

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

MARILIA SCHWENGBER WILGES

**TESTAMENTO VITAL: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO
SUJEITO DE DIREITO FRENTE À TERMINALIDADE DA VIDA**

Santa Maria, RS

2016

Marilia Schwengber Wilges

**TESTAMENTO VITAL: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUJEITO DE
DIREITO FRENTE À TERMINALIDADE DA VIDA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof^a Dr^a Valéria Ribas do Nascimento

Santa Maria, RS
2016

Marilia Schwengber Wilges

**TESTAMENTO VITAL: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUJEITO DE
DIREITO FRENTE À TERMINALIDADE DA VIDA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito.**

Aprovado em 16 de dezembro de 2016:

**Valéria Ribas do Nascimento, Dra. (UFSM)
(Presidente/Orientadora)**

José Fernando Lutz Coelho, Ms. (UFSM)

Francieli Puntel Ramielli, Ms. (UFSM)

Santa Maria, RS

2016

DEDICATÓRIA

*Àqueles que me possibilitaram chegar até aqui,
Mãe, Pai, Carmen e Normélio.*

*Comtemplo o lago mudo
Que uma brisa estremece.
Não sei se penso em tudo,
Ou se tudo me esquece*

*O lago nada me diz.
Não sinto a brisa mexê-lo
Não sei se sou feliz
Nem se desejo sê-lo.*

*Trêmulos vincos risonhos
Na água adormecida.
Por que fiz eu dos meus sonhos
A minha única vida?*

(Fernando Pessoa)

RESUMO

TESTAMENTO VITAL: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUJEITO DE DIREITO FRENTE À TERMINALIDADE DA VIDA

AUTORA: Marília Schwengber Wilges

ORIENTADORA: Prof^a Dr^a Valéria Ribas do Nascimento

O testamento vital, instrumento de abordagem relativamente recente no Brasil, traz à lume discussões bioéticas e jurídicas em torno da terminalidade da vida. Com o avanço das ciências médicas alienadas de responsabilidade humana, surge a disciplina Bioética, que, pautada em princípios como o da autonomia, destina-se a regular a conduta médica e a relação médico-paciente. Diante do novo paradigma dessa relação, surgem questões envoltas na autonomia de morrer, como eutanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido. O encontro entre os dilemas da limitação médico-terapêutica, consentimento informado, cuidados paliativos, ortotanásia e testamento vital refletem o poder de autodeterminação do paciente na terminalidade da vida em prol da dignidade. A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito se deu a partir do contexto pós-guerra, de consolidação dos direitos humanos, da crise do positivismo e do desenvolvimento do neoconstitucionalismo. A Constituição Federal de 1988 reflete a supremacia material dos direitos e abertura do seu texto a princípios de elevada carga axiológica, de forma que a hermenêutica constitucional se pauta sobretudo pela dignidade da pessoa humana, princípio este correlato ao da autonomia privada. Diante desse contexto e da inexistência de normativa pertinente, cumpre analisar a proteção constitucional do sujeito de direito frente à terminalidade da vida, averiguando, a partir de estudo de caso envolvendo relatos de situações terminais, a possibilidade de respaldo jurídico ao direito à morte digna nessas situações, a luz dos princípios da dignidade e autonomia. Estruturou-se a pesquisa com os métodos indutivo, monográfico, descritivo, comparado e bibliográfico.

Palavras-chave: Testamento vital. Bioética. Limitação médico-terapêutica. Dignidade da pessoa humana. Autonomia privada.

ABSTRACT

LIVING WILL: THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE INDIVIDUAL RIGHTS IN PRESENCE OF LIFE TERMINALITY

AUTHOR: Marília Schwengber Wilges
ADVISER: Valéria Ribas do Nascimento

The living will, instrument of relatively recent approach in Brazil, brought up bioethical and legal discussions on the termination of life. With the advancement of the medical sciences, alienated from human responsibility, arises the discipline of bioethics, which, guided by principles, such as that of autonomy, was designed to regulate the medical conduct and the doctor-patient relationship. In the face of this new relationship paradigm, there are issues involved in the autonomy to die, such as euthanasia, dysthanasia, misthanasia and assisted suicide. The encounter between the dilemmas of medical-therapeutic limitation, informed consent, palliative care, orthothanasia and living will reflects the patient's self-determination power in life terminality in favor of dignity. The consecration of the dignity of the human person as the foundation of the Democratic State Law has taken place from the post-war context, marked by the consolidation of human rights, the post-positivism crisis, and the development of neo-constitutionalism. The 1998's Federal Constitution, therefore, reflects the material supremacy of the rights and the opening of the constitutional text for principles of high axiological charge, so that constitutional hermeneutics is based mainly on the dignity of the human person, a principle related with that of private autonomy. In view of this context and the lack of relevant legislation, it is necessary to analyze the constitutional protection of individual rights against the life terminality, ascertaining, from a case study involving reports of terminal situations, the possibility of endorsing the right to a dignified death in the terminal situations in Brazil's legal order. The present research was structured with the inductive, monographic, descriptive, comparative and bibliographic methods.

Key-Words: Living will. Bioethics. Medical-therapeutic limitation. Dignity of the human person. Private autonomy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TESTAMENTO VITAL	14
2.1 CASOS EMBLEMÁTICOS	14
2.2.1 Críticas terminológicas	20
2.2.2 Contexto de Aplicação e Conteúdo do Testamento Vital: Estado Terminal e Tratamentos	22
2.3 EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA	25
2.4 TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
3 TERMINALIDADE DA VIDA: DESAFIOS BIOÉTICOS, MUDANÇA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E AUTONOMIA PARA MORRER	34
2.1 BIOÉTICA E MUDANÇA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	34
2.1.1 Origem e Princípios da Bioética	34
3.1.2 Consentimento Informado e Mudança da Relação Médico-Paciente	38
3.2 BIOÉTICA E AUTONOMIA PARA MORRER	46
3.2.1 Desafios da Bioética na finitude da vida: eutanásia, suicídio assistido, mistanásia e distanásia	46
3.2.2 Limite médico-terapêutico sob o enfoque da dignidade e da autonomia: Ortotanásia, cuidados paliativos e testamento vital	53
4 RECONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL DO SENTIDO DA PROTEÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E DA DIGNIDADE HUMANA	57
4.1 DIREITOS HUMANOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS	57
4.1.1 Direitos Humanos	57
4.1.2 Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo	61
4.2 PROTEÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO FRENTE À TERMINALIDADE DA VIDA: DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA	66
4.2.1 Dignidade da pessoa humana e autonomia privada	66
4.2.2 Proteção da Autonomia do Sujeito de Direito na Terminalidade da Vida em prol da Morte Digna	70
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

1 INTRODUÇÃO

Ao passo que o progresso científico e tecnológico consignou na área médica melhorias na qualidade de vida dos indivíduos, especialmente no tocante ao avanço de tratamentos, aumentando a estimativa de cura, trouxe a lume, igualmente, discussões no âmbito da bioética e do biodireito que não mais podem ser ignoradas. Nesse contexto, a possibilidade de extensão da vida mediante meios artificiais, quando irremediável a sucumbência à enfermidade, surge como ponto de partida para o questionamento sobre pontos moral e sociologicamente delicados, a exemplo da continuidade da vida biológica, sem, contudo, estar-se mais vivendo, mas apenas existindo.

A temática ora debatida merece destaque, pois obriga-nos a enfrentar a capacidade humana de lidar com a finitude da vida e com a vulnerabilidade dos corpos e mentes, desafiando, por derradeiro, a capacidade de compreensão da plenitude da existência, assunto sempre evitado e tratado com estigma. Nessa esteira, assoma-se a imprescindibilidade do debate sobre as questões inerentes à terminalidade da vida, tais como autonomia para morrer, diretivas antecipadas de última vontade e a garantia de dignidade nesse processo, tendo em vista a necessidade de revisão constante da ética médica e a reformulação da forma de proteção do homem ante a ciência.

Ademais, como sabido, é inegável a influência das mudanças enfrentadas pela sociedade perante o Direito, tratando-se de imperiosa a adaptação do segundo as vicissitudes do primeiro. Tal dinamismo jurídico, por consequência, não seria diferente na abordagem da matéria aqui desenvolvida, sobremodo na área do constitucionalismo e da bioética, tendo em vista que a seara médica representa uma das mais expressivas estruturas de transformação da humanidade.

Assim, diante da manutenção corriqueira de pacientes terminais sob tratamentos fúteis, olvidar-se-ia, entretanto, que a vida humana só tem sentido quando moldada pelas roupagens da dignidade, haja vista que sem esta não há que se falar em sujeito, mas mero objeto de direitos. Dessa feita, debate-se sobre a proteção do sujeito de direito frente à terminalidade da vida, de modo a se ter preservados, inobstante sua situação de vulnerabilidade e de morte iminente, seus direitos de autonomia e de dignidade humana.

Tem-se, assim, como objeto da presente pesquisa, a pretensão de, a partir do estudo de caso envolvendo relatos de pacientes terminais, se cotejar os olhares voltados às situações de terminalidade, de modo a desmistificar matérias tais como o testamento vital e permitir a reflexão sobre as seguintes perguntas, que não raro permeiam o cotidiano médico: pacientes terminais têm o direito de morrer em paz e com dignidade? Ou devem sobreviver, mesmo que vegetativamente, até eventual parada respiratória ou morte encefálica? Nesse diapasão, tendo em vista o contexto constitucional contemporâneo no qual estamos inseridos, de supremacia de direitos, indaga-se se nele existiria respaldo do direito à morte digna nas situações de terminalidade.

A partir dessa problematização que se desenvolve a presente monografia, a qual utilizar-se-á do método de abordagem indutivo, tendo em vista que se partirá da análise dos casos amealhados envoltos por relatos de pacientes em estado terminal, a fim de elucidar a temática sobre testamento vital em todos seus aspectos, para então inserir as questões referentes à terminalidade da vida nas discussões bioéticas, bem como verificar a proteção do sujeito de direito como paciente terminal no contexto constitucional contemporâneo.

Na mesma medida, utilizar-se-á do método de procedimento descritivo, uma vez que visa identificar e descrever, em todos os seus aspectos, o testamento vital, bem como descrever questões envolventes à situação de terminalidade de vida e da relação destas para com os dilemas bioéticos. Da mesma forma, será lançado mão do método monográfico, na análise da proteção do sujeito de direito diante da terminalidade da vida no âmbito do direito constitucional contemporâneo. Além disso, será utilizado o método comparativo, pois o trabalho também consiste no estudo comparado das legislações estrangeiras que versam sobre a temática do testamento vital, de forma a apurar os requisitos para validade e eficácia de tal instituto, diante do ainda incipiente material bibliográfico e da inexistência de regramento normativo específico no Brasil sobre a matéria.

Outrossim, utilizar-se-á de método de procedimento bibliográfico, pois o presente trabalho científico será elaborado a partir de pesquisa realizada em livros, artigos e dados publicados, assim como de uma breve pesquisa jurisprudencial junto aos sites eletrônicos de Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e dos Tribunais Regionais Federais, a fim de se verificar a atuação do Poder Judiciário em relação à aplicação do testamento vital no direito brasileiro e sobre o exame das

Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Quanto à sua estrutura, encontra-se o texto bem delimitado em três partes distintas. No primeiro capítulo será desenvolvido o tema do testamento vital em sua totalidade a partir do estudo de caso, englobando para tanto seu conceito e origem, abordados no segundo título, sua previsão e aplicação no direito estrangeiro, tratados no segundo e, por fim sua disposição no ordenamento jurídico brasileiro. Num segundo momento, far-se-á uma aproximação entre a disciplina de bioética, concebida em seus princípios e a mudança da relação médico-paciente tradicional, com a consagração da autonomia na expressão do consentimento informado. Neste cenário ainda, serão trazidas ao universo de discussão bioética as questões envolventes à autonomia de morrer analisadas segundo os processos da eutanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido, de modo a se traçar, posteriormente, um paralelo entre o limite médico-terapêutico, a autonomia do paciente terminal, o processo da ortotanásia e o instrumento do testamento vital.

Por fim, no terceiro capítulo, examinar-se-á a interface dos direitos humanos com o advento do Estado Democrático de Direito no âmbito de crise do positivismo e no desenvolvimento do neoconstitucionalismo. Assim, marcado o papel fundamental da dignidade da pessoa humana nesse novo modelo de Estado, discorrer-se-á sobre seu conceito e sua conseqüente relação com a autonomia privada, para finalmente retomar, no último subtítulo, a situação de terminalidade da vida, de modo a se verificar a proteção do sujeito de direito sito nas circunstâncias alhures, de acordo com a hermenêutica constitucional.

Assim, tal pesquisa tem por fim lançar um olhar sobre a possibilidade de respaldo constitucional do direito à morte digna nas situações terminais, analisado a partir do princípio da dignidade humana e da autonomia privada, este como corolário do segundo.

Derradeiramente, é importante salientar a relevância e a pertinência dessa temática, uma vez que a medicina, como ciência, por encontrar-se em constante desenvolvimento, olvida-se muitas vezes, através de uma atividade mecânica, de seus princípios éticos, fazendo do ser humano apenas um conjunto de sintomas, sem atentar para sua dignidade. Nesse sentido, imprescindível o assentamento de discussões bioéticas envolvendo o princípio da autonomia e a noção da relação médico-paciente, sobretudo no que tange às situações de pacientes terminais e do determinismo decisório dos enfermos quanto aos limites terapêuticos, em prol de

preservar sua dignidade. Assim, tais questões devem ser levantadas, analisadas e discutidas através de um viés humanista e protetivo, que é ao que se propõe o presente trabalho.

2 TESTAMENTO VITAL

2.1 CASOS EMBLEMÁTICOS

Em 15 de abril de 1975, Karen Ann Quinlan, uma americana de 22 anos, deu entrada no Newton Memorial Hospital, em New Jersey, em estado de coma, por causas não esclarecidas. Frente à irreversibilidade do quadro, seus pais, Joseph e Julia Quinlan, solicitaram a retirada do respirador artificial ao Dr. Morse, médico responsável pelo caso que, alegando razões morais profissionais, se negou a cumprir a vontade expressa pelos familiares. Diante da recusa do médico e do fato de a jovem ter, em situações anteriores, manifestado o desejo de não ser mantida viva por aparelhos, os pais da jovem tentaram obter uma autorização judicial para a retirada do respirador artificial.

Somente obtendo êxito em segunda instância, foi designado pela Suprema Corte de New Jersey o “Comitê de Ética do Hospital St. Clair”, nosocômio em que a paciente estava internada, para estabelecer o prognóstico e evidenciar se havia chances da paciente retornar do coma. Emitido o parecer pela irreversibilidade do caso, em 31 de março de 1976, a Suprema Corte de New Jersey concedeu à família de Karen o direito de solicitar ao médico o desligamento dos aparelhos que a mantinham viva. Após o cumprimento da decisão, Karen viveu mais nove anos com hidratação e alimentação artificial, falecendo em decorrência de uma pneumonia, sem respirador externo e com o mesmo quadro clínico de antes¹.

Nesse mesmo ano, no estado do Missouri, Nancy Beth Cruzan, uma americana de 25 anos, sofreu um acidente automobilístico e permaneceu em coma por três semanas, evoluindo para um quadro de inconsciência e, posteriormente, para um quadro de estado vegetativo persistente. Após esse diagnóstico, em outubro de 1983, seus pais solicitaram aos médicos que a alimentação e a hidratação artificial que a mantinham viva fossem suspensas. Contudo, os profissionais não acataram a solicitação, informando que para tal suspensão ocorrer seria necessário que a família obtivesse autorização judicial.

¹ DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia**. p. 25-26. Disponível em: <<http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Ajuizou-se no tribunal de Missouri a ação seis anos após o acidente de Nancy, pleiteando seus pais a autorização para a suspensão da nutrição e da hidratação ministradas artificialmente. Respaldaram tal pedido em uma suposta conversa tida por Nancy com uma colega anos atrás, em que a paciente havia dito que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos da metade de suas capacidades normais. Os pais de Nancy ganharam a causa em primeira instância, mas o Estado recorreu. A Suprema Corte de Missouri alterou a decisão de primeira instância entendendo que os pais de Nancy não tinham competência para decidir em nome da filha, uma vez que era casada e que não havia prova contundente do desejo da paciente.

Em dezembro de 1989, o caso chegou à Suprema Corte americana que avançou na discussão do direito de morrer, reconhecendo-o a pessoas capazes ou que já tivessem manifestado tal vontade de forma inequívoca. Contudo, negou o pedido dos pais de Nancy por entender que não estava clara a manifestação de vontade da paciente. Poucos meses depois, contudo, o caso foi reaberto e o tribunal do Missouri autorizou a retirada da nutrição e da hidratação artificiais. Nancy Cruzan morreu em 26 de dezembro de 1990.²

Theresa Marie Schindler-Schiavo, americana de 41 anos, teve uma parada cardíaca, em 1990 no Estado da Flórida. Permanecendo, pelo menos, cinco minutos sem fluxo sanguíneo cerebral, seu cérebro sofreu grave lesão, resultando em estado vegetativo persistente. O caso ganhou grande repercussão nos Estados Unidos, bem como em outros países, devido ao dissídio entre os familiares acerca da retirada ou não da sonda alimentar que a mantinha viva. Enquanto o marido de Terri, Michael Schiavo, pleiteava às cortes americanas pela morte de sua esposa, embasado no fato de que a enferma já houvera reiterado em oportunidades anteriores a opção de não ter sua vida mantida artificialmente, os pais, Bob e Mary Schindler, se posicionavam contrariamente, alegando que se fazia presente estado mínimo de consciência, comprovado por laudos médicos.

Após anos de conflitos judiciais e, inclusive da edição de leis casuísticas pelo governador da Flórida e pelo Congresso Nacional a fim de suspender a decisão judicial que determinava o desligamento dos aparelhos de Terri, somente foi em

² DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia**. p. 25-26. Disponível em: <<http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

2005, com a vitória de seu marido, que houve a retirada dos tratamentos de alimentação e de hidratação artificial. Quinze anos depois do acidente, Theresa faleceu em 31 de março de 2005.³

Diariamente pessoas como Theresa, Nancy e Karen, continuam sobrevivendo em uma vida que não é mais delas. Inconscientes, incapazes de se manifestar e impossibilitadas de cura, estão submetidas a tratamentos extraordinários com o condão de prolongar suas vidas a todo custo, mesmo não sendo esse procedimento que teriam optado antes de terem sucumbido à névoa eterna da inconsciência. Permanecem existindo, mas as suas vidas não são mais vidas, não são mais remotamente entendidas assim porque não há mais dignidade para fundá-las.

