vidahumana.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é**: Dignidade e Autonomia Individual no final da vida. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2015.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do Testamento Vital no Brasil. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 15, n. 77, p. 95-120, abr/maio 2013.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Resolução n. 1.805/2006 do conselho federal de medicina: efetivação do direito de morrer com dignidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9646>. Acesso em: 24 maio 2015.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Diretivas antecipadas**: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/diretivas-antecipadas-instrumento-que-assegura-vontade-de-morrer-dignamente>>. Acesso em: 19 maio 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+a+partir+do>>. Acesso em: 23 maio 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013001700024&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 maio 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projetos e Matérias Legislativas**: PLS - Projeto de Lei do Senado, n. 524 de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323>. Acesso em: 24 maio 2015.

BRASIL. Justiça Federal do Estado de Goiás. Decisão Liminar em Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/decisao-liminar.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54, Confederação Nacional dos trabalhadores na saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de

abril de 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos ou jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CABRAL, Hildeza Lacerda Tinoco Boechat; GREGÓRIO, Paulo Vitor Oliveira. Ortotanásia e o PLS nº 116 de 2000 como Direito à Morte Digna. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 47, p. 34-67, abr./maio 2012. Bimestral.

COELHO, Milton Schmitt. Eutanásia: uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2412>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 246-266.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA (Goiás). **Justiça valida a resolução do CFM sobre ortotanásia**. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21057:justica-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3>. Acesso em: 04 abr. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.480/97**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805, de 9.11.2006**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995, de 9.8.2012**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_1.asp>. Acesso em: 07 mar. 2015.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 99-100. Disponível em:
<<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/bioetica.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? **Revista Bioética**. v. 1, n. 1. Disponível em:
<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/474/291>. Acesso em: 27 out. 2014.

CLOTET, Joaquim; KIPPER, Délio José. **Princípios da Beneficência e Não-maleficência**. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellpri.htm>. Acesso em: 31 maio 2015.

CRUZ, Edmir José Menezes. et al. **Instrumentalização da pessoa humana em face da biotecnologia**. Disponível em:
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carolina_altoe_velasco.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

DADALTO, Luciana. **Como fazer o testamento vital?** Tudo que você precisa saber para fazer um testamento vital. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>>. Acesso em: 24 maio 2015.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, Brasília, v.21, n.1, abr. 2013. Disponível em:
<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791>. Acesso em: 19 maio 2015.

DADALTO, Luciana. Legislação: **Conheça tudo da legislação sobre testamento vital no Brasil e no mundo**. Disponível em:
<<http://testamentovital.com.br/legislacao/>>. Acesso em: 24 maio 2015.

DADALTO, Luciana. Aspectos Registrars das Diretivas Antecipadas de Vontade. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 80, n. 15, p. 60-69, out/nov., 2013. Bimestral.

DADALTO, Luciana. **Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital e Mandato Duradouro**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

DADALTO, Luciana. **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

DECISÃO do STF na ADPF 54: não existe crime de aborto de fetos anencéfalos. 2012. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/04/decisao-do-stf-na-adpf-54-nao-existe.html>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

ESTIGARA, Adriana. **Consentimento livre e esclarecido na pesquisa envolvendo seres humanos** (2012). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/consentimento-livre-e-esclarecido-na-pesquisa-envolvendo-seres-humanos>>. Acesso em: 23 maio 2015.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 267-282.

FEIO, Ana Goreti; OLIVEIRA, Clara Costa. Responsabilidade e tecnologia: a questão da distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 19, n. 3, dez. 2011. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/666>. Acesso em: 01 abr. 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Um conceito ético de morte**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/conc_etico_morte.htm>. Acesso em: 11 abr. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2545, 20 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066>>. Acesso em: 25 maio 2015.

GOLDIM, José Roberto. **Suicídio Assistido**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

GOLDIM, José Roberto. **Princípio do Respeito à Pessoa ou da Autonomia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/autonomi.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.

JORNADA de Direito Civil V. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2015.

KOVÁCS, Maria Júlia. A morte em vida. In: **Vida e Morte: laços da existência**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1996.

KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade. **Revista Bioética**, Brasília, v.6, n.1, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326/394>. Acesso em: 26 maio 2015.

LEONI, Bruno. **Liberdade e Lei**. Tradução de: Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/Liberdade%20e%20a%20Lei.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

LIMA, Carlos Vital. Ortotanásia e cuidados paliativos: instrumentos de preservação da dignidade humana. **Revista do Médico Residente**, v. 12, n. 3 e 4, p. 134-136, 2010. Disponível em: <<http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/viewFile/96/102>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: 2004.

MARTINI, Miguel. Ortotanásia, sim; eutanásia, não! **Consulex**, Brasília, ano 14, n. 322.p. 33-37. 15 jul. 2010.

MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellleutanasia.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

MARTINS, Carlos. **Ordenamento jurídico brasileiro aceita ortotanásia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-17/carlos-martins-ortotanasia-aceita-nosso-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Gonzalo. **Bioética e eutanásia**. Bauru: EDUSC, 1998.

MIRANDA, Verônica Rodrigues de. O Testamento Vital. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 14, n. 74, p. 53-71, out./nov., 1012. Bimestral.

NEVES, Rodrigo Santos. O Testamento Vital: Autonomia Privada x Direito à Vida. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 15, n. 80, p.12-23, out/nov., 2013. Bimestral.

MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 42. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Inês Motta de. Autonomia pessoal e morte. **Revista Bioética**, 18, n. 2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

NAMBA, Edson Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 241-251, ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 maio 2015.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. O direito de morrer dignamente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21065/o-direito-de-morrer-dignamente/2>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS AÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PESSINI, Leocir. No berço da bioética: o encontro de um credo, com um imperativo e um princípio. **Revista Colombiana de Bioética**, v. 8, n. 1, jan. 2013a. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/1892/189228429003.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PESSINI, Leocir. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. Brasília: **Revista Bioética**, v.21,2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/784/84>. Acesso em: 23 dez. 2014.

PESSINI, Leocir. **Distanásia**: Até quando prolongar a vida? São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2001.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 7. ed. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2005.

RESENDE, Cássio Rosa. **Vida e morte**: aspectos éticos e jurídicos. Disponível em: <http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=2052&AreaSelect=1>. Acesso em: 12 abr. 2015.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Eutanásia**: Viver bem não é viver muito. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=209&p_ch=>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

ROBLEDO, Kassia Serrano Kozerski. Tipos de morte – medicina forense. **Jus Navegandi**, out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32911/tipos-de-morte>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

ROCHA, Renata. Eutanásia, suicídio assistido, distanásia, ortotanásia e testamento vital: aspectos éticos e jurídicos acerca da morte digna. **Jus Humanum – Revista Eletrônica De Ciências Jurídicas e Sociais Da Universidade Cruzeiro do Sul**, São Paulo, v. 1, n. 3, jan./jun., 2014. Disponível em: <http://revistapos.cruzeirodosul.edu.br/index.php/jus_humanum/article/viewFile/891/707>. Acesso em: 13 abr. 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, Maria de Fátima de Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARNAMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Conceito médico-forense de morte**. 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: A nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: Ltr, 2003.

SILVA, Edson Ferreira. **Direito à Intimidade**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Thaís Ferreira de. Ensaio sobre a eutanásia, distanásia e ortotanásia: a morte como condição de vida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3976, 21 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28696>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

STARZEWSKI JUNIOR, Alberto Starzewski; ROLIM, Luiz Clemente; MORRONE, Luiz Carlos. O preparo do médico e a comunicação com familiares sobre a morte. **Rev. Assoc. Med. Bras.** São Paulo, v. 51, n. 1, p. 11-16, fev. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302005000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 abr. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética: Temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: **Consulex**, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7.

VIDA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 2059.

WEBER, Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. **Kriterion**. Belo Horizonte, v.54, n.127, p. 197-210. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100512X2013000100011&script=sci_arttext> Acesso em: 23 mar. 2015.

ANEXOS

ANEXO A - RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012

(Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70)

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,

RESOLVE:

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

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

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

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

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

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

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

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

Brasília-DF, 9 de agosto de 2012

ROBERTO LUIZ D'AVILA HENRIQUE BATISTA E SILVA

Presidente Secretário-geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/12

A Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina, considerando, por um lado, que o tema diretivas antecipadas de vontade situa-se no âmbito da autonomia do paciente e, por outro, que este conceito não foi inserido no Código de Ética Médica brasileiro recentemente aprovado, entendeu por oportuno, neste momento, encaminhar ao Conselho Federal de Medicina as justificativas de elaboração e a sugestão redacional de uma resolução regulamentando o assunto.

Esta versão contém as sugestões colhidas durante o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina de 2012.

JUSTIFICATIVAS

1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida

Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D'Amico et al, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las.

2) Receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade

Pesquisas internacionais apontam que aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este

se encontre incapaz para participar da decisão (Simón-Lorda, 2008; Marco e Shears, 2006).

No Brasil, estudo realizado no Estado de Santa Catarina, mostra este índice não difere muito. Uma pesquisa entre médicos, advogados e estudantes apontou que 61% levariam em consideração as vontades antecipadas do paciente, mesmo tendo a ortotanásia como opção (Piccini et al, 2011). Outra pesquisa, também recente (Stolz et al, 2011), apontou que, em uma escala de 0 a 10, o respeito às vontades antecipadas do paciente atingiu média 8,26 (moda 10). Tais resultados, embora bastante limitados do ponto de vista da amostra, sinalizam para a ampla aceitação das vontades antecipadas do paciente por parte dos médicos brasileiros.