Diante disso, abrem-se portas para discussões referentes a pacientes terminais incapacitados de se manifestarem. Nessa esteira, surge um instrumento deveras recente que possibilitaria a enfermos em mesmas condições, de declararem previamente a quais tratamentos desejariam ser submetidos na superveniência de incapacidade de fato devido a um quadro terminal. Esse mencionado instituto denomina-se testamento vital.

2.2 CONCEITO E ORIGEM

Nas palavras de Godinho, o testamento vital, também podendo ser nominado de “testamento biológico”, “testamento de vida” ou “testamento do paciente”, consiste em um documento, previamente assinado, no qual o interessado juridicamente capaz declara a quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita ser submetido em caso de se encontrar impossibilitado de manifestar sua vontade⁴.

Da mesma forma conceitua a Borges:

O testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou,

³ GOLDIM, José Roberto. Caso Terri Schiavo. Retirada de tratamento. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/terri.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁴ GODINHO, Adriano Marcelete. **Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro**. IN: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), nº 2, p. 956-957. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>.

simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença.⁵

Importante consignar que o testamento vital, instituto nascido nos Estados Unidos, deriva da tradução literal de *living will*, termo cunhado por Luiz Kutner em 1969 na publicação do artigo *Due process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal*, no qual defendia a autonomia do paciente na tomada de decisões referentes a seu tratamento quando diagnosticada a incurabilidade da doença da qual padecia.⁶ Tal tema somente havia sido abordado anteriormente em 1967, numa proposta da Sociedade Americana para a Eutanásia de um documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar sua preferência em interromper as intervenções médicas de manutenção de vida.⁷

A despeito das referidas abordagens introdutórias da matéria, tão somente em 1976 que houve sua primeira aquisição de status legal, mediante a edição do *Natural Death Act* pelo estado da Califórnia, com supedâneo na repercussão do caso Karen Ann Quinlan⁸, aqui já mencionado, de modo a garantir o direito do indivíduo à recusa ou à suspensão de eventual intervenção médica, eximindo de qualquer responsabilização o profissional que atendesse aos seus desejos. Complementarmente, no ano de 1983, promulgou-se no mencionado estado o *California's Durable Power of Attorney for Health Care Act*, texto o qual reconhecia o direito de nomeação de procurador apto a tomar decisões relativas ao tratamento do enfermo, quando este estivesse impossibilitado temporária ou definitivamente⁹, instrumento que viria a ser reconhecido mais tarde como mandado duradouro.

⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro apud MALLET, Miguel Tabbal. **Direito de morrer dignamente**. IN: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.). **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 295-296.

⁶ DADALTO, Luciana. **História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente**. **Revista Mirabilia**. p. 25-26. Disponível em: <<http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁷ PENALVA, Luciana Dadalto. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). In: **Revista de Bioética y Derecho**. N. 28, 2013, p. 65. Disponível em <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf> Acesso em: 06 nov. 2016.

⁸ KAREN ANN QUILAN HOSPICE (Org.). **The story of Karen Ann Quinlan made headlines!** Karen Ann Quilan Hospice, Newton, [20-?]. Disponível em: <<http://www.karenannquinlanhospice.org/about/history/>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁹ DADALTO, Luciana. **História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente**. **Revista Mirabilia**. p. 29. Disponível em: <<http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

A disciplina conquistou seu caráter federal no país norte-americano após outra lide emblemática, dessa vez envolvendo Nancy Beth Cruzan¹⁰. Assim, diante dessa conjuntura e em prol de evitar a dependência do sistema judiciário para a resolução de conflitos semelhantes, editou-se, em 1991, o *Patient Self Determination Act (PSDA)*, que acabou por dispor acerca das *advanced directives* como gênero de documentos de manifestações de vontade para tratamentos médicos, dos quais são espécies o *living will* e o *durable power of attorney for health care*.

Da análise da *susa* mencionada legislação, Clotet conclui:

É implícito que a PSDA se propõe: garantir o direito do paciente à autodeterminação e participação nas decisões relativas ao cuidado da saúde; estimular os pacientes a exigirem seus direitos e formularem suas objeções de consciência no que diz respeito à vida. Para a completa realização destas disposições, prevendo uma possível situação de inaptidão para o exercício dos próprios direitos, recomenda o uso de decisões ou ordens antecipadas (DA) para o tratamento *advanced directives*.¹¹

Dessa maneira, as *advanced directives* ou diretivas antecipadas, documentos os quais de antemão permitem ao paciente o exercício do seu poder de autodeterminação em situações em que esteja impossibilitado – transitória ou definitivamente - de se expressar, poderiam ser realizadas de três formas:

o *living will* (testamento em vida), documento por meio do qual o paciente determina os procedimentos médicos que não gostaria de se submeter, se algum dia estiver incapaz de manifestar sua vontade, seja por estar inconsciente ou por estar em um estado terminal, do qual poderá decorrer a incapacidade; o *durable power of attorney for healthcare* (poder duradouro do representante para cuidados com a saúde), por meio do qual nomeia um representante por meio de um mandato, o qual decidirá e tomará providências em relação ao paciente; por fim, o *advanced core medical directive* (diretiva do centro médico avançado), o qual consiste em um documento mais completo, que reúne as disposições do testamento em vida e do mandato duradouro, ou seja, é a união dos outros dois documentos.¹²

¹⁰ Idem, p. 29-30.

¹¹ CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da The Patient Self – Determination Act. In: **Revista de Bioética y Derecho**. V. 1, n. 2, p. 3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494>. Acesso em: 17 nov. 2016

¹² BOMTEMPO, Tiago Vieira apud KAROLENSKY, Natália Regina. HENRIQUES, Hamilton Belloto. A recusa de tratamentos vitais no ordenamento brasileiro: a escolha é sua. IN: *XXII ENCONTRO*

Nesses termos, consagrou-se as bases delineadoras do testamento vital, cujas características, oriundas do sistema de diretivas antecipadas, residem, conforme o exposto, além de na autonomia da vontade, no possível advento do estado terminal, de forma a amparar o manifestante nesse momento crucial, no qual as decisões previamente tomadas, quanto aos cuidados aos quais deverá ser submetido, deverão ser respeitadas pelo médico responsável.

Ao caracterizar o testamento vital, Dadalto, em sua obra basilar, disserta sobre seus elementos de negócio jurídico unilateral, mais precisamente definindo sua forma, sujeito, objeto e efeitos. Nesse sentido, a autora identifica a imprescindibilidade da capacidade de fato para a elaboração do instrumento, devendo o sujeito ter pleno discernimento do significado de sua disposição, bem como de seus efeitos:

Intrínseco ao testamento vital é o consentimento, a expressão da manifestação de vontade do sujeito. O indivíduo testador deverá ter autonomia e o esclarecimento necessário para que possa realizar disposições.¹³

Há ausência de forma determinada (forma livre), de modo que a vontade do paciente deva ser sempre privilegiada, podendo ser expressa, no entanto, através de documento particular escrito, tão somente para garantir-lhe segurança jurídica. Ainda, quanto ao objeto, em linhas gerais, conforme prevê a autora, tem como conteúdo, consoante já aqui exposto, as disposições que aceitem e/ou recusem determinados tratamentos médicos, desde que não sejam contrárias ao sistema jurídico brasileiro, não podendo, conseqüentemente, fazer-se ressalva aos cuidados paliativos ou a tratamentos ordinários.¹⁴

Tem eficácia *erga omnes*, exceto quanto à vinculação médica, que só se dará quando o referido instrumento estiver anexado ao prontuário do paciente. Por essa razão, a autora defende a criação de um Registro Nacional de Declarações Prévias de Vontade do Paciente Terminal, almejando garantir maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente.

NACIONAL DO CONPEDI, Biodireito, 2013, p. 23 Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c58da3f0418ebdb>>. Acesso em: 17 nov. 2016

¹³DADALTO. Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 149.

¹⁴Idem, p. 149.

Insta salientar, neste tópico, que o cônjuge, companheiro e demais parentes do paciente, bem como o eventual procurador nomeado estão atrelados à declaração prévia de vontade para o fim da vida, ou seja, devem respeitar a vontade do paciente. Vincula ainda as instituições de saúde e os médicos, contudo, estes podem valer-se da objeção de consciência, com fulcro no artigo 5º, VI da CF/88, caso tenham fundado motivo para não realizarem a vontade do paciente. Ressalte-se que, neste caso, o paciente deve ser encaminhado para outro profissional, a fim de que sua vontade seja respeitada.¹⁵

Nas palavras de Rodotá:

O caráter vinculante das diretivas parece ser necessário para evitar uma perigosa 'jurisdicionalização' do morrer, que inevitavelmente ocorreria quando o médico se recusasse a executar as diretivas antecipadas, decisão que precluiria uma impugnação da sua decisão pelo fiduciário ou pelos familiares.¹⁶

Delimitados assim os elementos constituidores do testamento vital, cabe se fazer apontamentos sobre a posição crítica de muitos doutrinadores quanto à denominação “testamento vital” do instituto.

2.2.1 Críticas terminológicas

Impende destacar, nesse contexto, antes de se adentrar nas especificidades do instituto, que a expressão “testamento vital”, proveniente da vernaculização do *living will* adotado nos Estados Unidos, é largamente criticada pela doutrina. Dadalto e Godinho utilizando-se do termo “declaração prévia de vontade do paciente terminal” como sinônimo de “testamento vital” apontam para a imprecisão terminológica do vocábulo baseados na alusão que faz ao instituto do testamento civil, negócio jurídico unilateral disciplinado na condição de direito sucessório¹⁷. Dessa forma, a inadequação do termo cingir-se-ia à incompatibilidade do intento do

¹⁵ Idem, p. 156.

¹⁶ RODOTÁ, Stefano apud PENALVA, Luciana Dadalto. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). In: **Revista de Bioética y Derecho**. N. 28, 2013, p. 65. Disponível em <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2016

¹⁷ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 61.

testamento vital com a característica elementar do testamento propriamente dito, qual seja, a eficácia *causa mortis*, porquanto o efeito do primeiro instituto é *inter vivos*. Em outras palavras, está condicionado não ao evento morte, mas sim à configuração do estado de incapacidade psíquica, anterior ao óbito.

Como leciona Godinho:

Ademais, há outra significativa distinção entre as figuras: o testamento vital tem por objeto firmar antecipadamente a vontade do paciente quanto aos atos médicos a que pretende se submeter, subsistindo as instruções contidas no documento nos casos em que seu subscritor estiver impossibilitado de manifestar-se; o testamento propriamente dito, por seu turno, implica, normalmente, uma divisão do patrimônio pertencente ao testador, não obstante a lei permita que o ato seja celebrado para fins não patrimoniais, como o reconhecimento de paternidade, por exemplo. Seria inócua, por óbvio, a inclusão de instruções acerca dos cuidados médicos a ter em conta num testamento, porque este ato, como já se afirmou, tem sua eficácia jurídica suspensa até que se verifique a morte do testador.¹⁸

Justificando a opção pela nomenclatura “declaração prévia de vontade do paciente terminal” e utilizando da doutrina do civilista Francisco Amaral, Dadalto ensina:

O testamento vital se assemelha ao testamento, pois também é um negócio jurídico, ou seja, uma declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Também é unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, todavia, distancia-se do testamento em duas características essenciais deste instituto, a produção de efeitos post mortem e a solenidade.¹⁹

Assim, superada tal questão, necessário se faz, a título de dissecação do instrumento ora tratado, elucidar a quais tratamentos a doutrina indica que o paciente possa dispor e o significado de estado terminal.

¹⁸GODINHO, Adriano Marcelete. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. IN: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1 (2012), nº 2, p. 956-957. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>.

¹⁹ PENALVA, Luciana Dadalto. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). In: **Revista de Bioética y Derecho**. N. 28, 2013, p. 63. Disponível em <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf> Acesso em: 06 nov. 2016

2.2.2 Contexto de Aplicação e Conteúdo do Testamento Vital: Estado Terminal e Tratamentos

Inobstante não ser um conceito unívoco, entende-se por terminalidade, consoante literatura médica, a situação em que há um elo entre a impossibilidade de cura/recuperação e a iminência da morte²⁰. Nas palavras de Knobel e Silva, ao tratar do paciente terminal, o descreve como aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo.²¹

No dicionário de termos técnicos das ciências médicas, encontra-se a definição do termo paciente terminal conforme aquele que, pela natureza da doença, seu estado avançado e a ausência de recursos médicos capazes de influir na evolução inexorável para morte próxima, deve receber atenção especial.²² Embora silencie o mencionado glossário quanto à estimativa temporal correspondente à “período relativamente curto de tempo”, a doutrina bioética indica o prazo de seis meses, de acordo com a Sociedade Espanhola de Cuidados Paliativos (SECPAL), quando enumera cinco elementos fundamentais a fim de erigir a ocasião da enfermidade terminal:

1. Presença de doença grave, progressiva e incurável;
2. Falta de possibilidades razoáveis de resposta a tratamento específico;
3. Presença de numerosos problemas ou sintomas intensos, múltiplos, multifatoriais e variáveis;
4. Grande impacto emocional no paciente, família e equipe terapêutica, fortemente relacionado com a presença explícita ou não da morte;
5. Prognóstico de vida inferior a seis meses.²³

Ademais, oportuno ressaltar, a fim de que não haja confusão dos institutos, a

²⁰ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 29.

²¹ KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lucia Martins apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida**, dissertação de mestrado UFBA, 2014, Bahia, p. 34. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

²² REY, Luís. **Dicionários de termo técnicos de medicina e saúde**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 146.

²³ MEIRELLES, Júlio Cesar apud CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 145-146.

distinção entre estado terminal e estado vegetativo persistente. Dadalto, citando Faria, define o primeiro como aquele no qual o falecimento é iminente e, só poderia ser detido por aparelhos, enquanto no segundo a vida do enfermo seria passível de prolongamento indefinido, desde que ministradas hidratação e alimentação artificiais. Neste último caso, enquadrar-se-iam os doentes que sofreram lesões agudas no sistema nervoso central, permanecendo apenas preservadas as funções do hipotálamo e do tronco cerebral. Estes pacientes, a despeito de poderem acordar, continuariam em estado de completa inconsciência de si mesmos ou do ambiente que os rodeia, mantendo ciclos de sono e vigília.²⁴

Do mesmo modo, situação distinta é da morte encefálica, pois nesta há ausência total e irreversível de todas as funções cerebrais, caracterizando estado de coma irreversível, apneia e perda de todos os reflexos do tronco cerebral e dos nervos cranianos. Tido o enfermo como legalmente morto, estado este caracterizado pelos critérios presentes na Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina (CFM), tão somente mantém as funções fisiológicas vitais pelo auxílio de aparelhos e respiradouros.²⁵

Nesse compasso, elucidada a separação das circunstâncias médicas alhures suportadas pelo paciente, tendo em vista que geram discussões díspares, precisa-se, portanto, o contexto de aplicação do testamento vital, qual seja, o estado de terminalidade do doente.

Já no que tange ao conteúdo do referido instrumento, especificamente no que versa sobre os tratamentos médicos que a doutrina especifica que o manifestante pode optar no momento da elaboração do testamento vital, forçoso aqui o esclarecimento acerca de sua abrangência. O testamento vital, confeccionado por pessoa com pleno discernimento, tendo em vista que voltado às situações de terminalidade, no que alude às intervenções médicas dadas à escolha do paciente na eventualidade de submissão à doença irreversível, são descritas como as extraordinárias.²⁶

²⁴ PENALVA, Luciana Dadalto apud Rui Faria. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 30

²⁵ KIPPER, Délio José. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. IN: **Revista Bioética**, v.7, n. 1. 1999, p. 2. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/294> Acesso em 17 de novembro de 2016.

²⁶ BRAGA, Rogério Piccino. JÚNIOR, João Antonio Sartori. A confirmação normativa e o registro gratuito do testamento vital como garantia da dignidade da pessoa humana. IN: **XXIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS, Garantias Fundamentais**, 2015, p. 48. Disponível em: <

Por tratamentos extraordinários entendem-se aqueles tidos como fúteis ou que prolongam vida sem, contudo, alterar a situação do enfermo. Diferentemente dos cuidados paliativos, consistentes em tratamentos ordinários ou úteis, os quais por definição objetivam o melhor conforto e qualidade de vida para o paciente no momento derradeiro²⁷, os tratamentos extraordinários podem ser suspensos, sendo esse processo nomeado de suspensão de esforço terapêutico (SET). Ainda, explana Dadalto que os tratamentos extraordinários devem ser aferidos *in concreto*, apontando que intervenções como traqueostomia, ventilação mecânica, oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, medicação com drogas vasoativas, antibióticos e internação em Unidades de Terapia Intensiva (UTI) são, via de regra, consideradas fúteis em pacientes terminais.²⁸

Importante sobrelevar, nesse ponto, que tal método de suspensão de esforço terapêutico (SET) não possuiria, a primeiro relance, óbice no ordenamento jurídico brasileiro, pois não se confunde com a eutanásia passiva, que será tratada mais afrente e, assim sendo, segundo os autores revisados, totalmente passível de enquadramento na declaração prévia.²⁹

Ainda atinente ao conteúdo do testamento vital, como indicado por Dadalto na mesma obra, seria possível, consoante institui a doutrina estrangeira, a previsão do desejo de ser ou não informado sobre diagnósticos fatais, a escolha de um procurador – consistente no mandado duradouro, tema que não será tratado aqui – e a manifestação sobre eventual doação de órgãos, aspecto este que pode se revelar controverso, por muitos entenderem que se caracterizaria desvirtuamento do instituto.³⁰

Sob tal prisma, explanada a gênese do referido instrumento, conceituando sua figura como espécie das diretivas antecipadas de vontade e aludindo, nesse ínterim, às críticas terminológicas, pormenorizou-se, por fim, seus elementos componentes. Desta monta, parte-se para a análise do testamento vital em

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/v614rl37/q8x2vr2ieLB6KHCv.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016

²⁷ PESSINI, Leo. **Eutanásia**. Por que abreviar a vida? São Paulo: Loyala, 2004. p. 94.

²⁸ PENALVA, Luciana Dadalto. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). In: **Revista de Bioética y Derecho**. N. 28, 2013, p. 67. Disponível em <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf> Acesso em: 06 nov. 2016

²⁹ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 29.

³⁰ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 29

determinados países, assim como no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

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

Consoante já discorrido, verificou-se que a origem do testamento vital é estrangeira, tendo como berço o estado norte-americano, pioneiro na positivação do direito de morrer. Assim, ao analisar o cenário atual das discussões centradas nesse tema nos Estados Unidos, Gonzáles menciona que, após a promulgação da legislação federal do *Pacient Self Determination Act* (PSDA), a qual delineou pela primeira vez as diretivas antecipadas de vontade, passou-se a viver uma era pós-legislativa, onde estas igualmente passaram a ser entendidas, na expressão do autor, como uma mera extensão do consentimento informado para a escolha de tratamentos médicos.³¹

Contudo, inobstante esse retrocesso doutrinário, Dadalto destaca a importância da experiência norte-americana para o contexto global³², vez que introduziu a matéria das diretivas antecipadas e do testamento vital na realidade contemporânea, de forma a reacender os debates bioéticos e legais em torno da autonomia decisória do indivíduo na situação delicada envolta pelo fim da vida.

Quanto à experiência europeia diante do assunto, pode-se destacar como marco a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo realizada em 1997, da qual foram signatários trinta e cinco Estados Europeus, pois traz em seu artigo 9º a possibilidade de considerar os desejos expressados anteriormente pelo paciente quanto aos tratamentos médicos que será submetido, caso esteja incapacitado na hora para se manifestar. A sobrevivência da convenção marca o início da positivação do instituto nos países europeus, vez que essa norma internacional teve natureza de vinculação jurídica a todos seus signatários:

³¹ Idem. p. 65.

³² Idem. Op. cit.

Este Convênio é uma iniciativa capital, pois diferentemente das declarações internacionais que o precederam, é o primeiro instrumento internacional com caráter jurídico vinculante para os países que o subscrevem. Sua especial valia reside no fato de que estabelece um marco comum para a proteção dos direitos humanos e da dignidade humana na aplicação de biologia e da Medicina.³³

Na Espanha, nação subscritora da Convenção, o testamento vital corresponde às *instrucciones previas* e teve sua primeira regulamentação pela Lei do Estado da Catalunha no ano de 2002, embora a discussão sobre o tema tenha se iniciado em torno de 1986. Em linhas gerais, essa normativa dispõe que as referidas instruções prévias devem conter instruções à equipe médica sobre o desejo de prolongamento ou não da vida artificialmente e o emprego ou não de medidas extraordinárias, sendo possível igualmente a nomeação de procurador e a disposição/doação de órgãos.³⁴

Válido mencionar, ainda dentro do contexto espanhol, que na ausência de regulamentação do instituto por alguma comunidade autônoma, o Decreto Real nº 124/2007 determina, na ocasião do outorgante domiciliado em umas dessas regiões elaborar seu instrumento de instruções prévias, que este deve ser reconhecido e seguido, no momento oportuno, pelos médicos que atenderem o paciente, independentemente de onde estiver localizado.³⁵ Isso mostra, muito embora o tema ainda não seja pacífico, que há um significativo avanço na positivação do testamento vital no país hispânico, sendo seu documento mais recente, de acordo com Assumpção, o *Guía para hacer la voluntad vital anticipada*, o qual determinaria a aplicação das diretivas quando o indivíduo estiver inconsciente, em coma ou simplesmente incapaz de decidir.³⁶

Diferentemente é o caso da Itália, país que, em que pese ser signatário do Convênio de Oviedo, não ratificou o tratado, tampouco promulgou lei que disciplinasse a matéria. Contudo, a partir de 2003 ganharam relevo as discussões

³³ ESPANHA. LEY 41/2002, de 14 de noviembre. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 15 nov. 2002.

³⁴ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte. p. 72.

³⁵ Idem, p. 76

³⁶ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida**, dissertação de mestrado UFBA, 2014, Salvador, p. 90. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

sobre testamento vital, ocasião da edição do documento intitulado de *Dichiarazioni Antecipate di Trattamento* pelo Comitê Nacional de Bioética, o qual veio dispor sobre as diretivas antecipadas no geral, não apenas referentes à declaração prévia de vontade do paciente terminal, e realçar a necessidade de legislação que a desse caráter imperativo.³⁷

Todavia, como leciona Dadalto, foi tão somente no ano de 2006 que a matéria ganhou contornos políticos e sociais, em virtude do caso Piergiorgio Welby³⁸, cujo julgamento emblemático consagrou larga utilização do instituto e conseqüentemente o seu respeito pelos profissionais da saúde. Assim, depois de anos de lacuna legislativa, em 2012 foi aprovada a referida lei, contendo disposições em matéria de aliança terapêutica, consentimento informado e declarações antecipadas de vontade.³⁹

Em Portugal, as diretivas são reguladas pela Lei nº 25/2012, sendo sua redação consideravelmente ampla e minuciosa, aplicando-se a qualquer caso de incapacidade de manifestação decisória pelo paciente, não havendo, tampouco, restrição a situações de terminalidade. Declarando como princípio das diretivas antecipadas, a normativa prima pela não submissão a tratamento fútil e a suporte artificial das funções vitais, desde que tal declaração confeccionada pelo manifestante não contrarie a lei, promovendo a morte não natural ou a eutanásia. Além disso, houve a criação nesse país do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), banco de dados no qual tem por escopo recepcionar, registrar, organizar e manter atualizada a informação e documentação relativas às diretivas antecipadas de vontade, de modo a facilitar sua publicidade e, por conseqüência, seu cumprimento pelo setor médico.⁴⁰

Por sua vez, a Alemanha possui, em seu ordenamento, um instituto equivalente às diretivas antecipadas de vontade, denominado *Patientenverfügungen*,

³⁷ Idem, p. 77.

³⁸ Idem, p. 79

³⁹ PATTO, Pedro Vaz. **A discussão sobre o “testamento vital” em Itália e em Portugal**. Blog Algarve pela vida. Disponível em: <<http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2012/09/a-discussao-sobre-o-testamento-vital-em.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁴⁰ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida**, dissertação de metrado UFBA, 2014, Salvador, p. 88. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

que integra formalmente o Código Civil alemão desde 2009.⁴¹ Os dispositivos que introduziram o testamento vital, basicamente, expressam que a manifestação de vontade do paciente deve ser levada em conta em futuros exames, tratamentos e intervenções médicas.⁴²

No que aduz ao contexto latino-americano, Porto Rico foi o primeiro Estado a reconhecer e disciplinar as diretivas antecipadas da vontade, em 2001, seguido pela Argentina e pelo Uruguai nos anos de 2012 e 2009, respectivamente. Na Argentina, embora a matéria tenha sido preliminarmente prevista pela Lei nº 4.263 originária da Província do Rio Negro⁴³, foi por intermédio da Lei nº 18.473 de 24 de maio de 2012, que se assegurou a nível federal a autonomia do indivíduo em previamente aceitar ou rechaçar intervenções médicas destinadas às situações de doenças incuráveis ou de estado terminal, permitindo-o a rejeitar procedimentos cirúrgicos, reanimação artificial, medidas extraordinárias de suporte vital e tratamentos de alimentação e hidratação artificiais quando objetivam tão somente o prolongamento do estado irreversível do paciente.⁴⁴

Entretanto, quanto ao Uruguai, sua legislação mostrou-se consideravelmente mais restritiva, anunciando que as diretivas antecipadas estariam destinadas unicamente a pacientes terminais, cujo quadro clínico deve ser atestado por no mínimo dois médicos. Assim sendo, a Lei nº 18.473 de 2009 instituiu a impossibilidade de disposição sobre cuidados paliativos, os quais não devem em qualquer hipótese ser suspensos, e a necessidade de indicação pelo paciente de um procurador proveniente da área da saúde para velar pelo cumprimento da diretiva antecipada.⁴⁵

Tal análise é de suma importância para o estudo da legitimidade do testamento vital no plano constitucional brasileiro, pois o entendimento dos fundamentos e das discussões deste instituto em outros países possibilitará a

⁴¹ ALEMANHA. Legislação de testamento vital na Alemanha. In: **Testamento Vital**, [S.L.], 2014. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/legislacao/alemanha/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁴² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Testamento vital e seu perfil normativo: parte 2. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-11/direito-comparado-testamento-vital-perfilnormativo-parte>>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁴³ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 86.

⁴⁴ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida**. Dissertação de mestrado UFBA, 2014, Salvador, p. 89-90. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁴⁵ Idem, p. 89.

verificação de ser este garantidor e concretizador da dignidade do paciente terminal.

2.4 TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de tudo, é de suma relevância sublinhar que no âmbito nacional, não há até o momento normativa federal infraconstitucional que trate sobre o assunto do testamento vital. O tema, contudo, é previsto tão somente por resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), as quais, por seu caráter profissional disciplinar, atentam prioritariamente à proteção da atividade médica em ocasiões que envolvem tratamentos de pacientes em estado terminal, do que à normatização do instituto.

Por conseguinte, a lacuna normativa que se instaura quanto à validade da manifestação da autonomia do portador de enfermidade incurável é razão para o desenvolvimento de três processos como elenca Assumpção:

(a) a insegurança jurídica na atuação diária por parte dos profissionais de saúde, dos pacientes e dos familiares; (b) a iniciativa regulamentar no âmbito administrativo; (c) o ativismo judicial, pela necessidade de atuação do Poder Judiciário para colmatar os vazios normativos.⁴⁶

Nesse diapasão, uma das disposições cruciais no contexto que se desenha é a Resolução nº 1.805 de 2006 do CFM. Ela dispõe, sobretudo, acerca da possibilidade do médico de limitar ou suspender tratamentos que prolonguem a vida do paciente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável.⁴⁷ Pelo seu pioneirismo na área médica, a referida normativa tornou-se objeto de discussão na Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, promovida pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal. A referida lide, na qual se questionou a constitucionalidade da regra no tocante à suposta violação ao direito de vida, pleiteando-se sua nulidade, foi julgada improcedente, ao declarar que a tese atacada

⁴⁶ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida**. Dissertação de mestrado UFBA, 2014, Salvador, p. 91 Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>> . Acesso em: 17 nov. 2016.

⁴⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 20 nov. 2016.

não apresentava nenhuma ofensa ao ordenamento jurídico posto.⁴⁸

O magistrado, ao sentenciar utilizou-se dos mesmos argumentos do parecer ministerial, tendo em vista que houve a renúncia pela parte autora do direito no qual se fundava a ação, na instância recursal. Na minuciosa manifestação parquesiana, embasada no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito de não submissão à tortura, tratamentos desumanos ou degradantes, expressos nos artigos 1^a, III e 5^o, III da Constituição da República, claramente explanou a natureza da resolução, a qual tão somente resguardava o profissional da saúde, não abordando em absoluto normas de direito penal. Nas palavras da Procuradora da República Luciana Loureiro de Oliveira, a resolução não ultrapassara a competência regulamentar, unicamente buscou dar mais transparência a uma prática que já era comum, porém frequentemente ocultada por temor de represálias ética-disciplinares.⁴⁹

Dessa maneira, superado o entrave judicial instaurado e diante do grande avanço adquirido com a normativa para o âmbito das diretivas antecipadas de vontade, no ano de 2009 sobreveio a Resolução nº 1.939, criadora do Novo Código de Ética da Medicina.⁵⁰ Assim, por intermédio desse novo diploma, consolidou-se igualmente um novo paradigma da relação médico-paciente, erigindo, em seu texto, princípios que, em linhas gerais, consagraram a autonomia decisória do paciente, de modo a evitar, nas situações de terminalidade, o emprego de medidas terapêuticas desnecessárias, e propiciar o bem-estar do enfermo. Nas palavras de Teixeira e Dadalto:

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

⁴⁸ BRASIL, SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. Sentença da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Data da publicação: 09/12/2010, p. 1. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁴⁹ Idem. p. 3-9.

⁵⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

prévias do paciente, que deverão ser instrumentalizadas através do testamento vital.⁵¹

Da análise do diploma, é possível perceber o amparo dado à promoção dos cuidados paliativos e, por consequência, à prática da ortotanásia, revelando, contudo, censura às medidas de eutanásia e de distanásia, conceitos que serão tratados mais adiante, como se pode inferir do art. 41:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.⁵²

A diplomação mais recente é dada pela Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, de grande relevo para a temática aqui desenvolvida, pois é esta a primeira disciplinadora do testamento vital, depois de uma evolução histórica longa no assunto. No seu art. 1º, é definido o que seriam diretivas antecipadas de vontade, conceito este, como se pode notar, que compreende tanto o instituto do testamento vital quanto o do mandado duradouro. Ademais, a normativa também estabelece o respeito do médico às disposições do paciente quanto aos tratamentos que desejará se submeter, contanto que não contrários aos preceitos éticos vinculados ao exercício da profissão.⁵³

Entretanto, embora a Resolução nº 1.995/2012 represente importante instrumento para a inserção definitiva do testamento vital no cenário médico brasileiro, na medida que traz a possibilidade de conectar a conduta ética do profissional de medicina com a necessidade de se respeitar as decisões previamente feitas pelo paciente, não foi isenta de controvérsias. A constitucionalidade e a legalidade da normativa tornaram-se objeto de celeuma no

⁵¹ TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. **Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro**. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010, p. 71-72.

⁵² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**, p. 41. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁵³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Judiciário por conta da Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500 ajuizada pelo Ministério Público Federal no Estado de Goiás.

Discutida a possível afronta da Resolução e de suas diretrizes à segurança jurídica e ao direito de escolha dos familiares do paciente, e trazida à lume o exercício do CFM fora de sua competência regular, julgou-se improcedente a demanda, entendendo o magistrado pela não extrapolação de competência definida pela Lei nº 3.268/57, tampouco pela tentativa de introdução no sistema da ortotanásia, vez que se trata unicamente de regulação da conduta ética da classe. Ademais, expressa o magistrado que o entendimento esposado na sentença se coaduna com os princípios da dignidade humana e com relevância dada pelo ordenamento brasileiro à autonomia do paciente quanto à decisão de seus tratamentos médicos.⁵⁴

Indicada a validade da Resolução, bem por consequente a do testamento vital, a referida decisão apresenta deveras magnitude, vez que estendeu seus efeitos a alcance nacional, criando acórdão paradigma para as demais disputas envolvendo a mesma temática.⁵⁵

A literatura oferece mais uma causa emblemática no assunto, dessa vez sendo protagonizada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o recurso de apelação nº 70054988266 interposto pelo Ministério Público. Nele, o *Parquet* pleiteava o suprimento de consentimento do paciente que tinha testamento vital formulado, para promover um processo cirúrgico de amputação de seu pé esquerdo, que se encontrava em estado de necrose avançada, com a finalidade de salvar-lhe a vida. Dessa monta, embasado na Resolução nº 1.995/2012, os desembargadores entenderam por bem respeitar a vontade do enfermo, porquanto estava no exercício de seu direito de autonomia, e improveram o referido recurso.⁵⁶

Ademais, ainda no âmbito jurídico, o Conselho Nacional de Justiça editou em maio de 2014 o enunciado nº 37 na I Jornada de Direito da Saúde, no qual dispõe que as diretivas ou declarações antecipadas de vontade que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente

⁵⁴ BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS. Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500/7100. P. 6-7. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁵⁵ Idem, p. 3.

⁵⁶ BRASIL, RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70054988266. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 20 nov. 2016.

por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.⁵⁷

Destarte, depreende-se de todo exposto, que é expressivo o avanço no tema, sobretudo perante o reconhecimento de importante órgão do Poder Judiciário acerca do testamento vital, conferindo-lhe legalidade e relevância. Desta feita, “concordar que o testamento vital só pode ser válido ante à existência de norma específica é engessar o sistema normativo brasileiro e ignorar a existência e aplicação de princípios constitucionais”. Possibilitar ao indivíduo elaborar o testamento vital, desde que esse exercício seja lúcido e não interfira no direito de terceiro, é preservar a capacidade de autodeterminação, salvaguardando os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia.

Contudo, antes de se ser discutido com mais afinco e profundidade a análise jurídica desse instituto, importante se revela traçar um paralelo com os dilemas bioéticos concernentes à autonomia de morrer e à relação médico-paciente, tendo em vista que o testamento vital nesses desafios está inserido e deles emerge para o Direito como um tema polêmico e eivado de estigma. Dessa forma, clareando a visão acerca do tratamento dado a esse tema pela Bioética, torna-se mais simples sua introdução no cenário jurídico.

⁵⁷ DADALTO, Luciana. **História do Testamento Vital**: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia**. p. 23-15. Disponível em: <<http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

3 TERMINALIDADE DA VIDA: DESAFIOS BIOÉTICOS, MUDANÇA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E AUTONOMIA PARA MORRER

Com o advento do século XIX e do progresso na área médico-científica, ao arrimo do desenvolvimento de novas técnicas terapêuticas especialmente na área da saúde, afloraram-se questionamentos tangentes à proteção do ser humano, sobremaneira àqueles referentes à preservação da vida e ao emprego de todos os recursos no tratamento de pacientes acometidos por doenças irreversíveis. Tais debates de origem bioética perpassam a seara médica, abrindo oportunidades para a configuração de uma nova relação médico-paciente, calcada numa principiologia mais humanitária e responsável, de modo que as discussões envolvendo a terminalidade da vida e o direito a uma morte digna, ultrapassam o âmbito da medicina, abarcando a transdisciplinariedade da bioética e do direito.

Para tanto, examinar-se-á o contexto do surgimento da disciplina bioética, seus princípios e de que modo essa corrente afetou a relação clássica médico-paciente legitimada na modernidade. Nessa seara, a posteriori, serão abordados pontos polêmicos relacionados à terminalidade da vida, tais como a eutanásia, mistanásia, suicídio assistido e distanásia, seguindo para a apreciação do limite médico-terapêutico sob o enfoque da dignidade e da autonomia, relacionando-os à ortotanásia, cuidados paliativos e ao testamento vital.