3) Receptividade dos pacientes

Não foram encontrados trabalhos disponíveis sobre a aceitação dos pacientes quanto às diretivas antecipadas de vontade em nosso país. No entanto, muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida, bem como a elaboração de documento sobre diretivas antecipadas (in: Marco e Shears, 2006).

4) O que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal

Diz o artigo 34 do Código de Ética Médica italiano: “Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso” (O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo – traduzimos). Desta forma, o código italiano introduziu aos médicos o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes.

Diz o artigo 27 do Código de Ética Médica espanhol: “[...] Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables”.

Portanto, da mesma forma que o italiano, o código espanhol introduz, de maneira simples e objetiva, as diretivas antecipadas de vontade no contexto da ética médica.

O recente Código de Ética Médica português diz em seu artigo 46: “4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer”. No parágrafo seguinte diz que o médico poderá investigar estas vontades por meio de representantes e familiares.

Deste modo, os três códigos inseriram, de forma simplificada, o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais.

5) Comitês de Bioética

Por diversos motivos relacionados a conflitos morais ou pela falta do representante ou de conhecimento sobre as diretivas antecipadas do paciente, o médico pode apelar ao Comitê de Bioética da instituição, segundo previsto por Beauchamps e Childress (2002, p. 275).

Os Comitês de Bioética podem ser envolvidos, sem caráter deliberativo, em muitas decisões de fim de vida (Marco e Shears, 2006; Savulescu; 2006; Salomon; 2006; Berlando; 2008; Pantilat e Isaac; 2008; D’Amico; 2009; Dunn, 2009; Luce e White, 2009; Rondeau et al, 2009; Siegel; 2009).

No entanto, embora possa constar de maneira genérica esta possibilidade, os Comitês de Bioética são raríssimos em nosso país.

Porém, grandes hospitais possuem este órgão e este aspecto precisa ser contemplado na resolução.

Carlos Vital Tavares Corrêa Lima

Relator

**ANEXO B - AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2007.34.00.014809-3, DA 14ª VARA
FEDERAL/DF**

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

1

14ª Vara

Federal

Fls. _____

SENTENÇA Nº: _____/2010 - TIPO "A"

PROCESSO Nº: 2007.34.00.014809-3

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia.

Aduz 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.

Intimado, o Conselho Federal de Medicina apresentou informações preliminares, asseverando a legitimidade da resolução questionada e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela foi deferida para suspender os efeitos da Resolução CFM n. 1.805/2006. O Conselho Federal de Medicina agravou de instrumento.

Devidamente citado, o Conselho Federal de Medicina contestou asseverando que: [i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de

distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv] o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

A prova testemunhal requerida pelo Conselho Federal de Medicina foi deferida e produzida em audiência.

Em alegações finais, tanto o Ministério Público Federal como o Conselho Federal de Medicina pugnaram pela improcedência do pedido.

É o relatório. Decido.

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, verbis:

“A matéria posta em questão é certamente polêmica e encerra dilemas não apenas de ordem jurídica, como de cunho religioso, social e cultural. Possivelmente, a diretriz a ser adotada por todos quantos a analisem será influenciada fortemente pela maior importância que se confira a cada uma daquelas condicionantes.

Realmente, a edição de uma tal norma pelo Conselho Federal de Medicina é, para os padrões culturais do Brasil, extremamente impactante, vindo a gerar, como gerou, grande celeuma.

O Ministério Público Federal entendeu que a norma ultrapassou as competências do CFM, por pretender regradar fato que não comportava tal

regramento, seja pelos limites jurídicos, seja pelos limites culturais que o Ilustre subscritor da inicial julga vigentes no Brasil.

Nesse sentido, é sem dúvida pertinente a discussão ampla do tema, já que a Resolução impugnada, pelo seu caráter normativo, poderia, na visão do DD. signatário da inicial, produzir efeitos incompatíveis com valores culturais e sociais caros à sociedade brasileira, importando, inclusive, em contrariedade às leis penais vigentes.

Entretanto, conforme passaremos a explicar, ousamos discordar do posicionamento externado na inicial, sem embargo da profundidade dos argumentos que sustentam a tese.

Nossa posição se resume, brevemente, 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.

À guisa de introdução, teceremos comentários sobre conceitos que influenciam diretamente a opinião ministerial ora externada e o desfecho desta ação.

Considera-se eutanásia a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade. Na hipótese, existe doença, porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão.

A eutanásia não conta com autorização legal em nosso país, configurando a prática o crime de homicídio doloso, podendo ser tratado como modalidade privilegiada, em razão do vetor moral deflagrador da ação.

Já a distanásia é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. A distanásia é, frequentemente, resultado da aplicação de meios não ortodoxos ou usuais no protocolo médico, que apenas retardarão o momento do desenlace do paciente, sem trazer-lhe chances de cura ou sobrevida plena, e, às vezes, provocando-lhe maior sofrimento.

No meio das duas espécies, figura a ortotanásia, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível.

Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. É que, nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida. Assim, os recursos médicos disponíveis ainda são úteis e passíveis de manter a vida, sendo a omissão do profissional, neste caso, realmente criminosa.

A eutanásia, assim, na forma ativa ou passiva, é prática que provoca a morte do paciente, pois ainda não há processo de morte instalado, apesar do sofrimento físico e/ou psicológico que possa atingir o paciente. No entanto, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos extraordinários quando a morte já é certa (ortotanásia), não produz a morte do paciente, uma vez que nenhum ato do médico sobre ele poderá evitar o evento do desenlace.

Por sua vez, a mistanásia, também chamada de "eutanásia social", é a morte provocada por problemas de infra-estrutura da saúde pública, que atinge direta e conscientemente a parcela mais pobre da população, que menos tem acesso a adequados recursos. Nem de longe tem relação com a ortotanásia, que é prática adotada pelo médico, com a anuência de quem de direito, não por imperativos de falta de mecanismos (aqui, sequer de anuência se cogita), mas por imperativo – ético e de consciência - de que, sendo inútil a adoção de recursos terapêuticos extraordinários, é desnecessário impor maior sofrimento ao paciente terminal.

Diante de tais conceitos, passemos a contrariar a tese central desta demanda, segundo a qual a ortotanásia constituiria crime de homicídio.

E, aqui, recorremos, de início, à doutrina do penalista Luiz Flávio Gomes:

"Na nossa opinião, mesmo de lege lata (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos etc), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela (no sentido de que a ortotanásia é juridicamente irreprovável cf. Luís Roberto Barroso, Folha de São Paulo de 04.12.06, p. C4) (...) A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do conceito de tipo penal (dado pela teoria constitucionalista do delito, que sustentamos com base em Roxin, Frisch e Zaffaroni), que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos). A "morte digna", que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material), porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação" (Artigo "Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?" Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan 2007, fls. 539/541).

Em seguida, o pensamento do sempre luminar Luís Roberto Barroso, sobre a resolução impugnada:

"(...) uma tese melhor é que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética, nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. A resolução é uma interpretação adequada da Constituição" (fls. 528/535)

Vê-se, pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais - todos derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana - têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente.

De outro lado, a própria configuração da omissão de socorro, que se poderia pensar decorrente da prática da ortotanásia, é igualmente descartada por Mário Roberto Hischheimer e Clóvis Francisco Constantino, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls.735/739):

"O art. 135 do CP conceitua o crime de omissão de socorro como: "Deixar de prestar assistência à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou em grave e iminente perigo; "Muitos entendem que suspender ou não indicar medidas de suporte de vida caracteriza, em qualquer circunstância, omissão de socorro. Estimula tal atitude o que diz o art. 13 do CP: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Partindo da premissa de que pacientes terminais estão em processo inexorável de morte e não há como salvar suas vidas, é permitido entender que o

art. 135 do CP não se aplica a estes casos. Prestar assistência na forma de atenções para o bem-estar físico, social, mental e espiritual do paciente, com apoio, informações e esclarecimentos apropriados a ele e a seus familiares não significa "deixar de prestar assistência". O que os autores acima estabelecem é, na verdade, a quebra do nexo causal entre a ação do médico e o resultado (morte inevitável), circunstância que retira, assim, a tipicidade penal da conduta. O mesmo raciocínio aplica-se à interpretação do tipo homicídio à prática da ortotanásia, uma vez que, também nesta hipótese típica, não haverá crime se a conduta do indigitado autor não contribuir, em última análise, para a causação do resultado morte.

Outras considerações, desta feita no âmbito da bioética ou do biodireito podem ser úteis à compreensão do tema. Por exemplo, a opinião de Tereza Rodrigues Vieira:

"Ortotanásia significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado siga seu curso natural. Assim, ao invés de se prolongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, e ainda não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste e muito menos aprazar sua dor. A Ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado. Desta forma, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas por este como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente" (Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 90.).

E a visão do Ilustre Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, sobre o assunto:

"Mas a suspensão do esforço terapêutico tem suporte, entre nós, na Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 5º, III), que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; no Código Civil (art. 15), que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos; na Lei nº 8080/90 (art. 7º, III), que reconhece o direito à autonomia do paciente; e no Código de Ética Médica, que repete esses mesmos princípios legais e ainda proíbe ao médico realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do

paciente, fora de um quadro de emergência médica de salvação, o que não é o caso de um quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento" (fls. 112/120).

Releva notar que o Ministério da Saúde, na Portaria nº 675/GM, de 30 de março de 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, entre eles o de consentimento ou a recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. Foilhe também assegurado, como afirma novamente Diaulas Ribeiro, "o direito de opção pelo local de morte, que contempla o direito de opção pelo tempo da morte. Esse direito atende à reivindicação de desospitalização do paciente, recusada por médicos sob o temor de estarem, com a alta a pedido, concorrendo para a sua morte, o que também é inerente ao paternalismo e já não tem razão de ser neste novo contexto" (fl. 119).

Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal.

Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão.

De outra parte, mesmo que nos dispuséssemos a não fazer uma interpretação constitucional da lei penal e, assim, considerássemos criminosa a ortotanásia, ainda assim parece-nos que a citada norma não mereceria a reprovação que a inicial lhe imprimiu.

É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema.

Se considerarmos que a Resolução visa a conferir maior segurança e tranquilidade ao médico, em face de possíveis posteriores ameaças de ser enquadrado no Código Penal pátrio como homicida ou autor de omissão de socorro, não se poderá objetar o seu poder regulamentar, já que se trata de regramento do

ato médico, dos limites do proceder médico em face dos princípios regentes da profissão (autonomia, beneficência, não-maleficência, entre outros), em prol do bem comum, da função social da Medicina e da higidez ética no trato da vida e da morte.

Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser apurado e constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da "autorização" prevista na resolução impugnada.

Portanto, o Conselho Federal de Medicina não exorbitou de seu poder regulamentar, certo que tem atribuição legal para expedir normas disciplinares da profissão e da conduta médica. Tal é ponto de vista de Maria Elisa Villas Boas:

"Recentemente publicada, a Resolução, a rigor, não era necessária. Ela não permite nada. Só ratifica o que já é permitido. Vem, todavia, afinal dirimir algumas dúvidas, mais comuns no lidar com pacientes em final de vida. Foi preciso muita discussão e maturamento para se chegar à conclusão - algo óbvia, é de se dizer - de que ninguém é obrigado a morrer intubado, usando drogas vasoativas (para o coração se manter, a duras penas, batendo) e em procedimentos dialíticos numa UTI. O Direito não pode obrigar isso. O Direito não tem por que obrigar isso. Não, não é crime morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares" (...) A ortotanásia pregada na Resolução 1805/2006 não é a morte antecipada, deliberadamente provocada, como na ideia atual de eutanásia. É a morte mais natural e humana, quando já não se a pode evitar ou adiar a contento (...) Dizer que é ilegal a ortotanásia assim empreendida - quando, esgotados os recursos úteis, restam a mera futilidade e a obstinação terapêutica - significa dizer que é obrigatória a distanásia: a morte adiada a todo custo, às expensas de agonia, abuso terapêutico e desnecessário sofrimento, como numa tortura final, que condena o paciente à morte solitária, isolado dos seus entes queridos, nega-lhes a participação no processo de morrer, submete o paciente a mais e mais desconfortos, ainda que se os saiba incapazes de reverter o quadro mórbido e o processo de morte instaurados" (fl. 688).

A nosso ver, aliás, e em conformidade com a idéia acima exposta, 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.

A Resolução em foco busca apenas dar mais transparência a uma prática que já é comum, mas que é frequentemente escamoteada pelos médicos, por medo de que venham a sofrer represálias éticas ou jurídicas, dada a incompreensão que muitas vezes cerca o assunto. No particular, é preciso entender que a ortotanásia se insere num contexto científico mais amplo denominado "medicina paliativa", que representa, em verdade, uma correção de rumos e certa quebra de paradigmas da medicina tradicional.

É cediço que devem reger a atividade do médico, dentre outros, os princípios da autonomia, da beneficência e da não maleficência. O princípio da autonomia reclama o envolvimento consciente do paciente no processo terapêutico e propugna o respeito às suas decisões. É direito do usuário do serviço de saúde, inclusive previsto na legislação brasileira, devendo, pois, ser sempre respeitado. Nesse prisma, para resguardar o princípio da autonomia no tratamento oferecido aos pacientes terminais, que, em geral, não apresentam estados mentais que permitam decidir conscientemente sobre as terapias possíveis, é sempre necessário recorrer à decisão da família ou do responsável legal, que passam a "falar" pelo paciente.

Saliente-se que a Resolução impugnada obedece a esse princípio, estabelecendo que o próprio paciente terminal ou sua família devem estar conscientemente envolvidos na decisão de suspender cuidados extraordinários que já não se mostrem úteis, uma vez considerado irreversível o processo de morte. E sempre terão direito a recorrer a outras opiniões médicas, caso não se sintam suficientemente esclarecidos para tomar esta ou aquela diretriz.

Quanto ao princípio da beneficência, é intuitivo concluir que compete ao médico fazer tudo quanto estiver ao seu alcance para melhorar as condições de vida do paciente. Mesmo que determinado tratamento possa lhe causar sofrimento, se houver chance de cura e possibilidade de êxito, deverá o médico procurar beneficiar o paciente.

Já o princípio da não-maleficência propugna que as atividades médicas, tanto quanto possível, não devem causar mal ao paciente ou devem causar-lhes apenas o mal necessário para que se restabeleça a sua saúde.

Normalmente, deve o médico por em destaque, numa escala de prioridades, o princípio da beneficência. Se há chances de salvar a vida do paciente, o remédio, por mais amargo que lhe pareça, deve-lhe ser aplicado, apesar dos incômodos que venha a causar.