2.1 BIOÉTICA E MUDANÇA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

2.1.1 Origem e Princípios da Bioética

A bioética, neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethiké* (ética)⁵⁸, desenvolveu-se num contexto de preocupações com o desenvolvimento e o progresso da sociedade a partir da década de 60, momento no qual começou a se notar prejuízo ao meio ambiente.⁵⁹ Para Van Rensselaer Potter, biólogo e oncologista da Universidade de Wisconsin, considerado pai da bioética, posto que foi o primeiro

⁵⁸ PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 23

⁵⁹ FABRIZ, Dauray Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 74.

a se utilizar da alcunha em seu artigo intitulado “Bioética: uma ponte para o futuro” em 1970⁶⁰, concebeu a disciplina como uma nova ciência ética que venha combinar humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural e que potencialize o senso de humanidade.⁶¹

Dessa maneira, apesar do ideal ambientalista pelo qual se originou o termo, a proposta de Potter concedia um sentido macro e interdisciplinar, inclinando-se a uma ética global, afirmando que a bioética era concebida como grande necessidade ética da Terra, a qual abarcaria a ética das populações, do consumo, a ética urbana, médica, internacional, etc.⁶²

Nem o próprio Van Rensselaer Potter poderia imaginar a velocidade como as coisas transcorreriam. É oportuno mencionar que a sua visão original da Bioética focalizava-a como uma questão ou compromisso mais global frente ao equilíbrio e preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida no planeta, diferente daquela que acabou difundindo-se e sedimentando-se nos meios científicos a partir da publicação do livro *The Principles of Bioethics*, escrito por Beauchamp e Childress, em 1979.⁶³

A despeito desse caráter abrangente, o termo inicialmente passou a ser aplicado sobretudo à ética no âmbito das ciências biológicas, devido ao cenário de desenvolvimento de pesquisas com seres humanos. De fato, a partir da metade do século XX, vários meios terapêuticos eficazes foram postos à disposição da medicina, ocasionando, por conseguinte, a intensificação de experimentos humanos, cujos resultados se superaram em quantidade de benefícios. No entanto, concomitantemente, iniciaram-se reflexões de ordem moral, social, política, teológica e ética quanto aos conceitos médicos até então arraigados.⁶⁴

Devido essencialmente à preocupação de harmonizar o uso das ciências biomédicas e suas tecnologias com os direitos humanos, centrado principalmente no âmbito da pesquisa, que o Código de Nuremberg, posteriormente revisado pela Organização Mundial da Saúde transmutando-se na Declaração de Helsinque, é considerado um dos marcos para a bioética, justamente por disciplinar os princípios

⁶⁰ CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.

⁶¹ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 74.

⁶² Idem.

⁶³ COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA Volney, OSELKA, Gabriel apud CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.

⁶⁴ CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7.

que a regem no trato com indivíduos.⁶⁵

Foi com Andre Hellegers, fisiologista fetal holandês, da Universidade de Georgetown, que a bioética ganhou seu sentido na ciência médica, sendo identificado por David Roy, diretor do Centro de Bioética da Universidade de Montreal, como complexo de estudos interdisciplinares que convergem para uma manipulação responsável da vida humana ou da pessoa humana, na medida em que se verifica um vertiginoso progresso das tecnologias aplicadas à saúde. Nas palavras de Reich, organizador da primeira Enciclopédia de Bioética, esta seria o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e da atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar.⁶⁶

Quanto às construções teóricas nacionais sobre a bioética, o bioeticista Clotet é nome de peso quando pertine à matéria. Em sua obra pioneira, de acordo com Pithan, também se refere à transdisciplinaridade desse novo campo de estudo, definindo sua pretensão na busca de soluções para conflitos éticos na área da saúde, para os quais não existem soluções predeterminadas.⁶⁷ Oferece a doutrinadora enfoque à expressão “transdisciplinaridade”, porquanto metodologia mais complexa que a interdisciplinaridade consagrada por Reich, tendo em vista que trabalha com mais de um nível de realidade e que, por isso, evita a redução do conhecimento a uma única perspectiva.⁶⁸

Sob este ângulo, contemplada a polissemia do termo “bioética” e fixada sua característica transdisciplinar, a qual impede o reducionismo de discussões complexas a respostas prontas⁶⁹, pode-se afirmar que os recursos utilizados para o desenlace dos conflitos bioéticos estariam alicerçados no principiologismo. O principiologismo bioético, nascido nos Estados Unidos da união do Relatório *Belmont* (1978) e do livro *Principles of Biomedical Ethics* (1979) de autoria de Tom L. Beauchamp e de James F. Childress, baseia-se em quatro princípios: (1) respeito à

⁶⁵ CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 8.

⁶⁶ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 74-75.

⁶⁷ CLOTET, Joaquim apud PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 24.

⁶⁸ NICOLESCU, Basarab apud PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 25.

⁶⁹ PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 25.

autonomia; (2) não-maleficência; (3) beneficência e (4) justiça.⁷⁰

O princípio da beneficência em seu caráter filosófico quer dizer fazer o bem. Objetiva a promoção da saúde e a prevenção da doença, e por essa razão, é o preceito que acaba por fundamentar o ideário e a imagem da medicina clássica de tradição hipocrática: “usarei o tratamento para o bem dos enfermos, segundo minha capacidade e juízo, mas nunca para fazer o mal e a injustiça”. Em complementariedade, está o princípio da não-maleficência, o qual significa, acima de tudo, o não dar ensejo a danos.⁷¹ Enquanto a meta da beneficência importa uma conduta ativa ou comissiva, este último remete à uma atitude abstenta.

O princípio da justiça, a seu turno, se relaciona com a justa distribuição de recursos destinados à saúde, dependendo da política nacional adotada.⁷² Dialoga, portanto, com a dimensão social dos direitos fundamentais e, nesse sentido, pode-se visualizar seu caráter polêmico, conquanto atrai discussões sobre a reserva do possível e sobre até que ponto a vida e o bem-estar do paciente pode ser guiada pelas verbas disponíveis.⁷³ Abre-se, aqui, caminho inclusive para o debate da mistanásia, que será tratada mais afrente.

Por fim, o princípio da autonomia pressupõe respeito pelos atos e decisões de cada indivíduo, implicando a competência das pessoas de se autodeterminarem quanto a seus corpos e decisões sobre seus tratamentos. De acordo com sua origem epistemológica, autonomia, termo derivado do grego “*auto*” (próprio) e “*nomos*” (lei), expressa o autogoverno do indivíduo de tomar decisões que afetam sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais. Nos termos de Conti, a pessoa autônoma é aquela que tem liberdade de pensamento, é livre de coações internas ou externas para escolher as alternativas que lhe são apresentadas.⁷⁴

Assim, como elucida Moreira, a autonomia do paciente deve ser defendida, sob a égide da humanização do atendimento médico, consagrada através dos valores da sociedade, da ética e das relações humanas.⁷⁵

⁷⁰ Idem. Op. cit.

⁷¹ CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 125.

⁷² BRUISAN, Espeleta apud PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 28.

⁷³ DIAS, Maria Berenice apud CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 125.

⁷⁴ CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 126.

⁷⁵ MOREIRA, Artur Custódio apud CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 127.

No que diz respeito à aplicação da autonomia do paciente na tomada de decisões acerca dos cuidados de saúde aos quais estes devem (ou não) ser submetidos, Beuchamp e Childress apontam três modelos de autonomia a serem levados em conta:

O primeiro é chamado de modelo de julgamento substituto, que parte da premissa de que as decisões sobre tratamentos pertencem propriamente ao paciente incapaz ou não-autônomo, em virtude dos direitos à autonomia e à privacidade. Por este modelo, o paciente, nomeia um decisor substituto que deverá tomar decisões como se fosse o paciente. Esses autores defendem a utilização deste modelo apenas para pacientes que já foram capazes, quando existam sérias razões para se acreditar que é possível prever qual seria a decisão que este teria tomado se estivesse no gozo de suas atribuições físicas e mentais (*durable power of attorney*).

O segundo modelo é denominado modelo de pura autonomia e se aplica exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante. Aqui, o paciente expressou previamente sua vontade e é esta vontade que orientará a tomada de decisões nos cuidados de sua saúde (declaração prévia de vontade do paciente terminal).

Por fim, o terceiro e último é o modelo dos melhores interesses no qual um decisor substituto deve determinar o maior benefício entre as opções possíveis, atribuindo diferentes pesos aos interesses que o paciente tem em cada opção e subtraindo os riscos e os custos inerentes a cada uma. Percebe-se que este modelo possui uma carga valorativa, vez que se baseia na atribuição de pesos aos interesses, o que não se coaduna com a teoria do Direito como Integridade de Dworkin, na qual não há atribuição de pesos – ponderação – dá lugar à adequação dos princípios jurídicos. Assim, o modelo dos melhores interesses só poderia ser aplicável no Estado Democrático de Direito se objetivasse adequar os interesses em jogo, perante o caso concreto e não equacioná-los de modo axiológico.⁷⁶

Inobstante ser melhor desenvolvido o assunto no capítulo seguinte, impende consignar por ora que o princípio da autonomia no direito médico tem por máxima expressão o elemento do consentimento informado, conceito este que veio a revolucionar a relação médico-paciente tradicional.⁷⁷

3.1.2 Consentimento Informado e Mudança da Relação Médico-Paciente

Enquanto no direito civil, consentimento é a simples materialização da vontade do sujeito em sua expressão de autonomia, para a bioética, especialmente

⁷⁶ BEUCHAMP; CHILDRESS apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 30-31.

⁷⁷ PITHAN, Livia Haygert. A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 25.

na seara da saúde, o consentimento informado, espécie daquele, pressupõe ainda a informação do indivíduo que expressará de forma livre sua anuência na realização do negócio jurídico ou, em outras palavras, conformidade ou não com o tratamento a qual será submetido.⁷⁸

Na lição de Godinho:

No âmbito das relações estabelecidas entre médicos e pacientes, o consentimento informado – expressão que se cunhou para identificar que a declaração de vontade do paciente é externada de forma livre e devidamente esclarecida – é a expressão da autonomia que se lhes confere para aceitar ou recusar determinados tratamentos ou intervenções, com base nas informações prestadas acerca dos riscos e dos procedimentos que serão seguidos.⁷⁹

No contexto da divulgação das experiências médicas realizadas nos campos de concentração nazifascistas, o debate sobre o consentimento informado vira tema central da ética médica. A doutrina situa seu surgimento no final da Segunda Guerra Mundial, sobretudo após a regulamentação dos experimentos humanos pelo Código de Nuremberg (1947). Diploma este considerado crucial no marco de passagem de um sistema legitimador de atrocidades em benefício da ciência para outro pós-positivista, o qual condena intervenções médicas não autorizadas. Inclusive, encontra-se estipulado no próprio corpo do texto o direito de consentimento informado:

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

⁷⁸ CASABONA, Carlos María Romeo apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 40

⁷⁹ GODINHO, Adriano Marceleto. **Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro**. IN: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), nº 2, p. 956-957. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>.

consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.⁸⁰

Pereira, citado por Dadalto, ao se referir à necessária humanização das técnicas médico-científicas e à evolução do consentimento informado como manifesto da autonomia, preceitua que:

(...) os programas de esterilização forçada, de tratamento compulsório e de instrumentalização da pessoa humana nos campos de concentração e em hospitais psiquiátricos alertaram a sociedade e a doutrina jurídica a dar primazia aos interesses de cada ser humano. O indivíduo, a partir do liberalismo, tomou consciência do direito à autodeterminação do próprio corpo que, aliada ao constante avanço da Medicina, gerou a valorização do consentimento do paciente nas intervenções médicas.⁸¹

Justifica-se, por derradeiro, o consentimento informado a partir da tentativa de minimizar os danos infligidos aos sujeitos de pesquisa, criando um mecanismo de proteção da autonomia decisória dos destinatários da eventual experiência científica. No entanto, mais que um regramento voltado para a pesquisa, serve como parâmetro para toda a atividade médica, de modo a assegurar a todo paciente o direito de exercício de sua decisão livre de vícios de qualquer ordem, estando, para tanto, amparado em informações fornecidas pelo próprio profissional da saúde.

Indispensável, nesse sentido, se faz aludir à definição dada por Villas-Bôas:

Para que o paciente consinta ou dissinta em um procedimento, é preciso que ele saiba exatamente o que está concordando ou de que esta discordando. Assim, é mister que o médico o informe, em linguagem clara e acessível, de que se trata a medida, seus riscos e benefícios, porque está sendo indicada naquela ocasião etc. Além do esclarecimento, é preciso que haja efetiva compreensão das informações dadas e habilidade psicológica para, além de compreendê-las, poder o receptor manejá-las, de modo a produzir uma decisão coerente e verdadeiramente indicativa de sua vontade. Para ter validade jurídica, o consentimento deve ser expresso por

⁸⁰ TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, CÓDIGO DE NUREMBERG, p. 2. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/codigo_nuremberg.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016

⁸¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 40

indivíduo lealmente capaz e de maneira livre e voluntária, sem coação física ou moral.⁸²

Nesse ínterim, devido à magnitude do tema, ele encontra-se positivado em ambos os níveis internacional e nacional. Quanto à previsão em âmbito global, pode-se citar o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a já mencionada Declaração de Helsinque e Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina (1978) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).⁸³ No que tange ao cenário pátrio, Dadalto reporta-se à garantia do direito à informação a todo e qualquer cidadão, presente tanto na Constituição Federal no seu art. 5º, XIV, quanto no Código de Defesa do Consumidor no dispositivo do art. 6º. Além das normas infraconstitucionais, o Código de Ética Médica prevê tal direito no bojo dos princípios fundamentais estipulados no Capítulo I, inciso XXI e nas vedações expressas nos artigos 31 e 34.⁸⁴

Orientando-se por esses preceitos, a fim de contextualizar tal discussão com a análise do testamento vital aqui desempenhada, fundamental se mostra fazer um adendo e traçar um paralelo entre o consentimento informado e as diretivas antecipadas de vontade. Dessa maneira, embora sejam, de acordo com Assumpção, institutos díspares e, portanto, não sinônimos, possuem como ponto de contato a aceitação ou recusa de medidas terapêuticas, sendo ambas formas de manifestação legítima da autonomia de vontade do paciente.⁸⁵ Por essa razão, Rodrigues inclui as diretivas antecipadas na sistemática da teoria geral do consentimento informado:

As diretivas antecipadas podem ser inseridas na sistemática da teoria geral do consentimento informado porque se supõe que a pessoa que as tenha formulado tenha recebido, previamente à sua manifestação de vontade, as informações necessárias quanto à natureza, objetivos, consequências e

⁸² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida. Dissertação de mestrado UFBA, 2014, Salvador, p. 84. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>> Acesso em 17 de novembro de 2016.

⁸³ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 39.

⁸⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2.ed. Revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 63.

⁸⁵ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida. Dissertação de mestrado UFBA, 2014, Salvador, p. 87. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>> . Acesso em: 17 nov. 2016.

riscos das intervenções médico-cirúrgicas, as quais deseja ou não se submeter, sendo certo que essa expressão volitiva pode e deve ser revogável a qualquer tempo.⁸⁶

Mais precisa não poderia ser senão a síntese formulada por Assumpção a respeito da ligação entre os dois conceitos. Para ele, as diretivas antecipadas de vontade, de abrangência mais restrita do que a do consentimento informado⁸⁷, pressupõem este último, porém com ele não se confundindo, justamente porque se caracteriza pela manifestação da autonomia em momento de capacidade para que seja observada quando sobrevier incapacidade superveniente.⁸⁸

Superada a ideia de que o paciente nada tem a dizer sobre os tratamentos médicos que lhe são propostos, passa-se a admitir que cada indivíduo se torne senhor das decisões a tomar sobre si mesmo. É este o ponto de partida para aceitar que se possa planejar para o futuro o consentimento, cabendo ao médico respeitar os termos da declaração prévia de vontade emitida por seu paciente. Apesar disso, cabe apontar, de plano, uma distinção entre o consentimento informado para a realização de um procedimento médico e as diretivas antecipadas: enquanto naquele ato há a aceitação ou rejeição a determinado tratamento proposto para a cura de um mal presente, nestas ocorre uma projeção que se reporta a casos futuros. A lógica que orienta um ou outro caso, contudo, assenta no mesmo fundamento: o respeito à autonomia pessoal do paciente.⁸⁹

Ultrapassado esse apenso e, tendo em vista que se trata mais do que mera expressão dos desejos do paciente, mas sim de um intercâmbio entre ele e o

⁸⁶ RODRIGUES, Renata de Lima apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de metrado UFBA, 2014, Salvador, p. 87. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁸⁷ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de metrado UFBA, 2014, Salvador, p. 87. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁸⁸ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de metrado UFBA, 2014, Salvador, p. 88. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁸⁹ GODINHO, Adriano Marcelete. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. IN: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1 (2012), nº 2, p. 956-957. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>.

médico, conforme interpretação do autor supracitado⁹⁰, o consentimento informado encontra-se situado essencialmente na relação médico-paciente. Nesse sentido, Dadalto adverte que, apesar de doutrina majoritariamente contrária, há situações em que a abordagem do consentimento informado não corresponde necessariamente à referida relação, como nos casos de pesquisas genéticas para empresas farmacológicas.⁹¹ Há então, conforme elucida Barreto e Braga em mesma obra, distinção entre o consentimento informado com finalidades terapêuticas e aquele destinado à experimentação humana.⁹²

No entanto, quando se atém ao primeiro caso de consentimento, o tópico da relação médico-paciente vem à baila, pois estão intrinsecamente conectados. Nesse diapasão, imprescindível a análise dessa associação no decorrer dos séculos, principiada pela tradição clássica hipocrática, até a contemporaneidade regida pelos princípios bioéticos e pelo consentimento informado como personificação da autonomia privada.

No dizer de Dadalto, ao definir a natureza da relação médico-paciente, a enquadra em conjuntura contratual, porquanto a entende como um encontro de vontades entre médico e paciente guiada pelo almejo de um valor existencial e submetida aos princípios bioéticos, especialmente o da dignidade.⁹³ Daí porque, na leitura de Sá, seria muito mais que um negócio jurídico, consagrando a relação médico-paciente como base da ciência médica e tendo como objetivo o comprometimento para com a saúde, o bem-estar e a dignidade do indivíduo.⁹⁴ Em outras palavras, não seria uma relação meramente patrimonial, mas, devido a seus princípios propulsores, seria uma relação intersubjetiva de caráter essencialmente existencial.

Contudo, como bem menciona a doutrinadora, há resistência ainda por parte

⁹⁰ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de mestrado UFBA, 2014, Salvador, p. 84. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁹¹ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 40.

⁹² BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGA, Renata apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 40.

⁹³ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 41.

⁹⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 41.

da medicina em aceitar tal concepção doutrinária, sobretudo em razão da referida pauta ética, tendo em vista a cultura eminentemente paternalista desenvolvida pela classe profissional ao longo dos anos.⁹⁵ De fato, consubstanciada no juramento de Hipócrates como expressão do ideário das ciências médicas, o qual silenciava sobre os direitos de livre-arbítrio do paciente⁹⁶, a prática que se instaurou é de cunho hierárquico. Significa dizer que há uma presunção por parte do profissional de que aquele que lhe procurou transferiu-lhe o direito de tratá-lo, tendo vista que é este o detentor do conhecimento e da possibilidade de cura e, por conta disso, tem o dever de empregar todos os meios, de sua prerrogativa exclusiva, que dispõe para diagnosticar e combater a doença.⁹⁷

Nessa interpretação feita pela tradição clássica da medicina, que julga o advento das medidas éticas como restrição à conduta científica, também critica o consentimento informado por alegada mitigação do sigilo profissional em detrimento do dever de esclarecimento ao paciente. Tal dever de informação está previsto no artigo 34 do Código de Ética Médica, dispositivo que veda a prática de qualquer ato médico que “deixe de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos de tratamentos, salvo quando a comunicação direta ao mesmo provocar-lhe danos, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal”.⁹⁸

Contudo, como mencionam Braga e Barreto, não seriam excludentes entre si os institutos do segredo profissional e do dever de esclarecimento ao paciente:

[...] enquanto o segredo médico resguarda o médico da intromissão de quem quer que seja na relação com seu paciente, sendo, portanto, um direito-dever do profissional, de outro lado, o paciente tem o direito de ser informado sobre o seu estado de saúde e os procedimentos sugeridos pelo médico.⁹⁹

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 129.

⁹⁷ AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de apud SÁ, Maria de Fátima Freire de apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 41.

⁹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**, p. 38. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁹⁹ BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGA, Renata apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 42.

Dessa forma, o que se apercebe é uma evidente necessidade de mudança no paradigma médico em decorrência do estabelecimento do principiologismo bioético aplicado à área da saúde. A medicina que antes conhecia quase nenhum limite em seus progressos científicos, agora deve se pautar por um racionalismo ético humanitário, balizando seus atos de acordo com os princípios bioéticos não apenas da beneficência, mas da justiça e da autonomia sobretudo.

Nesse viés, tendo por base o contexto atual, aquele modelo tradicional de assistência à saúde, assentado na visão ética do *Corpus Hippocraticum* e no caráter vertical e paternalista¹⁰⁰, não mais condiz com o comportamento que hoje se espera de um profissional da área. Assim, diferentemente do padrão original de busca pela beneficência, segundo o qual o médico poderia/deveria ministrar todos os tratamentos que achasse apropriados à cura do paciente sem nem ao menos consultá-lo, a relação médica atual pode ser enxergada a partir de uma perspectiva dialética, cujo pressuposto encontra-se na horizontalidade e no respeito aos interesses do paciente.¹⁰¹

Sobre a tradição médica de cunho paternalista, Karolensky e Henriques:

Em detalhes, o paternalismo é caracterizado como uma medida de limitação da autonomia pessoal, com o fim de protegê-lo de um mal. No entanto, este “mal” é definido pelo sujeito paternalista, de acordo com o seu próprio entendimento. A justificativa da limitação da liberdade individual é fundamentada que se visa precisamente à promoção do bem do sujeito, cuja autonomia é restringida. Logo, um dos traços principais do paternalismo, que teoricamente lhe serve de justificação, é o propósito beneficente da medida coercitiva imposta: a intervenção se dá sempre com o fim de proteger o “bem” ou os “interesses” do indivíduo protegido, inclusive quando este “bem” não coincida com o que o próprio indivíduo entenda ser o melhor para si mesmo.¹⁰²

Daí emerge, conforme Godinho, o sentido do consentimento informado, posto que nas relações médico-paciente, a liberdade para tomar decisões acerca dos tratamentos aos quais o paciente deseja ou não se submeter contribuiu, por

¹⁰⁰ PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 42

¹⁰¹ GODINHO, Adriano Marcelito. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. IN: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1 (2012), nº 2, p. 949. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_d_uradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁰² BOMTEMPO, Tiago Vieira apud KAROLENSKY, Natália Regina. HENRIQUES, Hamilton Belloto. A recusa de tratamentos vitais no ordenamento brasileiro: a escolha é sua. IN: **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, Biodireito, 2013, p. 16. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c58da3f0418ebdb>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

derradeiro, para erigir o caráter de pessoa ao enfermo, e não de mero objeto da atividade médica. Superou-se, por consequência, uma concepção manifestamente paternalista, no qual o médico estaria habilitado para decidir de forma unilateral a intervenção a promover, sem ter em conta os temores e interesses do paciente.¹⁰³

Dessa maneira, entendida a origem e o alcance da bioética, em especial de seu principiologismo na ciência médica, reformuladora inclusive da relação médico-paciente, primordial se tornam os questionamentos acerca do enfrentamento que é dado às situações de terminalidade da vida, bem como sobre sua dimensão cogente.

3.2 BIOÉTICA E AUTONOMIA PARA MORRER

3.2.1 Desafios da Bioética na finitude da vida: eutanásia, suicídio assistido, mistanásia e distanásia

Consoante tratado alhures, as ciências médicas passam por uma revolução paradigmática por conta da necessidade de se pensar a medicina seguindo parâmetros bioéticos. Nesse âmbito, a mudança no âmago da relação médico-paciente, de ideário hierárquico para uma dimensão horizontal, representou um grande avanço em direção ao respeito ao consentimento informado e, conseqüentemente ao exercício do princípio da autonomia por parte do paciente.

A medicina sofreu um extraordinário e excitante progresso, obrigando o médico a enfrentar situações novas, algumas delas em sensível confronto com a codificação atual e com o passado hipocrático. O médico teve sempre como guias sua consciência e uma tradição milenar; porém, surgem, dia a dia, a necessidade de conciliar esse pensamento com o interesse do paciente e com as múltiplas exigências da coletividade.¹⁰⁴

Por conta disso, reascendem-se as discussões em torno do momento

¹⁰³ ANDORNO, Roberto apud GODINHO, Adriano Marceletto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. IN: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1 (2012), nº 2, p. 956-957. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁰⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 6ª ed. São Paulo: Fundação BYK, 1994, p. 44.

derradeiro da vida. Questiona-se, portanto, a possibilidade do exercício da autonomia individual diante da morte ou, em outras palavras, a existência de uma autonomia de morrer. Nesse sentido, inquirir-se a interpretação dada pela bioética a assuntos polêmicos como a eutanásia, suicídio assistido, distanásia, ortotanásia e mistanásia. Atine-se a verificar os limites éticos dados à conduta médica nessas situações, especialmente aos tratamentos ou intervenções terapêuticas promovidos.

Nesse diapasão, pertinentes são as palavras de Godinho:

Neste domínio, uma das controvérsias mais perturbadoras diz respeito ao consentimento para aceitar ou rejeitar tratamentos médicos, sobretudo nos casos em que a escolha firmada por uma pessoa possa colocar em risco sua própria vida. Colocam-se diversas questões, para as quais não há pronta resposta: há limites para a autonomia dos pacientes quanto à aceitação ou refutação dos atos médicos, mesmo aqueles que, em tese, somente lhes poderiam acarretar benefícios?¹⁰⁵

Ao adentrar na temática da autonomia para morrer, Sá, em sua obra clássica, declara que a sociedade ocidental herdou a visão fatalista da morte. Esta pertencia aos deuses, às moiras¹⁰⁶, sendo considerada parte inevitável da própria existência humana. Na sabedoria romana, nada era tão certo quanto a morte e tão incerto quanto a sua hora.¹⁰⁷ Diante disso, adotou-se pela medicina, a ciência revolucionária, através da arte da cura, a conduta de busca incessante e sem medidas contra o fenômeno da morte, sua suprema inimiga, de modo que ao longo de sua tradição, essa priorização acabou por vezes estendendo a vida para além de qualquer benefício humano, negligenciando neste interregno qualquer dizer do paciente.¹⁰⁸

Claro, há de se considerar, antes de tudo, que a saúde humana obteve grandes benefícios com o avanço biotecnológico das ciências médicas, de forma a prevenir muitas doenças, erradicar epidemias, criar medicamentos eficazes e

¹⁰⁵ GODINHO, Adriano Marcelito. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. IN: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1 (2012), nº 2, p. 946. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁰⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 5

¹⁰⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71.

¹⁰⁸ PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo: Loyala 2001, p. 61.

conseguir diminuir quase por completo o sofrimento dos indivíduos. Entretanto, como aponta Souza, indaga-se se toda essa tecnologia estaria mesmo a serviço da pessoa humana:

(...) tornando a morte, que também é parte integrante da vida, um evento mais digno? Ou será que a tecnologia, em vez de somente acrescentar vida aos anos, busca também prolongar o sofrimento durante a fase final da existência?¹⁰⁹

Nesse sentido, ganha-se relevo a discussão em torno do ponto limítrofe da atuação médico-terapêutica em contraposição com a autonomia de escolha do indivíduo perante a morte, aliando-se com isso à ideia da dignidade humana. Embora a análise mais completa acerca da morte digna, da inviolabilidade da vida e do sentido dado a esta última através dos princípios da autonomia e dignidade seja feita no próximo capítulo, aqui se revela necessário sua menção para entender o fenômeno da autonomia para morrer.

Com respaldo nisso, muitos, contrariamente à visão do dever de preservação a todo custo da vida, defendem a possibilidade de autonomia para morrer sob o argumento de que existem quadros clínicos irreversíveis e geradores de tamanha penúria aos pacientes que os condicionam a almejar a morte como forma de se livrar do padecimento de viver. A antecipação da morte não só atenderia aos interesses do paciente de morrer com dignidade, como daria efetividade ao princípio da autodeterminação da pessoa em decidir sobre sua própria morte, a exercitar a sua liberdade.¹¹⁰

Dessa forma, a morte, para Kipper, não deve mais ser vista de modo simplista correspondente, no racionalismo técnico de dominação da natureza, a um inimigo a ser sempre vencido. Numa visão da ciência eticamente responsável, a morte passa a ser vista como desfecho natural e inevitável, sendo muitas vezes inclusive bem-vinda.¹¹¹

Nessa esteira, ensina Sá:

¹⁰⁹ SOUZA, Cimon Hendrigo Burman de apud SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 141.

¹¹⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 10.

¹¹¹ KIPPER, Délio apud PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 48.

As correntes que discutem a autonomia para morrer se avolumam e, ao lado delas, conceitos referentes ao processo do morrer vêm à tona: fala-se em eutanásia ativa, eutanásia passiva ou ortotanásia, distanásia, mistanásia, suicídio assistido e outros, todos relacionados entre si, mas com particularidades de cada tipo, donde há possibilidade de serem tratados de acordo com as respectivas especificidades conceituais.¹¹²

Assim sendo, profícuo se faz o exame desses processos de morrer e sua relação com a pauta médica atual guiada pelos princípios bioéticos da autonomia e da consideração da dignidade humana.

Primeiramente há de se citar a eutanásia como conduta que, através de uma ação ou omissão, promove a morte em um paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferentemente do seu curso natural, abreviando-lhe a vida. Ainda, nas palavras de Bezerra citado por Assumpção, a eutanásia é entendida como a ação voltada à terminação intencional da vida de um paciente, em estado terminal ou não, pelas mãos de um profissional de saúde, a pedido do enfermo.¹¹³

Inobstante o termo “eutanásia” ter sido cunhado por Francis Bacon no século XVII como derivação do grego *eu* (boa) e *thanatos* (morte), portanto “boa morte”, sua prática é milenar. Sua história remonta aos povos bramares, à Índia antiga, à Grécia, ao Império Romano e à Idade Média, adquirindo caráter criminoso tão somente após o cristianismo e do advento da humanização e racionalização do Direito.¹¹⁴

O direito de matar e de morrer teve, em todas as épocas, defensores extremados. Sabe-se que entre os povos primitivos sacrificavam-se doentes, velhos e débeis e se o fazia publicamente numa espécie de ritual cruel e desumano. Na Índia antiga, os incuráveis de doenças eram atirados no Ganges, depois de terem a boca e as narinas vedadas com lama sagrada. Os espartanos, do alto do Monte Tajeto, lançavam os recém-nascidos deformados e até os anciãos, sob a alegação de que não mais serviam para guerrear. Na Idade Média, dava-se aos guerreiros feridos um punhal afiadíssimo, denominado misericórdia, que lhes servia para-evitar o sofrimento prolongado da morte e para não caírem nas mãos do inimigo, O polegar para baixo dos Césares era uma permissão à eutanásia, facultando aos gladiadores uma maneira de fugirem da morte agônica e da desonra.¹¹⁵

¹¹² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 11.

¹¹³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida.** Dissertação de metrado UFBA, 2014, Salvador, p. 84.

¹¹⁴ SOUZA, Cimon Hendrigo Burman de apud SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). **Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 141

¹¹⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 87-88.

Hodiernamente, a eutanásia é dividida na modalidade ativa e passiva de acordo com a supracitada autora, embora há de se ressaltar a existência de outras classificações.¹¹⁶ Por eutanásia ativa entende-se pela prática efetiva do ato destinado a provocar o falecimento do paciente de forma indolor por fins misericordiosos. Já a passiva seria aquela em que o agente atua por omissão, pelos mesmos motivos piedosos, suspendendo os meios ordinários que mantêm o paciente vivo. Nessa última modalidade, há de se destacar que não se deve confundi-la com a ortotanásia¹¹⁷, como defendido por muitos autores, processo este que será tratado mais adiante.

Ainda, como espécie de eutanásia, encontra-se a mistanásia ou eutanásia social, a qual, na definição de Sá citando Martin pode ser vislumbrada em três situações:

(...) primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; Segundo, os doentes que conseguem ser pacientes, para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos.¹¹⁸

A eutanásia social ou mistanásia engloba os pacientes que não têm como ingressar no sistema médico público, seja por falta de vagas ou apoio financeiro, e acabam morrendo em decorrência dessa situação. Assim, não conseguindo ingressar no sistema médico, por motivos sociais, econômicos ou políticos um grande número de doentes e deficientes acabam perecendo.¹¹⁹

O suicídio assistido, por conseguinte, diferentemente da eutanásia que é promovida por terceiro, consiste na ação do próprio paciente, que pode ser orientado, auxiliado ou observado por este terceiro. Essa modalidade foi objeto de

¹¹⁶ SOUZA, Cimon Hendrigo Burman de apud SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 148.

¹¹⁷ BOMTEMPO, Tiago Vieira apud KAROLENSKY, Natália Regina. HENRIQUES, Hamilton Belloto. A recusa de tratamentos vitais no ordenamento brasileiro: a escolha é sua. IN: *XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, Biodireito, 2013, p. 11 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c58da3f0418ebdb>>. Acesso em: 17 nov. 2016

¹¹⁸ MARTIN, Leonard apud SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 91.

¹¹⁹ GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.

grande discussão nas décadas de 80 e 90 nos Estados Unidos, com o caso do médico Jack Kevorkian, conhecido como *Doctor Death*, que colaborou com o suicídio de cerca de cento e trinta pessoas em estado terminal.¹²⁰ Vale mencionar que o suicídio assistido é legalizado na Holanda, na Bélgica, em Luxemburgo, na Suíça, no Canadá, em quatro estados dos Estados Unidos e na Colômbia.¹²¹

Já a distanásia (do grego *dys* “mau” e *thanatos*, “morte”), por sua vez, completamente o oposto da eutanásia, significa morte prolongada, deformada, lenta e sofrida, onde é dificultada em decorrência de um excesso terapêutico, causando sofrimento ao paciente. Conhecida também como “obstinação”, “escarniçamento” ou “futilidade” terapêutica, consiste no prosseguimento dos tratamentos extraordinários devido a uma postura vitalista que acaba por privilegiar a quantidade de tempo vivido, normalmente em detrimento da qualidade.¹²²

Martin leciona:

A distanásia erra por outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural de sua vida (...). A distanásia, que também é caracterizada como encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica, é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecno-científico e comercial-empresarial da medicina. Os avanços tecnológicos e científicos e os sucessos no tratamento de tantas doenças e deficiências humanas levaram a medicina a se preocupar cada vez mais com a cura de patologias e a colocar em segundo plano as preocupações mais tradicionais com o cuidado do portador das patologias.¹²³

Consoante as palavras de Minahim, a distanásia é feita, muitas vezes, “mais por amor à tecnologia do que à pessoa”.¹²⁴ Ela representa a manutenção da vida do

¹²⁰ CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 151.

¹²¹ CASTRO, Mariana Parreiras Reis de. ANTUNES, Guilherme Cafure. MARCON, Livia Maria Pacelli. ANDRADE, Lucas Silva. RÜCKL, Sarah, ANDRADE, Vera Lúcia Ângelo. Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Revista Bioética** (Impr.). 2016; 24 (2). p. 357. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/1142/1461>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹²² PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 52.

¹²³ MARTIN, Leonard apud SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 90.

¹²⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida**, dissertação de metrado UFBA, 2014, Bahia, p. 54. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

paciente com algum sofrimento, persistindo na utilização de aparelhos e/ou tratamentos considerados inúteis, porquanto visam um adiamento desarrazoado da morte. O conjunto de medidas que prolongam a vida artificialmente são intitulados de “tratamento fútil”, sendo este averiguado, segundo Pellegrino, na probabilidade clínica, sobre a eficácia, benefício e onerosidade:

a eficácia seria a capacidade da intervenção em alterar o curso da doença ou dos sintomas de forma positiva; o benefício seria o aspecto subjetivo, verificável através da indagação ao paciente ou seu representante: vale a pena o tratamento?; por fim, onerosidade seria a avaliação dos custos de todas as ordens: psicológicos, sociais, emocionais, físicos e até financeiros impostos ao enfermo. Esta é a análise necessária para concluir se o tratamento é ou não moralmente justificável.¹²⁵

Também considerados como medidas extraordinárias, os tratamentos fúteis encontram definição na desproporcionalidade, tendo em vista que o dispêndio causado por seu uso não gera nenhum resultado satisfatório, ou seja, não conseguem atender aos objetivos fisiológicos, tampouco colaboram com a melhoria na qualidade de vida do paciente. Em sentido diametralmente oposto ao das medidas ordinárias de manutenção de vida, que consistem na utilização habitual, proporcional e viável dos meios terapêuticos, as medidas extraordinárias aplicadas a pacientes em estado de incurabilidade da doença só teriam sentido em continuar a situação de ausência de dignidade no final da vida.