Ninguém discorda de que um tratamento quimioterápico provoca certos males ao paciente, que, no entanto, são suportados em prol do benefício que poderá gerar - a cura do câncer.

Pois bem. Quando se lida com pacientes terminais, de acordo com os conceitos da moderna medicina paliativa, invertem-se as perspectivas e, poderíamos dizer, o peso que os princípios da beneficência e da não-maleficência possuem.

É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor - caso assim o paciente e sua família o desejem - não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente.

Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família).

Como se disse alhures, se é exato que os médicos que lidam com pacientes terminais, em sua maioria, já antepunham ao princípio da beneficência o da não-maleficência, há de se concluir que, do ponto de vista prático, nada mudou com a resolução do CFM.

A conclusão deriva, além da análise dos numerosos estudos e artigos constantes destes autos, também dos preciosos depoimentos prestados em audiência de instrução, a saber:

À fl.824, o médico José Eduardo de Siqueira esclarece que “a partir do diagnóstico da terminalidade, que é relativamente fácil e seguro, a postura médica tem sido a de ouvir uma equipe multidisciplinar, que inclui psicólogo, enfermagem, assistente social na busca de uma decisão sobre o tratamento mais adequado para aquela situação; que pode mencionar o caso de profissionais que, após conversar com a família e equipe multidisciplinar, decidem não aplicar o procedimento de

ressuscitação, mas para se resguardar, registram no prontuário que aplicou esse procedimento, mas não obteve sucesso; que é correto dizer que a resolução não alterou a prática médica, mas tão somente ensejou uma tranquilidade para os médicos registrarem, especialmente no prontuário, o procedimento adotado conforme a realidade, sendo que, com suspensão da vigência da resolução, os médicos em nada alteraram a sua prática, mas omitem o registro efetivamente foi feito, existindo aí um pacto de silêncio”.

À fl. 823, o padre Leocir Pessini afirma "que vários códigos de ética médica que foram revisados recentemente passaram a incluir, ao lado da vedação da eutanásia ativa, a vedação da obstinação terapêutica ou distanásia, a exemplo de Portugal, Canadá, Estados Unidos, Espanha e Itália”.

À fl. 822, a médica Cláudia Burlá sugere "que na vigência da resolução a depoente observou que a publicação dessa norma deu uma maior tranquilidade para os médicos, que passaram então a procurar conhecer mais sobre o tratamento paliativo”

À fl. 825, a médica Maria Goretti Sales Maciel assevera "que durante a vigência da resolução, ou seja, do final de 2006 até o final de 2007, não observou alteração alguma na prática médica, enfatizando somente que pode ter ocorrido mudança no registro prontuário, pois às vezes ocorria de o médico de plantão que vinha constatar o óbito do paciente registrar que aplicou procedimento que não foram aplicados na realidade, como procedimento de ressuscitação”.

E à fl. 826, o médico Roberto Luiz D’Ávila diz "que a resolução não é impositiva nem proibitiva de uma conduta (...), sendo que o objetivo real da resolução foi permitir que os médicos interrompessem ou não iniciassem tratamentos desproporcionais à doença e que de nada adiantariam, com tranqüilidade no sentido de não serem punidos eticamente”.

Pode-se dizer então que 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 em sua atuação e possibilitando inclusive maior controle de sua atividade.

Além disso, o receio de que os médicos viriam a encerrar indiscriminadamente os procedimentos terapêuticos de quaisquer pacientes ou de que poderiam errar no prognóstico também cede à constatação de que, na prática

médica, o "expert", em virtude de sua experiência, tem quase absoluto grau de segurança para identificar a terminalidade da vida. Ainda segundo Roberto Luiz D'Ávila, no depoimento prestado nestes autos (fl. 826), "existem diversas doenças que implicam o estado terminal, e todo médico está habilitado para reconhecer esses estados em cada doença específica, de maneira que se fosse regulamentar todos esses casos, a resolução seria muito longa e fatalmente incorreria em omissão, além disso a ortotanásia ocorre, como já salientado, em um ambiente de confiança entre o paciente, sua família e o médico". Adiante, acrescenta que "a maioria dos casos se refere à oncologia e os médicos têm conhecimento sobre o prognóstico de cada tipo de câncer, e no que se refere às outras doenças degenerativas, pela falência progressiva dos órgãos, é possível fazer esse prognóstico de morte próxima e iminente".

Tanto maior será essa segurança quanto mais profissionais estiverem envolvidos no processo de discussão, daí a possibilidade de se buscar uma segunda opinião - como prevê a resolução - e a conveniência de se tomar tal tipo de decisão sempre em equipe, como se busca fazer nos melhores centros terapêuticos.