De pronto, pode-se entender a distanásia como a personificação da conduta médica despreocupada com sua responsabilidade humanitária e ausente no cumprimento de seu sentido ético, tendo em vista que ainda se pauta pelo incessante combate da doença, mesmo quando essa já não é mais passível de ser tratada. Completamente alheia à autonomia decisória do paciente que, em algum momento e em nome da sua dignidade, se recusa a persistir no tratamento, a medicina distanásica não encontra mais guarida no contexto atual, sendo repudiada

¹²⁵ PELLEGRINO, Edmund D apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade:** uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de metrado UFBA, 2014, Bahia, p. 56. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>> Acesso em: 17 nov. 2016.

por quase a totalidade da doutrina¹²⁶, inclusive pelo próprio Código de Ética Médica, em seu capítulo I, item XVII.¹²⁷

Nesse âmbito, insere-se a abordagem da limitação médico-terapêutica no fim de vida, consolidada na promoção da ortotanásia, de modo a retomar a ideia do testamento vital como meio proporcionador da dignidade do paciente terminal.

3.2.2 Limite médico-terapêutico sob o enfoque da dignidade e da autonomia: Ortotanásia, cuidados paliativos e testamento vital

Vivenciando uma conjuntura orientada por princípios éticos, verifica-se que as respostas anteriormente dadas e aceitas para situações concernentes à terminalidade da vida e aos tratamentos médicos destinados ao benefício do paciente, já não mais podem ser encaradas no mesmo sentido ou interpretadas segundo os mesmos motes antigos.

Nessa esteira, nada mais apropriado do que, antes mesmo de se pensar sobre a maneira mais condizente de preservar a vida do enfermo, reavaliar sua condição e questionar se a melhor medida é de fato lançar mão de todos os mecanismos de salvaguarda de sua vida ou simplesmente garantir-lhe todo o conforto que necessita, tendo em vista que sua enfermidade não mais possui cura.

Por derradeiro, atualmente exige-se um parâmetro nas intervenções médicas aplicadas ao contexto de fim de vida. Devido à evolução da bioética na medicina e, conseqüentemente à transformação da relação médico-paciente, esse limite terapêutico deve ser dosado pela noção de dignidade e de autonomia do destinatário do tratamento.

Tal concepção encontra-se em consonância com a Resolução 1.805/06 do CFM, na exposição de seus motivos:

¹²⁶ PELLEGRINO, Edmund D apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de metrado UFBA, 2014, Bahia, p. 57. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>> Acesso em: 17 nov. 2016.

¹²⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**, p. 41. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

[...] torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer. Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual.¹²⁸

Nessa toada, a ortotanásia é figura que se destaca. Sendo concebida como processo no qual a morte é valorizada no seu sentido digno, e não como algo nocivo a ser evitado, a ortotanásia prima pelo bem-estar da paciente, o qual, não podendo mais combater a doença, é submetido aos cuidados paliativos. Estes, também denominados de medidas ordinárias, são entendidos como tratamentos voltados à melhoria da qualidade de vida do paciente, de modo a minimizar seu sofrimento, mediante trabalhos transdisciplinares, aliando diminuição da dor, alívio espiritual e cuidados com a família.¹²⁹

Definida por Pessini como a arte de bem morrer¹³⁰, ela se concretiza com a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil ou medida extraordinária na iminência da morte do enfermo. Como elucida Garay, a morte aqui referida não é buscada, tampouco provocada, eis que o que se pretende é tão somente humanizar o processo de morrer, tendo em vista que esse acontecerá naturalmente.¹³¹

Os *hospices* são exemplos desse processo. Diante do cenário lúgubre que se desenha nas Unidades Intensivas de Tratamento dos hospitais, onde a maioria dos enfermos em estado terminal se localizam, se desenvolveram os programas de cuidados paliativos, cuja instituição modelo é o St. Christopher fundado em Londres, denominada de *Hospice*. Tais programas têm por objetivo amenizar o sofrimento causado por doenças malignas e degenerativas, fornecendo um local apropriado

¹²⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, EXPOS. MOTIVOS (VER).

¹²⁹ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 36

¹³⁰ PESSINI, Leocir apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 36

¹³¹ GARAY, Oscar E. apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 36-37

onde se propõem ao alívio dos sintomas incapacitantes e amparo às famílias dos doentes. Visa-se, por conseguinte, estimular a busca por atividades importantes para o paciente, tornando seus últimos momentos de vida mais significativos, bem como proporcionando a dignificação do processo de morrer.¹³²

Assim, ao invés de se encontrar envolto por tubos, aparelhos e monitores, apartado da noção de tempo e preso num universo imutável, o enfermo tem a oportunidade de viver seu fim de vida de maneira que mais condiga com a sua visão de bem-estar, perto de pessoas importantes, podendo dar sentido a esse momento.

Muito embora essas instituições estejam em fase de desenvolvimento embrionário no Brasil, nota-se o avanço na ideia de dignidade no processo de morrer, fato que acaba por representar a humanização das ciências médicas, agora não mais centradas no indivíduo como objeto ou conjunto de sintomas, mas finalmente na sua condição de sujeito.

Importante, nessa toada, ressaltar, como bem alude Dadalto, que a ortotanásia não se confunde com a eutanásia passiva. Embora ambas abarquem atitudes omissivas, diferenciam-se na medida que a ortotanásia, além de não almejar o resultado morte como a eutanásia, ela em momento algum suspende as medidas ordinárias de terapia do paciente, como o faz a segunda. Tão somente há a interrupção quanto aos tratamentos desproporcionais ou inúteis, cujos resultados apenas prolongariam o estado de suplício do doente terminal.¹³³

Nesse cenário, assoma-se o testamento vital, tendo em vista que esse instituto, consoante definido no início do presente trabalho, conforma a decisão prévia sobre a quais tratamentos extraordinários deseja o manifestante ser submetido na eventualidade de estar incapacitado de se expressar em momento de terminalidade da vida. Portanto, é perfeitamente aceitável dizer que o testamento vital vem, antes de mais nada, como instrumento garantidor do processo ortotanásico.

Assim, na medida em que o processo da ortotanásia almeja o conforto do paciente em seu momento derradeiro através da promoção dos cuidados paliativos, vez que terminal sua condição, o testamento vital vem ao seu encontro quando o

¹³² KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. **Revista Bioética**, v.6, n. 1, p. 2. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326> Acesso em 20 de novembro de 2016.

¹³³ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 35.

enfermo está impossibilitado ou incapacitado de decidir a preferência ou não pelo emprego de medidas extraordinárias em seu tratamento. Um instituto complementa o outro através da noção de dignidade e autonomia.

Pois bem, tratados todos os pontos concernentes à terminalidade da vida, ainda que de maneira breve, essencial é se ter em mente todos os conceitos fronteiriços quando se trabalha com o liame da vida e da morte, pois envolve conflitos morais, científicos e principalmente éticos. Kovács os retrata brilhantemente:

Os argumentos variam: para aqueles que são favoráveis à vida a todo custo, o desligamento dos aparelhos, mesmo em pacientes com condições irreversíveis, é visto como eutanásia. Os que são favoráveis a um processo de morte com dignidade veem o prolongamento dos tratamentos em situações irreversíveis como um atentado à vida. São várias as considerações e respostas, dependendo do ângulo sob o qual a questão é encarada, e envolvem diversos personagens: o paciente, seus familiares, a equipe de atendimento e a instituição de saúde.

Nesse sentido, quando se está em jogo não a cura, mas sim o estancamento da doença e o prolongamento da vida, suscitam-se questões que devem ser abordadas pela bioética, posto que perpassam a noção da relação médico-paciente, o consentimento informado, a autonomia do indivíduo na escolha de qual tratamento deseja se submeter, mesmo quando isso possa significar ou a abreviação da vida, mantendo sua qualidade, ou o seu prolongamento, podendo afetar sua dignidade. Entra-se, ainda, nessa discussão, o testamento vital porquanto reflete a autonomia do indivíduo quando se encontra incapacitado de se manifestar.

Ao considerar que categorias clássicas como o de pessoa humana, de dignidade, de autonomia do ser humano, de direito à vida, são evocadas nas discussões acerca das descobertas científicas e realizações tecnológicas no campo do tratamento dos doentes terminais, e por consequência abordadas pela bioética, cabe ao Direito regulá-las, de modo a absorver os princípios bioéticos como elementos hermenêuticos na análise jurídica. Destarte, cabe a análise, a partir do princípio da dignidade erigido no bojo da Constituição Federal de 1988, acerca da proteção da autonomia dos sujeitos de direito frente a terminalidade da vida.

4 RECONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL DO SENTIDO DA PROTEÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E DA DIGNIDADE HUMANA

Como afirma Clotet, os limites éticos que devem orientar o uso adequado das ciências da vida estão diretamente relacionados aos direitos humanos, os quais, por sua vez, apresentam como denominador comum a dignidade da pessoa humana. A dignidade esta que, diga-se de passagem, é concebida como elemento nuclear da ética e do Direito.¹³⁴

Sendo assim, se torna importante relacionar o conceito de dignidade, consagrado no âmbito dos direitos humanos, com a égide dos princípios e dos direitos fundamentais que atualmente são o ponto de partida do constitucionalismo contemporâneo ou do neoconstitucionalismo, terminologia adotada por muitos doutrinadores. Assim, analisado o Estado Democrático de Direito, legitimado pela Constituição Federal de 1988, a partir do seu sentido material e principiológico, far-se-á o diagnóstico da hermenêutica constitucional na proteção do sujeito de direito diante da terminalidade da vida, à luz dos princípios da dignidade e da autonomia.

4.1 DIREITOS HUMANOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

4.1.1 Direitos Humanos

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tendo como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, decorreu do processo de universalização dos direitos humanos deflagrado no pós-guerra.¹³⁵ Assim, em face do que fora perpetrado durante a Segunda Guerra Mundial, sobretudo considerando o evento do holocausto, a comunidade internacional passou a reconhecer a proteção dos direitos humanos como quesito de preocupação universal.

¹³⁴ CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da The Patient Self – Determination Act. In: **Revista de Bioética y Derecho**. V. 1, n. 2, p. 3. P, 26. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494>. Acesso em :17 nov. 2016

¹³⁵ HENKIN, Louis apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4.

De acordo com Bilder, o movimento de internacionalização dos direitos humanos baseia-se na concepção de que todo Estado Soberano tem o dever de respeito aos seus cidadãos como detentores de direitos humanos, bem como possui o direito e a responsabilidade de protestar, na ocasião de outro Estado não cumprir com sua obrigação.¹³⁶ Nesse sentido, consiste o Direito Internacional dos Direitos Humanos num sistema normativo que atribui ao indivíduo status de sujeito internacional, possuindo, por derradeiro, direitos e obrigações nesse plano:

As atrocidades perpetradas contra os cidadãos pelos regimes de Hitler e Stalin não significam apenas uma violência moral que chocou a consciência de humanidade; elas foram uma real ameaça à paz e à estabilidade internacional. E assim, implicaram em uma verdadeira revolução no direito internacional: em uma única geração, um novo código internacional foi desenvolvido, enumerando e definindo direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os seres humanos, em qualquer parte do mundo, e, a partir de então, esses direitos não mais podem ser concebidos como generosidade dos Estados soberanos, mas passaram a ser inerentes ou inalienáveis, e, portanto, não poderiam ser reduzidos ou negados por qualquer motivo.¹³⁷

Dessa maneira, como expõe Dallari, consagrou-se a Declaração em três objetivos:

A certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação previa e claro dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade de direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso de afirmação de igualdade de direitos, onde grande parte do povo vive em condições subumanas.¹³⁸

Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no corpo de seus trinta artigos, precedidos de um preâmbulo que contém sete considerandos, dentre

¹³⁶ BILDER, Richard B. apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

¹³⁷ SIEGHART, Paul apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7.

¹³⁸ DALLARI, Dalmo apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. Malheiros: São Paulo: 2009, p. 164.

eles o reconhecimento solene da dignidade da pessoa humana, proclama os tradicionais direitos fundamentais de direitos e garantias individuais (do art.1º ao 21) e os direitos sociais do homem (do art. 22 ao 28), sendo os artigos 29 e 30 destinados aos deveres das pessoas para com a comunidade e aos princípios de interpretação do diploma, respectivamente.¹³⁹

Baseado na vocação universalizante contida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Revolução Soviética de 1918, a Declaração Universal dos Direitos do Homem pretendeu conferir aos direitos fundamentais o reconhecimento supra estatal, de modo a estender sua defesa a todos os países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades.¹⁴⁰

Nesse sentido, impinge relevar que, inobstante seja recente a possibilidade de declaração de direitos humanos, ou seja, de sua positivação em nível internacional, a essência deles remonta às reflexões elaboradas pelo jusnaturalismo e de suas indagações em torno de certos direitos inerentes à própria natureza humana.¹⁴¹ Tal corrente filosófica encontra raízes na antiguidade clássica, tendo no pensamento aristotélico a gênese do direito natural, porquanto entendia pela existência de leis universais regentes da vida de todos os homens, mediante princípios superiores às leis peculiares de cada povo.

Dessa forma, o direito natural, o qual fora desenvolvido pelo ideário cristão em expoentes como Agostinho e Aquino, e a partir do século XVI encontrado guardado com os autores Grotius, Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Rousseau, Locke e finalmente Kant, pode ser definido nos seguintes pontos, de acordo com Lafer: ideia de imutabilidade; universalidade, função de qualificar como justa, má ou injusta determinada conduta humana, determinando uma contínua vinculação entre norma e valor, importando uma permanente aproximação ente direito e moral.¹⁴²

Em relação ao direito positivo, o direito natural se apresenta como sistema de valores, universais e imutáveis, o qual possibilitaria a criação e aplicação do

¹³⁹ UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. Malheiros: São Paulo: 2009, p. 160-163.

¹⁴¹ ARNAUD, André-Jean apud FABRIZ, Dauray Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 232.

¹⁴² LAFER, Celso apud FABRIZ, Dauray Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 233-235.

primeiro. Na análise de Lafer, quanto aos planos de elaboração doutrinária dos direitos naturais:

A primeira acepção abrange a segunda, pois neste caso o ser do Direito (ontologia) constitui-se como dever-ser do Direito Positivo (deontologia), na medida em que o dizer o Direito e o fazer justiça são concebidos como atividades sinônimas. A segunda acepção, no entanto, não engloba a primeira. Com efeito, ao se admitir a existência de valores universais e imutáveis, não se nega a presença de outros fatores, como os sociais, políticos e econômicos, que influenciam a realidade jurídica. O sistema de valores do Direito natural existe, no entanto, para exercer uma função de controle em relação ao Direito Positivo. Daí a responsabilidade de um dualismo entre o respeito à justiça e o respeito à lei, configurando um diálogo entre Creonte e Antígona, citado por Aristóteles.¹⁴³

Devido a extensa crítica ao direito natural, a experiência jurídica dos séculos XVII, XIX e XX em que o constitucionalismo moderno se lançou foi marcada preponderantemente pelo positivismo, e pela separação de direito e moral. Contudo, como se sabe, a história veio a demonstrar que o positivismo totalmente desvinculado de valores pode, como de fato o foi, dar ensejo a acontecimentos violadores de direitos humanos, muito embora positivados. A barbárie velada pela lei, cujo exemplo marcante deu-se com a Segunda Guerra, suscitou repúdio ao pensamento positivista de um ordenamento jurídico indiferente aos pressupostos éticos e confinado à ótica meramente formal¹⁴⁴, bem como fomentou questionamentos quanto ao atual constitucionalismo dos Estados.

Seguindo esse raciocínio, imprescindível é a concepção dos direitos humanos em conjunto com os direitos fundamentais de cada ordem jurídica constitucional em particular. Em outras palavras, a aplicação de determinado preceito nacionalmente positivado deve-se levar em conta os valores que norteiam os direitos humanos, de modo a promover a reaproximação entre a ética, direito e moral.¹⁴⁵

Tal entendimento é corroborado por Piovesan que, em razão da “banalidade do mal” que caracterizou o século XX, expressão esta utilizada por Arendt ao atribuir a ausência de juízos éticos aos réus julgados pelos crimes do nazismo, os quais

¹⁴³ LAFER, Celso apud FABRIZ, Daurly Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 235.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

¹⁴⁵ LAFER, Celso apud FABRIZ, Daurly Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 238.

justificavam suas ações pelo primado da lei, ensina que se mostrou necessário reconstruir o sentido dos direitos humanos, elegendo como seu valor essencial a dignidade humana. Com o intento de reaproximação da ética e do direito, inspirado no reencontro do pensamento de Kant sobre moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua, dá-se força normativa aos princípios, em nível tanto internacional como nacional, posto que esse “Direito de princípios” é a característica mais marcante do pós-positivismo, como se verá mais adiante.¹⁴⁶

A doutrina kantiana ganha alento nesse passo justamente pois trabalha com a ideia do ser humano como fim em si mesmo, e jamais como meio, o que acaba por impedir o seu uso arbitrário conforme se fez outrora. Desse modo, partindo da premissa do valor absoluto do indivíduo, é por intermédio do princípio da dignidade humana que a ordem jurídica internacional reencontra seu sentido e unifica seu sistema normativo.¹⁴⁷ Com efeito, são inúmeras as legislações em âmbito global que convergem no sentido de garantir a proteção da vida e da dignidade do homem como sujeito de direito universal, e não tão somente como indivíduo pertencente a uma determinada comunidade politicamente organizada.

De pronto, desde a Carta das Nações Unidas de 1945, da Declaração de 1948, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1976, afiguram-se como instrumentos importantes no cenário mundial a Convenção Americana de Direitos do Homem (São José da Costa Rica, 1978), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem, completada pela Carta Social Europeia (1965) e a Carta Africana do Direitos dos Homens e dos Povos (1981).¹⁴⁸

Diante desse compasso, oportuno avaliar mais detidamente a influência da nova conjuntura de internacionalização dos direitos humanos e da releitura ética axiológica no entendimento da Constituição Federal de 1988 e na hermenêutica constitucional brasileira.

4.1.2 Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo

¹⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ FABRIZ, Daurly Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 233-235

O Estado Democrático de Direito brasileiro inaugurado pela Constituição Federal de 1988 guarda relação com os processos constituintes organizados nos demais países latino-americanos no mesmo período considerado, de forma que assim como os demais, além de ter sido estruturado com parâmetro de uma Constituição Pós-Guerra, também foi marcado pela conjuntura de redemocratização do país. Dessa forma, o poder constituinte originário, incorporado pelo componente revolucionário de transformação do status quo¹⁴⁹, decorrente da luta pela abolição dos meios arbitrários arraigados pelo regime militar, promulgou a Carta da República de 88.

Nesse sentido, importa ressaltar que o Estado Democrático de Direito possui estrita ligação com o processo do pós-positivismo ou constitucionalismo contemporâneo. Em pertinente obra, Nascimento faz a associação daquele ao constitucionalismo contemporâneo, para o qual assume a denominação de neoconstitucionalismo. Muito embora haja grandes divergências doutrinárias acerca desse neologismo, entende a autora, referindo-se a Carbonell, que, diante da premência de explicação para a complexidade de fenômenos jurídicos contemporâneos, admite-se uma nova nomenclatura, pois não se caracteriza por ser apenas mais uma feição do constitucionalismo clássico.¹⁵⁰

Por oportuno, antes de se verificar a abrangência do neoconstitucionalismo, conforme anuncia Carbonell, deve-se contextualizá-lo. Refere o autor que esse novo movimento constitucional intende à explicação dos textos constitucionais consolidados no pós-guerra, porquanto eles não se ocupam apenas de disposições de competências, separação dos poderes e organização da estrutura interna do ordenamento, modelo esse trazido do constitucionalismo moderno. Ao contrário, contêm alto nível de materialidade, isto é, apresentam expressiva quantidade de normas materiais, aqui abarcados sobretudo os direitos fundamentais, que acabam por condicionar o Estado Democrático de Direito a fins e objetivos.¹⁵¹

Pode-se notar também, nesse mesmo cenário, o desenvolvimento do papel das práticas jurisprudenciais calcadas em novos parâmetros interpretativos, os quais se pautam em princípios constitucionais e em teorias como as da ponderação,

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.115.

¹⁵⁰ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2013, p.83.

¹⁵¹ Idem. Op. cit.

proporcionalidade, razoabilidade e maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais. Ademais, encontram-se conectadas ao neoconstitucionalismo novas teorias, que partem do sentido material dos textos constitucionais na tentativa de explicar os fenômenos jurídicos. São citados, nesse ínterim, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli, Nino e Sanchis.¹⁵²

Nessa esteira, é trazido o neoconstitucionalismo. É o novo constitucionalismo de direitos e da supremacia material da Constituição. Destina-se a funcionar como diretiva fundamental a orientar as três funções estatais e, ao mesmo tempo, a servir como limite e garantia do Estado Democrático de Direito. Inobstante ser conflituosa sua abordagem, definida ainda por Laporta como “fluxo e refluxo das marés”¹⁵³, após consolidada a premente precisão de um novo modelo de constitucionalismo, o qual não esteja centrado numa percepção isolada, aética, formal, positivista do direito, pois não é mais esse o contexto da pós-modernidade, concebe-se que o retorno ao constitucionalismo clássico se tornaria impossível.

Inegável, pois, a imprescindibilidade desse novo movimento constitucional, consentâneo com a realidade hodierna, onde, conforme já discorrido, o direito positivo sem carga axiológica não mais pode se enquadrar. Assim, partindo-se da premissa de que o Estado existe em função do homem¹⁵⁴, e, sendo este examinado a partir da ótica kantiana, como um fim em si mesmo e dotado de direitos inerentes a sua condição, reclama o sujeito de direito não apenas a formalidade dos direitos fundamentais postos, mas requer sua efetividade.

Sendo o contexto outro, não mais o do Estado de Direito, sob a égide modernista da supremacia da lei e do abstencionismo estatal, pressupõe-se a adequação das normativas constitucionais, bem como dos seus fundamentos às necessidades da contemporaneidade. O que se quer dizer é que do cenário marcado sobretudo pelas arbitrariedades perpetradas, exige-se nada menos do que um constitucionalismo de consolidação dos direitos humanos, de hermenêutica constitucional principiológica e do suporte axiológico da Constituição Cidadã centrado na dignidade humana.

Sob tal enfoque, a Constituição Brasileira de 1988, tal como as Constituições

¹⁵² Idem, p. 84.

¹⁵³ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2013, p. 87.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade as pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 66-67.

Europeias do Pós-Guerra, assume a marca da nova feição do direito constitucional ocidental, ou seja, calcada nos direitos humanos, tem por característica predominante a abertura do seu texto constitucional a princípios de elevada carga axiológica, com destaque no valor da dignidade humana.¹⁵⁵ Com efeito, conforme ministrado por Piovesan, a abordagem kantiana que é feita na seara internacional dos direitos, consoante já mencionado, passa ao plano constitucional com a abertura das cartas magnas locais à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana.¹⁵⁶

Da mesma maneira é o entendimento de Canotilho quando indica a referida abertura das Constituições a valores e princípios, fenômeno tal que se densifica após o período de guerras e conseqüentemente após a internacionalização dos direitos humanos. Segundo sua lição, enquanto o direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos, o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios.¹⁵⁷

Nesse sentido, as Constituições possuiriam um suporte axiológico que harmonizaria e daria coerência a toda a estrutura do sistema jurídico. Tal suporte axiológico, na doutrina de Dworkin, seria constituído por princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. Portanto, a interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, do critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional.¹⁵⁸

De pronto, nas palavras de Barcellos, a dignidade, portanto, simboliza verdadeiro super-princípio constitucional, o qual se propõe a orientar o constitucionalismo contemporâneo em ambas as esferas local e global.¹⁵⁹ Embasando-se nesses argumentos, verificada a noção axiológica interpretativa que esse mencionado super-princípio incorpora, Dworkin o delinea como forma de coerência interna e como estrutura harmônica de todo o sistema jurídico. Assim

¹⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

¹⁵⁶ Idem, p. 30.

¹⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

¹⁵⁸ Idem, p. 32.

¹⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

sendo, o valor da dignidade da pessoa humana, conjuntamente com o valor dos direitos e garantias fundamentais consistiria, no entender do autor, o princípio constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos primados éticos e embasam todo o sistema jurídico.

Assim, a Carta Republicana, marcada por considerável alargamento no campo dos direitos e garantias fundamentais, estipulando ainda a inclusão daqueles direitos humanos expressos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, possui no princípio fundamental da dignidade a base para a nova hermenêutica constitucional. Nesse passo, assumida tanto como fonte dos direitos humanos e fundamentais, como condição de conteúdo desses mesmos direitos, segundo Waldrom¹⁶⁰, a dignidade humana como princípio assume função integradora e hermenêutica, na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.¹⁶¹

De fato, o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, mostra claramente que os estes últimos são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Nesse sentido, Miranda elucida:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que fez a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.¹⁶²

Por todo o exposto, pode-se concluir que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Ou, ainda, nas palavras de Luño, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e

¹⁶⁰ WALDROM, Jeremy apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade as pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 95

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade as pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 95.

¹⁶² MIRANDA, Jorge apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26

parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.¹⁶³

4.2 PROTEÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO FRENTE À TERMINALIDADE DA VIDA: DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AUTONOMIA PRIVADA

4.2.1 Dignidade da pessoa humana e autonomia privada

Sarlet, ao conceituar a dignidade, já que categoria axiológica aberta, aduz pela inexistência de uma definição fixista, tendo em vista que não se harmonizaria com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. Dessa forma, acaba por delinear a dignidade como conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, comprometida, nesse diapasão, também por seu caráter cultural e histórico, de modo que a visão apriorística da dignidade seria uma noção irresponsável.¹⁶⁴

Mesmo assim, retomando o pensamento clássico, balizado em torno da noção de qualidade intrínseca ao ser humano, o autor declara a dignidade como princípio irrenunciável e inalienável, o qual caracteriza o indivíduo como tal, não podendo ser dele destacado, tampouco sendo objeto de concessão:

Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente.¹⁶⁵

Ademais, de acordo com a maioria da doutrina, não deverá se olvidar que a dignidade independe de circunstâncias concretas, tendo em vista seu caráter inerente ao indivíduo e, portanto, universal. Nesses termos, todos os indivíduos seriam iguais em dignidade, entendimento este que também subjaz no artigo 1º da

¹⁶³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez, apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade as pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51.

¹⁶⁵ Idem, p. 53.

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.¹⁶⁶

Entretanto, ora se faz necessário um adendo dentro da concepção universal da dignidade, porquanto há que se considerar seu aspecto comunicativo e relacional. No entender de Arendt e Habermas, a dignidade somente faria sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade, ou seja, por ser vinculada à simetria das relações humanas, necessária a reciprocidade de respeito e consideração entre os envolvidos para a configuração da sua intangibilidade:

Em verdade, a dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por esta razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade, igualmente subjacente ao pensamento de Hanna Arendt, no sentido de que a pluralidade pode ser considerada como a condição da ação humana e da política. (...) Assim, como bem destaca Hasso Hofmann, a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob a perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo, de tal sorte que, na esteira da lição de Peter Häberle, a consideração e reconhecimento recíproco da dignidade no âmbito da comunidade pode ser definida como uma espécie de “ponte dogmática”, ligando os indivíduos entre si.¹⁶⁷

Importante frisar, igualmente, a condição dúplice apresentada pela dignidade, conquanto é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de modo que possui, ao cabo, paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional. Nesse sentido, no aspecto de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que irremediavelmente pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, sob pena de não haver mais limite a ser respeitado, depois que deixar de existir. No que tange o caráter prestacional, a dignidade da pessoa reclama que sejam as ações do Estado pautadas pela sua preservação, bem como promovidas condições que possibilitem seu pleno exercício e fruição.¹⁶⁸

Por este ângulo, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção contra terceiros, a obrigação

¹⁶⁶ UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade as pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 66-67.

¹⁶⁸ Idem, p. 58.

de promover condições que viabilizem e removam de toda sorte obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade, ou seja, a obrigação de garantir o mínimo existencial. Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais e, na eventualidade de isso não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar as violações.¹⁶⁹

Nesse sentido, cabe aqui destacar a relação intrínseca que há entre dignidade e autonomia. Sarlet, nesse ínterim, sublinha, à luz do disposto na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, que na noção de dignidade da pessoa humana está imbricado como elemento nuclear a matriz kantiana.¹⁷⁰ De fato, Kant, ao definir a existência do homem como um fim em si mesmo e, por conseguinte, situar a dignidade como valor intrínseco à condição humana e a sua racionalidade, balizou-a com a ideia de autonomia. Em sua concepção, a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com as previsões normativas, é um atributo que apenas os seres racionais possuem e, dessa forma, constituiria, por consequência, o fundamento da dignidade da natureza humana.¹⁷¹

Seguindo esse raciocínio - majoritariamente defendido pela doutrina -, estariam a autonomia e a dignidade umbilicalmente conectados, de modo que, segundo seu entendimento, a dignidade seria tida como o próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que a esta última não poderia ser exercida sem o mínimo de dignidade. Nessa mesma linha de saber, está o pensamento de Canotilho, quando refere que o princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana consubstancia-se no princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis*, ou, em outras palavras, no indivíduo conformador de si próprio e da sua vida de acordo com seu próprio projeto espiritual.¹⁷²

Logo, de vital relevância é a consideração da abrangência da expressão “autonomia” no texto de Kant. Com efeito, segundo Meireles, deve-se sopesar,

¹⁶⁹ Idem, p. 133.

¹⁷⁰ Idem, p. 56.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade as pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 40.

¹⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade as pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56.

nesse íterim, que as terminologias “autonomia de vontade”, “liberdade jurídica” e “autonomia privada” não são sinônimas. Deveras, giza a doutrinadora que enquanto a “liberdade jurídica” significa toda a manifestação livre e consciente tutelada pelo Estado (art. 5º, II, da CF), ou seja, a faculdade do agir lícito nas relações subjetivas, a “autonomia da vontade” atentaria à vontade propriamente dita em seu sentido psicológico. Diferentemente é o caso da “autonomia privada”, conquanto vontade objetivamente manifestada, tendo em vista ser o fundamento sob o qual se criam, modificam ou extinguem situações jurídicas a partir das limitações impostas pelo ordenamento. É, portanto, expressão privada da liberdade jurídica.¹⁷³

Pertinente é a colocação de Sarmento:

A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico moderno. Essa autonomia significa o poder do sujeito de autorregulamentar seus próprios interesses, de “autogoverno de sua esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique lesão a direitos alheios.¹⁷⁴

Assim sendo, a autonomia aqui em empregada equivalerá à autonomia privada, sobretudo entendida no âmbito das relações existenciais, tal como nas decisões de limitação terapêutica ou de recusa de tratamento médico, que serão tratadas mais adiante. Para as situações jurídicas existenciais, referindo-se de novo à Meireles, o sujeito não é tão somente o titular do direito de morrer, sendo propriamente o maior interessado, ou seja, o valor que se espera ver protegido.¹⁷⁵ Isso porque:

¹⁷³ MEIRELES, Rosa Melo Vencelau apud FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. O direito fundamental à morte digna: uma visão civil constitucional da eutanásia em crianças e adolescentes. *XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI* – UFS, 2015. Direito civil constitucional, p. 21-23. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/l7t9R8e2mah1Kow5.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel apud ROCHA, Barbara Rodrigues. Autonomia em face do direito de morrer: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. *XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 2013 Biodireito, p. 11. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3f445b0ff5a783e>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁷⁵ Idem, p. 24

A partir da autonomia privada responsável, o indivíduo expressa-se na sua dimensão física (ex.: modo de se portar), na sua dimensão emocional (ex.: suas inclinações sensíveis, como a sexualidade), na sua dimensão racional (ex.: suas convicções filosóficas, políticas, econômicas e científicas) e na sua dimensão espiritual (ex.: sua fé ou sua “ausência” de fé).¹⁷⁶

Dessa forma, tal cenário de identificação da dignidade humana com a autonomia e com a habilidade humana de autodeterminação traz de volta a discussão acerca das questões bioéticas envolvendo a terminalidade de vida, as quais agora serão submetidas à análise interpretativa constitucional a fim de verificar a possibilidade de respaldo das decisões referentes ao direito de morte digna pelo ordenamento jurídico pátrio.

4.2.2 Proteção da Autonomia do Sujeito de Direito na Terminalidade da Vida em prol da Morte Digna

O direito à vida é direito fundamental assegurado constitucionalmente no artigo 5º, caput, do bojo do texto constitucional de 1988. Muitos doutrinadores concebem a vida como pressuposto e fundamento maior de todos os demais direitos, conferindo-a valor inestimável, eis que sem vida, não haveria propósito aos direitos, tampouco configuração estatal. Dessa forma, como típico direito fundamental de primeira dimensão, pressupõe sobremaneira atitudes abstencionistas por parte tanto do Estado quanto da comunidade. É nesse diapasão que se dá o dever de respeito à vida, cuja natureza jurídica contempla sua eficácia

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Márcio Luís de apud FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. O direito fundamental à morte digna: uma visão civil constitucional da eutanásia em crianças e adolescentes. *XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS*, 2015. Direito civil constitucional, p. 25. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/l7t9R8e2mah1Kow5.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

erga omnes, conforme lição de Diniz.¹⁷⁷

Contudo, com o advento do Estado Democrático de Direito e do reconhecimento da dignidade humana como princípio-fundamento constitucional, conforme visto anteriormente, a vida passou a ser concebida em dimensão transcendente ao seu aspecto biológico. É esse o entendimento de Silva:

Vida, no texto constitucional, não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.¹⁷⁸

Desse modo, a vida seria definida tanto pelo aspecto material quanto imaterial, entendidos estes como característica corpórea/psíquica e espiritual, respectivamente. No mesmo panorama se manifesta Fabríz:

Acreditamos, no entanto, que o direito à vida vai além da simples existência física. Acreditamos que no direito à vida se expressa a síntese dos grupos de direitos que formam os direitos humanos. Todos os direitos existem em função deste, sendo que o exercício de direitos individuais, o oferecimento dos direitos sociais, a política econômica e os institutos de direito econômico, e a própria democracia, existem no sentido de oferecimento de dignidade à vida pessoa humana. O direito à vida que se busca através dos direitos humanos é a vida com dignidade, e não apenas a sobrevivência.¹⁷⁹

Em outras palavras, a despeito da vida ser um dos direitos fundamentais de maior importância no ordenamento jurídico pátrio, deve ter sua interpretação balizada de forma a conferir aos seus destinatários a proteção não apenas contra qualquer ato atentatório a ela, mas contra qualquer ato que comprometa sua dignidade, ou o mínimo existencial, definido este por Barcellos:

¹⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22-23

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 197.

¹⁷⁹ FABRIZ, Daurý Cesar apud FABRIZ, Daurý Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 270

O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna [...]. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade.¹⁸⁰

Ademais, a considerar a relação intrínseca da dignidade humana com a autonomia privada, conforme exposto no subtítulo anterior, a noção de vida digna da mesma forma repousa na capacidade de autodeterminação dos indivíduos em suas relações privadas. Tal asserção revela que a tutela da vida no ordenamento jurídico brasileiro, voltada somente para o seu sentido negativo, não logra prevalecer, isso porque, cabe também ao Estado, na perspectiva dúplici da dignidade já exposta, criar condições para que o indivíduo possa realizar livremente as suas escolhas dentro da legalidade, de forma a não ter que condicioná-las a uma orientação preponderante, mas negligente aos desejos dos sujeitos.

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Esta é uma ideia central ao Humanismo e ao Direito Moderno: a ideia da autonomia privada, que, como se salientou acima, constitui uma das dimensões fundamentais da noção de dignidade.¹⁸¹

Dado o conceito de vida digna, por conseguinte, trazem as correntes bioéticas a possibilidade de uma morte digna. Ao entender o processo de morrer como parte da vida humana, que como tal deve ser vivida com dignidade, parece plausível a

¹⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula apud ROCHA, Barbara Rodrigues. Autonomia em face do direito de morrer: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. *XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 2013 Biodireito, p. 9. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3f445b0ff5a783e>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel apud ROCHA, Barbara Rodrigues. Autonomia em face do direito de morrer: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. *XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 2013 Biodireito, p.11. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3f445b0ff5a783e>> Acesso em 20 de novembro de 2016.

existência de um direito à morte digna.¹⁸² Nesse sentido, nas palavras de Farias e Rosenvald, o direito à morte digna funciona justamente numa ótica de espelho invertido ao da vida com dignidade, mas baseado nos mesmos moldes, qual seja, a dignidade.¹⁸³ Conforme o entendimento de Pereira, morrer dignamente, no mesmo sentido que viver dignamente, é o exercício mínimo de uma autonomia construída com base em uma personalidade livremente estabelecida.¹⁸⁴

Sabe-se que tal direito de morrer é difícil de ser concebido, justamente porque a morte trata-se de uma fatalidade, não de uma escolha. Contudo, tendo a medicina e a tecnologia contemporâneas capacidade para transformar o processo de morrer em uma jornada mais longa e sofrida do que o necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida, cabe repensar o sentido da morte com dignidade, de forma que prevaleça a possibilidade de autodeterminação do sujeito a fim de limitar tratamentos inúteis e degradantes.¹⁸⁵

Segundo Barroso, importante destacar que, ao se falar de direito à morte digna, não se está a propor a banalização da vida, tampouco desprezo por sua força jurídica. As situações nas quais se defendem sua aplicação também não são aquelas temporárias ou reversíveis. É justamente o contrário, tratam-se de circunstâncias terminais, em que o paciente, não passível mais de cura, encontra-se submetido a tratamentos extraordinários, os quais tão somente tendem a prolongar a vida e adiar a morte inutilmente. Assim, comprometida sua dignidade, posto que sua vida é mantida apenas por meios artificiais, teria o sujeito o direito de optar pela limitação terapêutica a fim de ser-lhe garantido o direito à morte digna.¹⁸⁶

Vale dizer que o respeito à autonomia do indivíduo e a possibilidade de concretude do direito à morte digna nas situações alhures expostas, embora não

¹⁸² PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 58.