Frise-se que nem mesmo o receio de "o médico estar errado" ou a possibilidade - ainda que remotíssima - de "um milagre reverter o quadro" de um doente terminal impediu o Vaticano de realizar a vontade do Papa João Paulo II, de não mais se submeter a tratamento com sofrimento e que não lhe traria a cura para uma doença já terminal, em estado avançado. E, atente-se, estamos falando da Igreja Católica, que aceita a ortotanásia, não obstante reconheça a sacralidade do valor da vida.

Com efeito, a posição manifestada pela CNBB - Conferência Nacional dos Bispos no Brasil se baseia na Encíclica *Evangelium vitae* (O Evangelho da Vida, 1995), que permite ao doente renunciar ao "excesso terapêutico", quando este não lhe possa trazer mais benefícios (fls. 357/358).

Vale salientar que a dificuldade em estabelecer a terminalidade não é menor ou maior que outras dificuldades enfrentadas pelos profissionais da medicina, ao diagnosticar uma doença rara ou ao optar por um tratamento em lugar de outros, sabendo-se que uma posição não exata poderá trazer consequências distintas para o paciente. Isso porque não existe 100% de certeza na medicina. Assim, desejar que os médicos atuem frente a um doente terminal com absoluta certeza da inevitabilidade da morte não é um argumento válido para recusar a legitimidade da

ortotanásia, porque a exigência é incompatível com o próprio exercício da Medicina, que não pode se obrigar a curar o paciente, mas pode comprometer-se a conferir-lhe a maior qualidade de vida possível, diante do seu estado e dos recursos técnicos existentes.

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana. Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.

E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente. Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro "tribunal de vida ou morte", como parece pretender a inicial. Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos." (fls. 853-867, negritos no original)

Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei 7.347/85). P. R. I.

Brasília, 1º de dezembro de 2010. 96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF 12

ANEXO C – MODELO DE TESTAMENTO VITAL

TESTAMENTO VITAL

Eu, _____ (nome completo),
 _____ (nacionalidade), _____ (estado civil),
 _____ (data de nascimento), _____ (profissão), _____ (CPF),
 _____ (endereço completo),

venho, de livre e espontânea vontade, no pleno gozo das minhas capacidades civis, respaldado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º III) e da autonomia (princípio implícito no artigo 5º), bem como pela proibição de tratamento desumano (artigo 5º III) e pelo artigo 15 do Código Civil brasileiro, expressar as instruções que devem ser levadas em consideração sobre meus cuidados médicos quando, por diferentes circunstâncias derivadas de um quadro irreversível de minhas saúde física e/ou psíquica, eu não possa manifestar minha vontade:

I – VALORES E DESEJOS:

Eu quero que todos saibam sobre meus valores e meus desejos, especialmente sobre o que é mais importante para mim durante a última parte da minha vida:

II – DECISÕES SOBRE O FIM DA VIDA:

II.1 Caso dois médicos entendam que padeço de uma doença terminal, incurável e irreversível, e que, portanto, não há nenhuma perspectiva de cura ou de melhora, manifesto aqui os procedimentos aos quais não desejo me submeter e os medicamentos que não desejo ingerir:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como a abstenção da equipe de saúde em me reanimar caso meu coração pare de bater ou pare de respirar.
- b) Respiração artificial.

- c) Grandes procedimentos cirúrgicos.
- d) Diálise.
- e) Quimioterapia.
- f) Radioterapia.
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para e dar conforto ou aliviar minha dor.
- h) Exames invasivos.
- i) Antibióticos.
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que em grau avançado de doenças terminais, o paciente não sente fome nem sede e, mais, muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto.
- k) Outros: _____

II.2 Caso dois médicos entendam que padeço de uma demência em estado avançado e irreversível ou de uma enfermidade degenerativa do sistema nervoso ou muscular, em fase avançada e irreversível, nas quais eu não esteja mas vivendo com qualidade e considerando qualidade de vida como

_____, manifesto aqui os procedimentos aos quais não desejo me submeter e os medicamentos que não desejo ingerir:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como
- b) Respiração artificial
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos
- d) Diálise
- e) Quimioterapia
- f) Radioterapia

- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor
- h) Exames invasivos
- i) Antibióticos
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que e graus avançados de demências irreversíveis o paciente não sente fome nem sede, e muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto.

k) Outros: _____

_____.

II.3 Caso dois médicos diagnostiquem que estou e Estado Vegetativos Persistente, condição que a Medicina tem uma grande certeza de irreversibilidade, manifesto aqui os procedimentos aos quais não desejo me submeter e os medicamentos que não desejo seguir:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como
- b) Respiração artificial
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos
- d) Diálise
- e) Quimioterapia
- f) Radioterapia
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor
- h) Exames invasivos
- i) Antibióticos
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que e graus avançados de demências irreversíveis o paciente não sente fome nem sede, e muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto.

k) Outros: _____

_____.

IV – OUTRAS DISPOSIÇÕES:

IV.1 Manifesto expressamente meu desejo de realizar todos e quaisquer procedimentos cuja finalidade seja, exclusivamente prover meu conforto e amenizar minha dor e/ou angústia, garantindo um final digno de vida, mesmo quando tais procedimentos possam prolongar a vida.

IV. 2 Não desejo a realização de nenhum procedimento para tirar minha vida, desejo apenas que ela não seja desarrazoada prolongada.

IV.3 Se estiver grávida, essa diretiva antecipada ficará suspensa até o final da gravidez.

IV.4 Tenho plena consciência de que este documento vincula meus familiares, meus amigos e a equipe de saúde, que devem seguir todas as disposições aqui inscritas.

IV.5 Desejo que, diante da irreversibilidade do quadro médico, eu seja levado para minha casa, a fim de desfrutar os últimos momentos de vida junto a minha família e no meu lar

V - DIRETRIZES PARA A EQUIPE DE SAÚDE QUE ME ATENDERÁ

V.1 Durante a feitura desse documento fui orientado (a) pelo meu (minha) médico (a) de confiança, Dr. (a). _____, portador (a) do CRM nº _____, que me instruiu acerca dos termos técnicos aqui escritos, bem como das consequências de todos os procedimentos que estou recusando.

V.2 Esse documento autoriza a suspensão ou não realização de procedimentos apenas quando dois médicos atestarem a irreversibilidade da condição de terminalidade, de demência avançada ou de Estado Vegetativo.

V.3 Este documento foi feito por uma pessoa e pleno gozo de sua capacidade civil que, de acordo com as leis brasileiras e a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, tem a finalidade de recusar procedimentos médicos que tenham a finalidade apenas de prolongar a vida biológica, sem garantir-lhe qualidade de vida.

V.4 Se algum membro da equipe utilizar seu direito à objeção de consciência, e, portanto, não puder cumprir as disposições aqui previstas por razão moral ou religiosa, vocês devem me encaminhar para outro profissional, a fim de que minha vontade seja cumprida.

VI – REVOGAÇÃO

Tenho ciência de que eu posso revogar essa diretiva antecipada de vontade a qualquer tempo, fazendo uma nova diretiva ou apenas uma declaração de

vontade revocatória. Em ambos os casos, posso revogar minhas decisões sobre o fim de vida e/ou a nomeação do (s) procurador (es) para cuidados de saúde no fim de vida.²⁴⁵

Cidade, data completa.

Assinatura do outorgante

²⁴⁵ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2015. p. 205-210.

ANEXO D – MODELO DE MANDATO DURADOURO

MANDATO DURADOURO²⁴⁶

Eu, _____ (nome completo),
 _____ (nacionalidade), _____ (estado civil), _____ (data de
 nascimento), _____ (profissão), _____ (CPF), _____
 _____ (endereço completo), venho, de livre e espontânea vontade, no
 pleno gozo das minhas capacidades civis, respaldado pelos princípios
 constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º III) e da autonomia
 (princípio implícito no artigo 5º), bem como pela proibição de tratamento desumano
 (artigo 5º III) e pelo artigo 15 do Código Civil brasileiro, expressar as instruções que
 devem ser levadas em consideração sobre meus cuidados médicos quando, por
 diferentes circunstâncias derivadas de um quadro irreversível de minhas saúde física
 e/ou psíquica, eu não possa manifestar minha vontade:

I – VALORES E DESEJOS:

Eu quero que todos saibam sobre meus valores e meus desejos, especialmente
 sobre o que é mais importante para mim durante a última parte da minha vida:

II – PROCURADOR PARA CUIDADOS DE SAÚDE PARA O FIM DA VIDA:

II.1 Caso seja necessário decidir acerca de situações não expressadas por mim em
 minhas decisões sobre o fim da vida no momento em que for constatada alguma das
 três situações clínicas acima expressadas, nomeio:

Nome: _____, CPF: _____,
 _____ (endereço completo),
 _____ (telefones de contato).

²⁴⁶ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2015. p. 211-213.

OPCIONAL: Se esta pessoa, no momento em que for procurada, não for localizada ou estiver incapacitada de tomar decisões, eu designo um procurador substituto, que terá os mesmos poderes do procurador principal:

Nome: _____, CPF: _____,
_____ (endereço completo),
_____ (telefones de contato).

OPCIONAL: Se esta pessoa, no momento em que for procurada, não for localizada ou estiver incapacitada de tomar decisões, eu designo um procurador substituto, que terá os mesmos poderes do procurador principal:

Nome: _____, CPF: _____,
_____ (endereço completo),
_____ (telefones de contato).

II.2 Meus procuradores não podem revogar minha vontade aqui manifestada. Devem apenas sanar dúvidas que por ventura existirem e toar qualquer decisão relativa à suspensão de esforço terapêutico, não explicitadas neste documento, exceto as seguintes:

_____.

Cidade, data completa

Assinatura do outorgante

Assinatura do procurador principal

Assinatura do procurador substituto 1

Assinatura do procurador substituto 2