¹⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson apud SANTOS, Ana Carolina Elaine dos. COSTA, Andrea Abrahão. **Quando a morte faz parte da vida: cuidados paliativos, testamento vital e eutanásia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63771e3e7738ed30>>. Acesso em: 20 nov. 2016

¹⁸⁴ FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. O direito fundamental à morte digna: uma visão civil constitucional da eutanásia em crianças e adolescentes. *XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI* – UFS, 2015. Direito civil constitucional, p. 25. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/l7t9R8e2mah1Kow5.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito – UFU**, V. 38, N.1 p. 272. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/0>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito – UFU**, V. 38, N.1 p. 247. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/0>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

tenham legislação infraconstitucional que os definam, possuem respaldo na Resolução nº 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina. Pautando-se assim pelo desestímulo da conduta médica de obstinação terapêutica, afirma-se, portanto, a defesa da autonomia do paciente terminal quanto à escolha dos cuidados a que será submetido no momento do prognóstico desfavorável.¹⁸⁷

Por derradeiro, tal autonomia também é refletida no instrumento do testamento vital, quando da decisão prévia a respeito dos limites terapêuticos que deverão ser respeitados pelo médico na eventualidade de se configurar a situação terminal e de o paciente estar incapacitado para se manifestar.

Nesse diapasão, visualiza-se a dimensão dúplice da dignidade que deve vir a ser garantida ao sujeito de direito. Assim, na ocasião em que o paciente não conseguir se autodeterminar e, por consequência, não podendo ser respeitada essa autonomia, porquanto inexistente, a comunidade, neste caso o médico, deve se pautar pela promoção de sua dignidade. Por promoção se entenderia dar condições que viabilizem a concretização da dignidade, de modo a remover de toda sorte obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem de maneira digna. Nesse sentido, tendo o paciente já expresso em um documento o que para ele significaria qualidade de vida, elencando quais medidas interventivas não se coadunariam com esse entender, outra não poderia ser a atitude do médico senão considerar essa manifestação prévia de vontade ou testamento vital para promover-lhe a dignidade.

Vislumbrada, portanto, a magnitude auferida pelo princípio da autonomia privada nessas circunstâncias, vez que torna efetiva a dignidade do paciente frente às condições adversas trazidas pela doença, projeta-se agora a existência de proteção jurídica dessa autonomia.

Muito embora a legislação seja parca sobre o assunto, havendo apenas resoluções que objetivam unicamente a disciplina ética-profissional da classe médica, é na Constituição Federal de 88 que se encontra o respaldo jurídico para a proteção do sujeito de direito frente à terminalidade da vida, dando-o a possibilidade de escolha sobre seu tratamento. Evidenciada a materialidade de direitos, o bloco de direitos fundamentais e a abertura principiológica como signos do neoconstitucionalismo consolidados na Carta de 88, e a dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico do Estado Democrático de Direito, outra não

¹⁸⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1805. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

poderia ser a interpretação, senão em favor de paciente terminal quanto ao exercício de sua dignidade como autonomia.¹⁸⁸

Com plenitude assim define Pithan:

Através do entendimento jurídico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, à luz dos princípios bioéticos e dos novos valores da Medicina, se acredita possível justificar a aceitação de condutas médicas caracterizadas por limitar recursos terapêuticos em pacientes irrecuperáveis.¹⁸⁹

Com efeito, a conclusão se direciona no sentido de que o sujeito de direito, neste caso o paciente terminal, inobstante a inexistência de norma positiva dispendo do assunto, detém de fato proteção no sistema jurídico nacional, tendo em vista que mediante a hermenêutica constitucional sistêmica, baseada sobretudo na transdisciplinaridade bioética e na materialidade axiológica, que se consolida a busca incessante de preservação do direito inerente a condição humana: a dignidade.

5 CONCLUSÃO

Partindo dos casos no princípio do trabalho relatados, observa-se que as questões envolventes ao estado terminal e a dignidade nesse processo não se limitam a problemas pontuais, bem pelo contrário, perpassam situações e discussões muito mais abrangentes. Até o desfecho acerca da proteção jurídica do paciente terminal, sobretudo de sua liberdade decisória em como se dará o

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito – UFU**, V. 38, N.1 p. 247. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/0>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁸⁹ PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 57.

momento final da vida, muitas controvérsias surgem e se dissipam de acordo com a evolução da bioética e do direito.

Nessa esteira, antes de averiguar de que forma se revela a proteção daquele que está em estado terminal, principalmente acerca de sua autonomia individual enquanto expressão da dignidade humana, importante é a retomada da pauta bioética em torno da terminalidade da vida, a fim de elucidar de que modo a recuperação do aspecto valorativo do conhecimento científico veio a influir no Direito e na sua tendência interpretativa.

Dessa forma, tendo por gênese a propensão da ciência médica em racionalizar todos os seus aspectos e se alienar das questões humanas, a bioética trouxe consigo um apanhado de princípios voltados à promoção de uma conduta médica mais humanitária e responsável, de sorte a retomar o sentido valorativo da medicina, alicerçada no sujeito e não no conjunto de sintomas. Diante disso, destaca-se o princípio da autonomia, tendo por corolário o do consentimento informado, como propulsor da mudança do paradigma da relação médico-paciente. Com efeito, o modelo tradicionalista da medicina, pautado no ideário paternalista e de irremediável prossecução do combate à morte, acabou dando gradativamente lugar a uma relação médico-paciente horizontal, dialética e preocupada com a autonomia decisória do enfermo e conseqüentemente **atenta** a sua qualidade de vida.

Nesse diapasão, ressurgem muitos questionamentos concernentes à autonomia do indivíduo quando localizado em situação de terminalidade. Por conseguinte, volta-se à discussão da autonomia de morrer em razão da perda de toda a qualidade de vida em virtude da doença. Logo, processos como eutanásia, suicídio assistido e mistanásia ganham relevo no debate bioético como alternativas àqueles que padecem de enfermidade incurável e sofrem diariamente com os efeitos de sua moléstia. Sobrevém, portanto, a ideia de morte digna.

Tal conceito se torna vultoso principalmente dentro de cenário de obstinação terapêutica, a qual comporta em seus níveis mais extremados a manutenção da vida do enfermo terminal em nome do princípio da beneficência, ou seja, em prol da promoção do bem-estar do paciente, entendem os profissionais da saúde por bem sustentar a vida do doente a todo custo, mesmo quando se trata tão somente da

vida biológica. Daí então que surge a noção da possibilidade de limitação da intervenção médico-terapêutica em contextos de terminalidade em benefício da dignidade daquele que padece da moléstia incurável.

A limitação da terapia médica consiste, nessa esteira, no balizamento das medidas empregadas no trato da doença, baseado na manifestação decisória do paciente, em exercício legítimo da sua prerrogativa de escolha. Sendo do entendimento da doutrina que os únicos tratamentos aos quais o enfermo pode dispor seriam aqueles extraordinários ou fúteis, abre-se espaço para o debate da ortotanásia, dos cuidados paliativos e do testamento vital como meios de preservação da dignidade do ser humano no momento de ocaso da vida.

Outrossim, vista a tendência contemporânea do Direito em se reaproximar da dimensão valorativa do fenômeno jurídico, notou-se que os princípios jurídicos têm desempenhado um papel fundamental, mormente através do entendimento da dignidade humana como norma constitucional central de todo o ordenamento jurídico. Com efeito, encontra-se no constitucionalismo contemporâneo de vertente pós-positivista um apoio teórico para auxiliar o enfoque jurídico dos conflitos bioéticos.

Entretanto, a mera alusão à dignidade humana sem particularizar seu entendimento de acordo com o caso concreto manifesta um vazio significativo. Desse modo, se fez necessário demonstrar o entendimento predominante dessa categoria jurídico-axiológica no pensamento constitucional brasileiro, tendo em mente o caso em estudo, isto é, o testamento vital como solução para as situações limítrofes de vida.

Assim, trouxe-se de que forma o atendimento médico de pacientes em final de vida, pautado por princípios bioéticos, contemplaria tanto o aspecto da autonomia individual quanto da proteção necessária àquele que está morrendo, explanando, nesse ínterim, por que a conduta médica que limita os recursos terapêuticos não viola o direito à vida, constitucionalmente assegurado. Eis então o desafio da dupla dimensão da dignidade humana: assegurar a liberdade e promover a proteção do ser humano.

Dessa feita, o que se propõe como mote de solução das discussões envoltas na assistência médica é o equilíbrio entre o dever protetivo e o dever de respeito

pelas opções individuais. Discutir sobre a proteção do sujeito de direito na terminalidade da vida não significa advogar pelo individualismo possessivo, defensor da eutanásia e da disposição da vida como mero objeto, tampouco significa priorizar o absolutismo dado ao direito à vida, tornando-se quase um dever e um martírio imposto ao titular.

Pensar em dignidade na hora da morte e antever a importância de uma morte digna, nessa esteira, é admitir que o direito à vida digna inclui o direito a não ser tratado como objeto, além do direito em ter suas opções e vontades atendidas, entre elas a escolha pelo limite da intervenção médica sem perspectivas de benefícios. Se o respeito pela dignidade da pessoa humana implica em não tratar a humanidade como meio, parece necessário questionar os objetivos de um tratamento médico excessivo e sem sentido no final da vida dos indivíduos doentes.

Assim, da mesma forma que para alguns indivíduos soa razoável e mais benéfico manter uma vida em quaisquer condições, mesmo permeada de sofrimentos físicos e sem perspectivas de melhora, para outros sentido mais não há nesse processo. Por consequência, se há um direito de se submeter voluntariamente a terapias inúteis, em respeito à consciência e noção pessoal do bem, não pode se dizer que haja um dever jurídico de sofrer inutilmente em proteção ao direito à vida. Se a vida não é bem disponível ao seu titular, não o é também aos médicos ou ao Estado. Assim, é a imposição do prolongamento do processo de morte sofrida que parece estar "dispondo da vida", usando-a como meio de um tecnicismo social e eticamente irresponsável.

Dessa monta, verifica-se que a morte digna tem muito mais a ver com autonomia do paciente em optar pelo tratamento que melhor coincide com sua visão de qualidade de vida na situação terminal, do que a disposição da vida como lhe aprovar decorrente de uma tendência individualista. Assim, em análise do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo respectivo, alicerçado na materialidade dos direitos humanos e fundamentais, bem como na dignidade humana como fundamento basilar, não poderia ser outra a conclusão senão pelo respaldo do direito à morte digna aplicado às situações terminais no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Legislação de testamento vital na Alemanha. In: **Testamento Vital**, [S.L.], 2014. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/legislacao/alemanha/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

ANDORNO, Roberto apud GODINHO, Adriano Marcelete. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. IN: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1 (2012), nº 2, p. 956-957. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGA, Renata apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte.

BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito – UFU**, V. 38, N.1 p. 272. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/0>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BEUCHAMP; CHILDRESS apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida. Dissertação de mestrado UFBA, 2014, Salvador.

BOMTEMPO, Tiago Vieira apud KAROLENSKY, Natália Regina. HENRIQUES, Hamilton Belloto. A recusa de tratamentos vitais no ordenamento brasileiro: a escolha é sua. IN: *XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, Biodireito, 2013, p. 11 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c58da3f0418ebdb>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BOMTEMPO, Tiago Vieira apud KAROLENSKY, Natália Regina. HENRIQUES, Hamilton Belloto. A recusa de tratamentos vitais no ordenamento brasileiro: a escolha é sua. IN: *XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, Biodireito, 2013, p. 23 Disponível em

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c58da3f0418ebdb>>. Acesso em: 17 nov. 2016

BOMTEMPO, Tiago Vieira apud KAROLENSKY, Natália Regina. HENRIQUES, Hamilton Belloto. A recusa de tratamentos vitais no ordenamento brasileiro: a escolha é sua. IN: *XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, Biodireito, 2013, p. 16. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c58da3f0418ebdb>> Acesso em: 17 nov. 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro apud MALLET, Miguel Tabbal. **Direito de morrer dignamente**. IN: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.). **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 295-296.

BRAGA, Rogério Piccino. JÚNIOR, João Antonio Sartori. A confirmação normativa e o registro gratuito do testamento vital como garantia da dignidade da pessoa humana. IN: *XXIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS, Garantias Fundamentais*, 2015, p. 48. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/v614rl37/q8x2vr2ieLB6KHCv.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016

BRASIL, JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS. Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500/7100. P. 6-7. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL, RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70054988266. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL, SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. Sentença da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Data da publicação: 09/12/2010, p. 1. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRUISAN, Espeleta apud PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CASABONA, Carlos María Romeo apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte.

CASTRO, Mariana Parreiras Reis de. ANTUNES, Guilherme Cafure. MARCON, Livia Maria Pacelli. ANDRADE, Lucas Silva. RÜCKL, Sarah, ANDRADE, Vera Lúcia Ângelo. Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Revista Bioética** (Impr.). 2016; 24 (2). p. 357. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/1142/1461>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da The Patient Self – Determination Act. In: **Revista de Bioética y Derecho**. V. 1, n. 2, p. 3. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494>. Acesso em: 17 nov. 2016

CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da The Patient Self – Determination Act. In: **Revista de Bioética y Derecho**. V. 1, n. 2, p. 3. P, 26. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494>. Acesso em :17 nov. 2016.

CLOTET, Joaquim apud PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 20 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA Volney, OSELKA, Gabriel apud CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Revista Mirabilia**. Jan-Jun 2015. Disponível em:

<http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 149.

DIAS, Maria Berenice apud CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ESPAÑA. LEY 41/2002, de 14 de noviembre. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 15 nov. 2002.

FABRIZ, Dauri Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson apud SANTOS, Ana Carolina Elaine dos. COSTA, Andrea Abrahão. **Quando a morte faz parte da vida: cuidados paliativos, testamento vital e eutanásia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63771e3e7738ed30>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 6ª ed. São Paulo: Fundação BYK, 1994.

GODINHO, Adriano Marcelito. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. IN: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1 (2012), nº 2, p. 956-957. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>.

GOLDIM, José Roberto. Caso Terri Schiavo. Retirada de tratamento. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/terri.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016

HENKIN, Louis apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KAREN ANN QUILAN HOSPICE (Org.). **The story of Karen Ann Quinlan made headlines!** Karen Ann Quilan Hospice, Newton, [20-?]. Disponível em: <<http://www.karenannquinlanhospice.org/about/history/>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

KIPPER, Délio José. O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade. IN: **Revista Bioética**, v.7, n. 1. 1999, p. 2. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/294> Acesso em 17 de novembro de 2016.

KIPPER, Délio apud PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lucia Martins apud ASSUMPÇÃO, Vinicius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade:** uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida. Dissertação de metrado UFBA, 2014, Bahia, p. 34. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. **Revista Bioética**, v.6, n. 1, p. 2. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326> Acesso em 20 de novembro de 2016.

MEIRELES, Rosa Melo Vencelau apud FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. O direito fundamental à morte digna: uma visão civil constitucional da eutanásia em crianças e adolescentes. *XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS*, 2015. Direito civil constitucional, p. 21-23. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/l7t9R8e2mah1Kow5.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

MEIRELLES, Júlio Cesar apud CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito:** a norma da vida. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 145-146.

MINAHIM, Maria Auxiliadora apud ASSUMPÇÃO, Vinicius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade:** uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de metrado UFBA, 2014, Bahia, p. 54. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

MOREIRA, Artur Custódio apud CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo:** os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr, 2013.

NICOLESCU, Basarab apud PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

OLIVEIRA, Márcio Luís de apud FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. O direito fundamental à morte digna: uma visão civil constitucional da eutanásia em crianças e adolescentes. *XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS*, 2015. Direito civil constitucional, p. 25. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/l7t9R8e2mah1Kow5.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PATTO, Pedro Vaz. **A discussão sobre o “testamento vital” em Itália e em Portugal.** Blog Algarve pela vida. Disponível em: <<http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2012/09/a-discussao-sobre-o-testamento-vital-em.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

PELLEGRINO, Edmund D apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade:** uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de metrado UFBA, 2014, Bahia, p. 56. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>> Acesso em: 17 nov. 2016.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal.** Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte p. 61.

PENALVA, Luciana Dadalto. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). In: **Revista de Bioética y Derecho**. N. 28, 2013, p. 65. Disponível em <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf> Acesso em: 06 nov. 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal.** Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte

PESSINI, Leocir. **Eutanásia**. Por que abreviar a vida? São Paulo: Loyala, 2004. p. 94.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010,

PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

REY, Luís. **Dicionários de termo técnicos de medicina e saúde**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 146.

RODOTÁ, Stefano apud PENALVA, Luciana Dadalto. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). In: **Revista de Bioética y Derecho**. N. 28, 2013, p. 65. Disponível em <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2016

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Testamento vital e seu perfil normativo: parte 2. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-set-11/direito-comparado-testamento-vital-perfilnormativo-parte>>. Acesso em: 19 out. 2016.

RODRIGUES, Renata de Lima apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida, dissertação de mestrado UFBA, 2014, Salvador, p. 87. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de apud PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Dissertação de Mestrado, PUCMS, 2009, Belo Horizonte

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade as pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel apud ROCHA, Barbara Rodrigues. Autonomia em face do direito de morrer: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. *XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 2013 Biodireito, p. 11. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3f445b0ff5a783e>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. Malheiros: São Paulo: 2009.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burman de apud SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, CÓDIGO DE NUREMBERG, p. 2. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/codigo_nuremberg.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa apud ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida**. Dissertação de metrado UFBA, 2014, Salvador, p. 84. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2016.